

A TEORIA DO ERRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

André Fernandes Roppa Cruz
Pós-graduado pela Escola da
Magistratura do Rio de Janeiro
(Emerj). Graduado pela
Universidade Federal do Riode
Janeiro (UFRJ).

Resumo: O presente artigo acadêmico tem como finalidade a avaliação na disciplina de Direito Penal no curso de Pós-Graduação em Direito na Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ao longo do artigo é analisada de forma breve o comportamento, origem e desenvolvimento da Teoria do Erro no Brasil, em especial com base na jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para que além da análise teórica, possa ser compreendida – mesmo que de forma breve e selecionada – como ocorre a aplicação do instituto.

Palavras-Chaves: Direito Penal. Código Penal. Teoria do Erro. Erro Essencial. Erro Acidental. Elementos do Erro.

Sumário: Introdução. 1. Teoria do Erro no Ordenamento Jurídico brasileiro. 2. Análise da Teoria do Erro à luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir a aplicação da Teoria no Ordenamento Jurídico Brasileiro, com o maior e devido enfoque no Direito Penal, contudo – como não poderia deixar ser – não há como se escusar de comentar, quando pertinente, a aplicação da teoria supramencionada dentro dos outros ramos do Direito, a fim de abarcar com maior lucidez o tema estudado.

O Direito Penal não é um objeto sozinho, solto, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, com ele estão tantas mais Leis, Codificações e Normas que, por si só, não flertam com a sansão estatal, porém, tentar compreender o Direito Penal e seus institutos perante apenas um prisma não é a melhor técnica.

Parte considerável da doutrina entende pela possibilidade da aplicação da norma penal em branco, em qualquer de suas classificações, o Egrégio Superior Tribunal Federal mantém entendimento no mesmo sentido; grandes juristas como Zafarroni fundamentam o seu pensamento com base em um sistema uno de trocas. Assim, não é função do presente trabalho fechar os olhos para o Direito, mas entender o Direito Penal como engrenagem presente e funcional de um todo.

Dito isso, o presente trabalho, logo em suas páginas iniciais irá tentar compreender as origens históricas da Teoria do Erro, valendo-se não apenas do ramo penal, mas de todos os ramos que possam importar para o estudo. Além disso buscar-se-á compreender como a Teoria do Erro se comporta propriamente dentro do Direito Penal Brasileiro.

Dessa forma, é possível resumir o primeiro capítulo deste artigo em três grandes perguntas: 1) Qual a origem da Teoria do Erro? 2) Como a Teoria do Erro se comporta dentro do Ordenamento Jurídico brasileiro? 3) Quais são as espécies de Erro no Direito Penal?

Com isso, será possível perpassar os pontos mais básicos a fim de consolidar e dirimir o objeto de estudo, para que em capítulo futuro sejam trabalhados casos *in concreto* sobre tal objeto.

Por sua vez, o segundo capítulo irá abordar propriamente a Teoria do Erro à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. É evidente que seria impossível uma análise de todos os julgados até o momento, por tal motivo foi selecionado especificamente os anos de 2019 a 2023, por entender que o recorte de 5 (cinco) anos ainda representa bem o pensamento mais atual do julgador.

Para além disso, o presente artigo não tem como foco uma análise não apenas quantitativa dos julgados, mas também uma análise qualitativa. Em decorrência de tal escolha metodológica, os casos a serem analisados foram escolhidos a fim de que se possa desenvolver uma melhor abordagem sobre os institutos analisados no primeiro capítulo do presente artigo.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa-quantitativa, pois, para a análise deste tema, são necessárias interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas. Nesse diapasão, o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, com auxílio da legislação, da jurisprudência e de dados estatísticos.

1. A TEORIA DO ERRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de propriamente adentrar à conceituação e como o erro se comporta no Ordenamento Jurídico Brasileiro, é necessária a compreensão de sua origem histórica.

Como bem pode-se imaginar, a Teoria do Erro foi um conceito muito explorado pelos romanos da antiguidade, sendo a primeira sociedade de que se tem notícia a estudar o tema. Eles classificavam o erro em duas grandes espécies, quais seja, o erro de fato e o erro de direito.

No presente artigo, não cabe uma análise mais efusiva dos conceitos apresentados pelos romanos, sob pena de ser protelatório, na medida em que os conceitos ali apresentados em nada tem a ver com o conceito moderno de erro; como ensina o Professor Cezar Roberto Bittencourt o melhor no estudo do erro moderno é abandonar a carga valorativa anteriormente empregada, sem deixar de reconhecer a importância do instituto a fim de desenvolver uma teoria moderna do estudo do erro, pois esta não guarda, necessariamente, identidade com aquelas espécies.

Nas palavras do renomado Professor Damásio de Jesus:

Recaindo sobre as circunstâncias que pertencem à figura delituosa, o erro de tipo tanto pode se originar de uma falsa representação de seus elementos materiais, quanto de uma errônea valoração do sujeito acerca de um elemento normativo como seria o caso do erro a respeito da natureza criminosa do fato imputado.

Superado o ponto histórico, importante conceituar o erro. A melhor definição é a de que erro, para o Direito Penal, como a falsa representação da realidade ou como falso/equivocado conhecimento de um determinado objeto.

Nesse ponto é importante ressaltar que o conceito do erro no Direito Penal é mais restrito que o conceito de erro no Direito Civil, este dito como:

O erro, também chamado de ignorância, consiste na falsa representação da realidade e na falsa noção sobre os elementos do negócio jurídico pelo agente.

Essa falsa impressão da realidade e dos elementos deve ser fator determinante para o acontecimento daquele negócio jurídico. Ademais, essa ignorância decorre de causas próprias, ou seja, sem a indução de terceiros.

Além disso, o erro poderá ser substancial ou acidental. No primeiro caso, o erro substancial, consiste naquela situação em que se o agente conhecesse a verdade, ele não teria praticado o negócio jurídico.

Por tratar de uma parte negocial do Direito dentro do Ordenamento Jurídico, o erro para o Direito Civil é sinônimo de ignorância, fato que não se repete dentro do Direito Penal, pois aqui, em regra, são abordadas infrações de cunho não negocial e que envolvem toda a sociedade.

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes citado no livro do Professor Rogério Greco:

É a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (é um estado positivo). Conceitualmente, o erro difere da ignorância: esta é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (é um estado negativo).

Para a maioria da Doutrina o erro, penalmente significativo, se divide em duas grandes espécies: o erro de tipo essencial, que recai sobre elementares ou circunstâncias do tipo, sem as quais o crime não existiria; e o erro de tipo accidental, que recai sobre figuras acessórias da figura típica.

1.1 ERRO DE TIPO ESSENCIAL

Esse erro ocorre quando há uma falsa percepção da realidade, que faz com que o agente desconheça a natureza criminosa de sua conduta. Contudo, a análise do erro deve ser posterior à análise do dolo e da culpa, uma vez que se assim não o fosse, os elementos constitutivos da culpa deixaram de ser necessários e passariam a integrar o erro.

A definição nas palavras de Rogério Greco:

Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue à determinada figura típica, ou ainda aquele, segundo Damásio, incidente sobre os “pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora.

Acrescenta Fernando Capez:

Incide sobre elementares e circunstâncias. Com o advento da teoria finalista da ação e a comprovação de que o dolo integra a conduta, chegou-se à conclusão de que a vontade do agente deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo. Desejar, portanto, a prática de um crime nada mais é do que ter a consciência e a vontade de realizar todos os elementos que compõem o tipo legal. Nessa linha, o erro de tipo essencial ou impede o agente de saber que está praticando o crime, quando o equívoco incide sobre elementar, ou de perceber a existência de uma circunstância. Daí o nome erro essencial: incide sobre situação de tal importância para o tipo que, se o erro não existisse, o agente não teria cometido o crime, ou, pelo menos, não naquelas circunstâncias.

O supramencionado autor ainda cita Wessels, que por sua vez dita que ocorre o erro de tipo quando “alguém não conhece, ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo legal. O erro de tipo é o reverso do dolo do tipo: quem atua ‘não sabe o que faz’, falta-lhe, para o dolo do tipo, a representação necessária”.

Logo, não é possível aventar hipóteses nas quais, por exemplo, o executor do

crime deixou de observar os direitos de cuidado com o erro, em que pese, nas situações em concreto o seu limiar ser restrito.

O erro de tipo, encontra fundamento normativo no artigo 20, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

Erro sobre elementos do tipo
Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Para melhor elucidar o ponto, a doutrina apresenta situações práticas, exemplificativas clássicas, quanto à aplicabilidade do erro de tipo e, quais, mais uma vez cito Rogério Greco:

(...) quando o agente toma coisa alheia como própria; relaciona-se sexualmente com vítima menor de 14 anos, supondo-a maior; contrai casamento com pessoa já casada, desconhecendo o matrimônio anterior; apossa-se de coisa alheia, acreditando tratar-se de *res nullius*; atira em alguém imaginando ser um animal; deixa de agir por desconhecer sua qualidade de garantidor; tem relações sexuais com alguém supondo-se curado de doença venérea.

Cabe mencionar que para sanar completamente esse ponto, importante elucidar que alguns doutrinadores ainda subdividem o tópico em dois pontos, sendo um o próprio erro de tipo essencial e outro o erro de proibição.

Nesta assertiva, porém, alinho-me à doutrina minoritária, pois ainda que entenda que as consequências dos erros essenciais sejam divergentes, no estudo da Teoria do Erro do Direito Brasileiro o mais didaticamente correto, seria a abordagem de todas as circunstâncias que compõe o erro.

Dessa forma, conceitualmente, o erro de proibição se distinguiria do erro de tipo, na medida em que no erro de proibição o agente desconhece a ilicitude do ato. Embora a LINDB traga, em seu artigo 3º o princípio da impossibilidade da escusa da lei sob pretexto de desconhecê-la, tal normativa deve ser mitigada dada a situação concreta.

Para melhor explicar a situação acima descrita, a melhor doutrina – invariavelmente – usa o exemplo do estrangeiro, mais comumente um holandês, que desconhecia a regra que proibi o uso de substância entorpecentes derivadas da *cannabis*, uma vez que seria permitida em sua terra natal.

Ainda, existem duas espécies de Erro de Tipo Essencial, quais sejam, o erro evitável e o erro inevitável, sendo imprescindível para a compreensão total de suas consequências jurídicas.

1.2 ERRO DE TIPO ACIDENTAL

Diferente do erro de tipo essencial, aqui o erro ocorre sobre os elementos secundários do tipo, tarando-se, pois, dos dados acessórios do tipo não alterando, contudo, a sua existência dentro da relevância para o Direito Penal.

Nas palavras de Damásio de Jesus:

O erro de tipo accidental, diferente do essencial, versa sobre (*error in objecto*) erro de objeto, (*error in persona*) erro de pessoa e (*aberratio ictus*) erro de execução. Tratando-se do erro de execução, inclui-se como singular o (*aberratio criminis*), pois ambos versam sobre a anormalidade do delito, sendo considerado delito aberrante.

Logo, é possível inferir que o erro de tipo essencial trabalha com três subespécies diferentes, quais sejam: (1) erro do objeto (*error in objecto*); (2) erro sobre a pessoa, (*error in persona*); e (3) erro de execução (*aberratio ictus*) erro de execução.

O erro sobre o objeto ocorre quando o agente tem vontade livre e conciente de cometer o delito, mas a sua identificação sobre o objeto alvo do ilícito é equivocada.

Nesse sentido, Greco:

Fala-se nas hipóteses de erro sobre o objeto quando o agente, tendo vontade e consciência de praticar uma conduta que sabe ser penalmente ilícita, agindo, v.g., com *animus furandi*, subtrai uma pulseira que, para ele, supunha-se ouro, quando, na realidade, não passava de mera bijuteria, forjada com latão. Aqui, como dissemos, o agente tinha vontade e consciência de praticar a subtração, ou seja, dirigiu finalisticamente sua conduta no sentido de cometer um delito de furto. Equivocou-se, contudo, no caso sub examen, quanto ao valor que era atribuído ao bem, o que nada influencia na definição jurídica do fato.

Por sua vez, o erro sobre a pessoa é oriundo da incapacidade do agente em identificar corretamente a vítima do crime, se aproxima muito tal figura do erro supramencionado, apenas substituindo a figurado do objeto pela pessoa.

Encontra-se normativamente positivado no artigo 20, parágrafo 3º do Código Penal:

§ 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Assim, explica Greco:

Como se deduz da leitura do § 3º do art. 20 do Código Penal, é accidental o erro sobre a pessoa porque, na verdade, o agente não erra sobre qualquer elemento, circunstâncias ou outro dado que se agregue à figura típica. O seu erro cinge-se, especificamente, à

identificação da vítima, que em nada modifica a classificação do crime por ele cometido.

Por fim, o erro na execução divide-se em duas figuras: o erro na execução propriamente dito (*aberratio ictus*) e o erro na execução com resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*).

Sobre esse ponto, Alexandre Rocha Moraes tece breves comentários:

Nosso Código Penal, no *aberratio ictus* com unidade de resultado, considera a existência de um só delito (tentado ou consumado), havendo duas situações: a vítima efetiva sofre lesão corporal: nesse caso, o sujeito responde por tentativa de homicídio como se a vítima virtual ou almejada tivesse sofrido a lesão; já a lesão corporal culposa sofrida pela vítima efetiva fica absorvida pela tentativa de homicídio; na segunda hipótese, a vítima efetiva vem a falecer: há um só crime de homicídio doloso consumado, como se o autor tivesse matado a vítima virtual ou pretendida

O primeiro está normatizado no artigo 73 do Código Penal, enquanto o *aberratio criminis* encontra-se no dispositivo normativo subsequente:

Erro na execução

Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Resultado diverso do pretendido

Art. 74 - Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Nesse sentido, *aberratio ictus* pode ser definido como a conduta individualizada do autor a tal nível que uma mera mudança de circunstâncias, até previsíveis, poder gerar a modificação do ilícito penal.

Por sua vez, o *aberratio criminis* ocorre quando o autor pretende lesionar um bem jurídico, mas durante a execução do ato criminoso acaba por lesionar outro da mesma natureza ou de natureza diversa. Como ensina Pacelli “O que se altera, aqui, não é a pessoa atingida, como na *aberratio ictus*, mas o título do delito, pois o agente realiza um crime diverso do pretendido”.

1.3 CONSEQUÊNCIAS DO ERRO DE TIPO ESSENCIAL

O Erro de Tipo Essencial inevitável ocorre quando o indivíduo, mesmo tomando todas as providências de cautela necessárias não tinha como evitar o erro que gerou o

ilícito. Nas palavras de Greco:

(...) o erro de tipo invencível quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrava, não tinha como evitá-lo, mesmo tomando todas as cautelas necessárias. É o erro em que qualquer um incorreria se estivesse diante das circunstâncias em que ele se encontrava. Nesse caso, sendo invencível o erro, afasta-se o dolo, bem como a culpa, deixando o fato, portanto, de ser típico.

Com isso o erro essencial inevitável exclui não só o dolo, mas também a culpa, uma vez que o agente, mesmo tomando todos os meios de cuidados necessários não poderia agir de outra forma se não aquela; sendo assim, não há como culpar o agente por culpa, na medida em que esse elemento subjetivo da tipicidade já estaria superado por consequência lógica.

Nas palavras de Fernando Capez:

O erro invencível que recai sobre elementar exclui, além do dolo, também a culpa. Se o erro não podia ser vencido, nem mesmo com emprego de cautela, não se pode dizer que o agente procedeu de forma culposa. Assim, além do dolo (sempre excluído no erro de tipo), fica eliminada a culpa. Como sem dolo e culpa não existe conduta (teoria finalista) e sem ela não há fato típico, o erro de tipo essencial inevitável, recaindo sobre uma elementar, leva à atipicidade do fato e à exclusão do crime. Exemplo: um caçador abate um artista que estava vestido de animal campestre em uma floresta, confundindo-o com um cervo. Não houve intenção de matá-lo, porque, dada a confusão, o autor não sabia que estava matando alguém, logo, não poderia querer matá-lo. Exclui-se o dolo. Por outro lado, sendo perfeita a fantasia não havia como evitar o erro, excluindo-se também a culpa, ante a inexistência de quebra do dever de cuidado (a tragédia resultou de um erro que não podia ser evitado, mesmo com o emprego de uma prudência mediana). Como não existe homicídio sem dolo e sem culpa (a legislação somente prevê o homicídio doloso, o culposo e o preterdoloso), o fato torna-se atípico.

Por sua vez e, em sentido contrário ao apresentado até aqui, o erro vencível é aquele no qual o agente agiu sim sobre erro, mas não observou todos os deveres de cuidado necessários para superar o elemento subjetivo do tipo.

Ensina Capez:

O erro vencível, recaindo sobre elementar, exclui o dolo, pois todo erro essencial o exclui, mas não a culpa. Se o erro poderia ter sido evitado com um mínimo de cuidado, não se pode dizer que o agente não se houve com culpa. Assim, se o fato for punido sob a forma culposa, o agente responderá por crime culposo. Quando o tipo, entretanto, não admitir essa modalidade, é irrelevante indagar sobre a evitabilidade do erro, pois todo erro de tipo essencial exclui o dolo, e, não havendo forma culposa no tipo, a consequência será inexoravelmente a exclusão do crime. Exemplo: o sujeito vê sobre a mesa uma carteira. Acreditando ter recuperado o objeto perdido, subtrai-o para si. Não houve, contudo, nenhuma intenção de praticar o furto, pois, se o agente não sabia que a coisa era alheia, como é que poderia ter querido subtrai-la de alguém? Exclui-se, portanto, o dolo. Não restou configurado o furto doloso. Por outro lado, embora tivesse havido culpa, já que a carteira subtraída era totalmente diferente, como o tipo do art. 155 do Código Penal não abriga a modalidade culposa (o furto culposo é fato atípico), não há que se falar na ocorrência de crime. Assim, é irrelevante indagar se o erro foi vencível ou invencível, pois de nada adianta

vislumbrar a existência de culpa nesse caso. Já no homicídio, em que é prevista a forma culposa, torna-se necessário indagar sobre a natureza do erro essencial, pois, se ele for vencível, o agente responderá por crime culposos. Suponhamos naquele exemplo do caçador (supra) que o artista estivesse sem fantasia, sendo o equívoco produto da miopia do atirador. Nesse caso, estaria configurado o homicídio culposos.

A fim de elucidar ainda mais a questão, Rogério Greco apresenta dois exemplos para as situações supramencionadas, respetivamente:

Imaginemos o seguinte exemplo: Dois amigos combinam uma caçada. Um deles, muito brincalhão, resolve pregar uma peça em seu companheiro, que ali fazia sua estreia como caçador. Uma vez acampados, escolhem o lugar ideal para permanecerem à espreita dos animais. Em certo momento, o amigo brincalhão diz que tinha de buscar mais munição em sua barraca, que se encontrava localizada atrás do local onde aguardavam a passagem dos animais. Visando a assustar seu companheiro, o amigo brincalhão faz a volta e se coloca de frente para o novel caçador. Nesse instante, começa a fazer ruídos, como se fosse um animal, e sacode bruscamente um arbusto. O novato caçador, supondo que se tratasse de um animal e certo de que seu companheiro se encontrava na barraca localizada atrás do local onde permanecia à espera dos animais, atira em direção ao arbusto e, como consequência, causa a morte do amigo “brincalhão.”

(...)

No caso em estudo, entendemos que tudo levava a acreditar que ali, naquele arbusto, encontrava-se um animal, e não o seu companheiro de caça, haja vista que este último havia rodeado o acampamento a fim de assustá-lo. Assim, não tendo havido dolo nem mesmo culpa, considera-se atípico o fato praticado pelo agente. Tem-se como evitável o erro, como já visto, nos casos em que ele seja considerado inescusável, isto é, naquelas situações em que, se o agente tivesse atuado com a diligência exigida, poderia ter evitado o resultado. Sendo evitável o erro, embora o agente não responda pelo resultado a título de dolo, posto que este sempre restará afastado pela ausência de vontade e consciência, poderá ser-lhe atribuído a título de culpa, se houver previsão legal para esta modalidade de conduta.

Importante ressaltar que quando o erro essencial recai sobre uma situação desconhecida pelo agente, esta deve ser excluída. A doutrina não deixa clara qual a margem para tal desconhecimento, contudo é de bom tom que se aplique os conhecimentos até aqui adquiridos, bem como os princípios basilares do Direito; dessa forma, espera-se do agente a atuação dentro da boa-fé e dos deveres de cuidados exigidos normativamente, sob pena de não incidência de tal benefício.

Evidentemente, que apesar da possibilidade de exclusão da culpabilidade e com a consequente desclassificação do fato como ilícito penal, parte da doutrina é firme ao apontar que, dadas as devidas circunstâncias sociais do caso em análise, sequer deveria o fato passar pela análise do tipo, na medida em que isso apenas reforça a marginalização dentro de um país socialmente carente:

Ante tales problemas es menester tratar de buscar otras formas de distribución del saber jurídico, por más básico y esencial que sea, entre los juristas, en pos de una promoción de mayor conocimiento de las normas, como instrumento para asegurar una mejor protección de los derechos. Se debe poder acercar el contenido de la ley a las personas, a través de medios de comunicación masiva y de educación jurídica en todos los ámbitos de la enseñanza.

Como creen Aseff y Cárcova, no es éste un problema menor en tanto y en cuanto contribuye a la manipulación de los sujetos y a la consolidación de aquellos que ejercen el poder, dado que la ley -dice- es creada por grupos de poder, que no se identifican en absoluto con la mayoría de la sociedad en la que viven, que tienen intereses por hartos distintos y concretos

que para nada se relacionan con los de los demás y que en gran medida obedecen a grupos políticamente influyentes, que logran que se legisle una sanción para la protección de uno de sus propios valores, que no siempre coinciden con los de la sociedad.

Como ensina Capez:

O erro essencial que recai sobre uma circunstância desconhecida exclui esta. Exemplo: o agente pretende praticar o furto de um objeto de grande valor, uma obra de arte raríssima, mas, por erro, acaba levando uma imitação de valor insignificante. Não poderá valer-se do privilégio do § 2o do art. 155, uma vez que desconhecia o pequeno valor da coisa furtada.

De forma resumida, o erro de tipo essencial sempre vai excluir o dolo, porém se for um erro inevitável, além de excluir o dolo também irá excluir a culpa e, por conseguinte, a tipicidade. Já o erro evitável apenas excluirá o dolo, mantendo-se a culpa e a tipicidade da conduta, a qual será desclassificada de dolo para culpa.

1.4 CONSEQUÊNCIAS DO ERRO DE TIPO ACIDENTAL

As consequências do erro de tipo acidental têm relações direitas com os tipos de erro acidental e, por conseguinte, para cada situação há uma espécie de resposta jurídica diferente.

Vale aqui, lembrar as características do erro acidental apontadas por Capez:

(...) não impede a apreciação do caráter criminoso do fato. O agente sabe perfeitamente que está cometendo um crime. Por essa razão, é um erro que não traz qualquer consequência jurídica: o agente responde pelo crime como se não houvesse erro.

O erro sobre o objeto, que é aquele que recai sobre a coisa diferente da pretendida e o erro sobre a pessoa, que é aquele que o resultado do crime incide sobre pessoa diferente da pretendida, ambos, têm a mesma consequência para o Direito Penal, qual seja, não se excluiu o dolo, nem a ilicitude e nem a culpa, preenchendo – portanto – todos os requisitos para a classificação do ato como crime à luz do conceito analítico de crime, sendo certo que o agente irá responder não pelo objeto efetivamente atingido ou pela pessoa efetivamente lesada, mas pelo o qual originalmente pretendia-se atingir.

Fernando Capez destaca a respeito do erro sobre a pessoa:

Tal erro é tão irrelevante (exceto para quem sofreu a agressão, é claro) que o legislador determina que o autor seja punido pelo crime que efetivamente cometeu contra o terceiro inocente (chamado de vítima efetiva), como se tivesse atingido a pessoa pretendida (vítima virtual), isto é, considera-se, para fins de sanção penal, as qualidades da pessoa que o agente queria atingir, e não as da efetivamente atingida (CP, art. 20, § 3o). Exemplo: o agente deseja matar o pequenino filho de sua amante, para poder desfrutá-la com exclusividade. No dia dos fatos, à saída da escolinha, do alto de um edifício, o perverso autor efetua um disparo certeiro na cabeça da vítima, supondo tê-la matado. No entanto, ao aproximar-se do local, constata que, na verdade, assassinou um anãozinho que trabalhava no estabelecimento como

bedel, confundindo-o, portanto, com a criança que desejava eliminar. Responderá por homicídio doloso qualificado, com a incidência da causa de aumento do § 4o do art. 121 (crime cometido contra menor de 14 anos), pois, para fins de repressão criminal, levam-se em conta as características da vítima virtual (como se o agente tivesse mesmo matado a criança).

Aqui surge uma divergência doutrinária, na qual uma corrente minoritária defende que a aplicação de instituto violaria o princípio da transcendência, uma vez que há a criação de uma presunção jurídica que não houve na realidade.

Alguns exemplos são apontados: (1) o agente que tenta furtar um aparelho celular, mas efetivamente furta apenas a caixa do aparelho, para a doutrina majoritária aqui existiria o crime de furto consuma quanto o aparelho, sem levar em consideração o baixo valor do objeto do objeto furtado, sendo que para a doutrina minoritária o mais correto seria a imputação do crime tentado; (2) o agente tenta matar o próprio pai, mas mata terceiro, para a doutrina majoritária o agente responde por crime de homicídio qualificado, pois resguarda-se para a vítima as mesmas características daquele que pretendia-se atingir, mesmo não o sendo, já para a doutrina minoritária, não seria possível a qualificado, pois a situação do réu seria prejudicada por uma ficção jurídica, sendo o mais correto a incidência do homicídio simples.

Situação diversa ocorre com as duas outras figuras do erro accidental, quais sejam: o erro na execução e o resultado diverso do pretendido.

Cabe adiantar, nesse ponto, que o erro na execução tem a mesma consequência jurídica do que o erro sobre a pessoa, na medida em que o artigo 73 faz remissão ao artigo 20, parágrafo 3º, ambos do Código Penal.

Ocorre que, como anteriormente explicado, há uma diferença clara entre os erros, na medida em que o primeiro não há uma importância tão grande com a execução, enquanto no segundo essa é a forma principal para a sua identificação.

Aqui cabe exemplificar as duas situações: (1) o agente pretende matar o seu pai e para isso vai à casa dele, munido de arma de fogo, devidamente municionada e funcional, ao bater na porta seu pai atende, mas por inabilidade o filho acaba atingindo o amigo do pai, o qual vem a falecer. Este é o erro na execução; (2) o agente pretende matar o seu pai, mas para isso produz um veneno potente, estuda a rotina de seu pai e percebe que durante a hora do café no trabalho ele sempre usa a única xícara azul que há no local, com isso em mente o agente ministra o veneno na xícara pretendida, mas no dia o seu pai chega mais cedo e resolve usar a xícara vermelha, deixando a azul para outro colega, que ao ingerir o veneno vem a falecer. Esse é o erro de execução.

Para encerrar esse ponto, importante mencionar o resultado diverso do pretendido. Aqui, mais uma vez parafraseando Pacelli, como o que é alterado é o título do delito, duas

situações diferentes podem ocorrer.

Como um primeiro resultado há a mudança do tipo para um conseqüentemente mais grave, por decorrência lógica. O melhor exemplo para o caso é de uma pessoa que pretende produzir o resultado lesão corporal, mas acaba atingindo o resultado morte, dessa forma, responde o agente pelo crime mais grave.

Fernando Capez classifica tal instituto como resultado único, veja-se:

a) Com unidade simples ou resultado único: em face do erro na execução do crime, o agente, em vez de atingir a vítima pretendida (virtual), acaba por acertar um terceiro inocente (vítima efetiva). Denomina-se unidade simples ou resultado único, porque somente é atingida a pessoa diversa daquela visada, não sofrendo a vítima virtual qualquer lesão.

Além disso, o autor aponta a suas conseqüências:

o agente queria atingir a vítima virtual, mas não conseguiu, por erro na execução, logo, deveria responder por tentativa de homicídio. Além disso, acabou atingindo um terceiro inocente por culpa. Dessa forma, em princípio, deveria responder por tentativa de homicídio (em relação à vítima virtual) em concurso com lesões corporais ou homicídio culposo. Mas, pela teoria da *aberratio delicti*, não é assim que funciona. Segundo dispõe o art. 73 do Código Penal, o agente responde do mesmo modo que no erro sobre a pessoa, ou seja, pelo crime efetivamente cometido contra o terceiro inocente, como se este fosse a vítima virtual. Faz-se uma presunção legal de que o agente atingiu a pessoa que queria, levando-se em conta suas características. O erro é acidental e, portanto, juridicamente irrelevante. Exemplo: voltemos à hipótese do amante assassino que incidiu em erro sobre a pessoa e matou o anão, em vez do filho de sua “amada”. Em se tratando de *aberratio ictus*, ocorre o seguinte: o agente visualiza a criança, sem confundi-la com ninguém. É ela mesma, não havendo dúvida quanto à correta identidade da vítima. Sem que haja erro na representação mental, portanto, o autor efetua o disparo; porém, por erro na pontaria, o projétil desvia do alvo desejado e atinge um terceiro que passava no local... por infeliz coincidência, o anãozinho. Responderá da mesma forma que no erro sobre a pessoa, como se tivesse atingido quem pretendia.

O segundo resultado é quanto há mudança de tipo para um tipo totalmente diferente, sendo irrelevante se a tipificação penal nova é mais benéfica ou mais gravosa para o agente, é por aquela que ele responde. Cabe salientar que somente é possível a aplicação deste se não houve a incidência do instituto da tentativa.

O professor supramencionado aponta esta como a continuidade complexa e diz que “nessa hipótese, o agente, além de atingir a vítima visada, acerta terceira pessoa. Embora a expressão “resultado duplo” possa, à primeira vista, sugerir que apenas duas pessoas sejam atingidas (a vítima pretendida e o terceiro), significa, na verdade, que dois resultados foram produzidos: o desejado e um outro não querido”.

Aponta ainda como suas conseqüências “plica-se a regra do concurso formal, impondo-se a pena do crime mais grave, aumentada de 1/6 até metade. O acréscimo varia de acordo com o número de vítimas atingidas por erro.”

Importante salientar que se houver dolo eventual em relação ao terceiro ou terceiros inocentes, aplicar-se-á a regra do concurso formal imperfeito, que ocorre quando

os resultados diversos derivam de desígnios autônomos. Há uma só conduta, que produz dois ou mais resultados, todos queridos ou aceitos pelo agente (dolo eventual). (CAPEZ).

1.5 ERRO SUCESSIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

O erro sucessivo é uma espécie de erro que não encontra fundamento de validade na lei, mas em construção doutrinária e Jurisprudencial. Para além disso, essa espécie de erro não tem conexão com os outros erros até aqui estudados, pois este incide sobre o nexo causal e não mais sobre a conduta do agente.

Para melhor explicar tal figura, cito o professor Alexandre Rocha Moraes:

Já o dolo geral (erro sucessivo ou *aberratio causae*) diz respeito a uma espécie de erro sobre o nexo causal (*aberratio causae*), construção doutrinária em que o agente, pretendendo um resultado global, como matar a vítima de determinada forma, consegue o intuito criminoso, mas de maneira diversa. Por exemplo: um agente pretende matar a vítima por asfixia e, achando equivocadamente que ela estaria morta, joga o corpo no rio, causando a morte por afogamento.

Como aponta o professor, é evidente que – dentro do conceito analítico de crime – evidencia-se o estudo sobre o nexo de causalidade, o qual, sem sua existência, desclassifica a tipicidade e deixa de ser necessária qualquer outra análise sobre as características do fato.

Ocorre que, para esse erro, a busca da doutrina não é propriamente a desclassificação do fato para um fato atípico, mas sim para a melhor classificação daquele fato dentro dos atos praticados. Explica Moraes:

Imagine-se, no entanto, o agente querendo matar a vítima por asfixia (hipótese que qualifica o homicídio – art. 121, §2º, inciso III, CP) e, após proceder à esganadura, supondo equivocadamente que a vítima teria falecido, joga a vítima da janela de um edifício, de modo a simular que um estranho foi o responsável pela invasão do apartamento e pelo crime. Em rigor, com a vítima ainda viva, mas desconhecendo essa circunstância, na cabeça do agente ele estaria simplesmente jogando um cadáver. Deveria somente responder, conforme seu dolo, pela tentativa de homicídio? A forma pela qual a vítima faleceu é irrelevante. O dolo geral era de matá-la, mas subsiste a questão de se saber se a forma ou o nexo causal almejado e pretendido deve ser levado em consideração. Entendemos que pela coerente sistemática das demais hipóteses de erro acidental, a resposta é positiva, razão pela qual o agente, mesmo tendo matado a vítima pelo empurrão, causando-lhe politraumatismos, deve responder pelo homicídio qualificado por asfixia, como se tivesse consumado seu intuito e a forma de matar a vítima.

Para concluir o estudo desse ponto, vale destacar que parte da doutrina divide o *aberratio causae* em duas espécies, quais sejam, o erro sobre o nexo em sentido estrito e o dolo geral. No erro sobre o nexo em sentido estrito, o agente, mediante um só ato, produz o resultado visado, porém com nexo diverso, o professor Moraes ilustra “o agente empurra alguém, para cair do penhasco e morrer afogado, mas a vítima morre com traumatismo craniano”. Por sua vez, no dolo geral, o agente, mediante conduta desenvolvida em dois ou mais atos, produz o resultado visado, porém com outro nexo,

novamente o professor Moraes exemplifica “o agente esganou a filha, querendo matá-la por asfixia e, achando que ela morreu, joga-a pela janela e ela falece, em rigor, com politraumatismos”.

Para resumir o pensamento dessa corrente doutrinária, que vale destacar não prevalece, o agente responde pelo resultado, considerando-se o nexos pretendido, inclusive de modo a evitar a responsabilidade penal objetiva.

1.6 ERRO DETERMINADO POR TERCEIROS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

O último tipo de erro a ser estudado no presente artigo. De certo cabe mencionar que esse erro está normatizado no artigo 20, parágrafo 2 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei
(...)
§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Para Juarez Cirino dos Santos, “a legislação brasileira disciplina o erro de tipo (art. 20, CP), o erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º, CP) e o erro de proibição (art. 21, CP) segundo os critérios da teoria limitada da culpabilidade”.

Após uma primeira leitura do artigo é possível depreender que a pessoa, de boa-fé e com justificativa plausível para o cometimento do erro, não irá responder pelo crime, recaindo totalmente a sua incidência ao terceiro que de fato queria cometer o injusto penal.

Como exemplo clássico, a doutrina levanta o exemplo do atirador, que querendo matar o seu inimigo, chama terceiro para o cometimento do crime – em local isolado e longe da população urbana ou rural – sob o pretexto de aprender a atirar, mas apenas o mentor sabia que seu inimigo residia no local e, sendo certo que o tipo irá produzir o resultado morte, continua em sua execução.

De fato, não é possível culpar aquele, que apesar de executar o crime, não queria produzir o resultado, na medida em que não há dolo de matar, e todos os deveres de cuidado foram executados na preparação do ato. Por tais motivos, parte da doutrina, encabeçada por Bittencourt afirma que “o erro de tipo permissivo não exclui o dolo de tipo, que permanece íntegro. Apenas, afasta a culpabilidade dolosa, se for evitável, e igualmente, a culposa, se for inevitável”.

Outra parte da doutrina, porém diz que “as discriminantes putativas podem ser erro de tipo (quando o erro incide sobre a situação de fato, que se existisse, seria acobertada por uma causa de justificação) ou erro de proibição (quando o erro incide

sobre os limites ou a existência de uma causa de justificação)”.
Condensa o pensamento Juarez Cirino dos Santos:

(...) a) se o comportamento real do autor é orientado por critérios iguais aos do legislador, os defeitos de representação daquele podem ter por objeto ou a situação típica (erro de tipo) ou a situação justificante (erro de tipo permissivo): ambas as hipóteses excluem o dolo e admitem a possibilidade de punição por imprudência; b) se o comportamento real do autor é orientado por critérios desiguais aos do legislador, os defeitos de representação podem ter por objeto a valoração jurídica geral do fato (erro de proibição), com o efeito de excluir ou de reduzir a reprovação da culpabilidade, conforme a natureza inevitável ou evitável do erro.

2. ANÁLISE DA TEORIA DO ERRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Superado os conceitos basilares e definidores de erro e de suas espécies à luz do Direito Penal, cabe o estudo prático da teoria até aqui analisada, para isso – como informado na Introdução – foi selecionada a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dos anos de 2019 a 2023.

Evidente que seria impossível a análise de todos os julgados do Egrégio Tribunal, por isso foi feita uma seleção qualitativa dos casos a fim de abarcar o maior número possível de situações explicitadas no capítulo anterior.

O primeiro caso a ser estudado versa sobre erro de tipo de proibição:

EMENTA: Apelação Criminal. Crime do art. 278 do Código Penal. Autoria e materialidade comprovadas. Ao fim da instrução comprovado que o réu tinha em depósito produto químico tóxico ou venenoso, para a venda em estabelecimento comercial de sua propriedade (Pet Shop). Inadmissível as teses de erro de tipo, de proibição e atipicidade da conduta. Não é crível que o apelante desconhecesse as regras básicas sobre quais produtos poderiam ser armazenadas e vendidas em seu comércio. Laudo técnico apontou que o material apreendido (Malathion) tem ação tóxica, que pode causar danos nocivos à saúde. Conduta típica. Acusado, em sede policial, afirmou que a mercadoria seria vendida com nota fiscal, e não compareceu em juízo para apresentar sua versão sobre os fatos. Correto o juízo de censura. Dosimetria escorreita. Manutenção do regime e da substituição da pena corporal por uma restritiva de direitos. Desprovisionamento do recurso. (0002781-13.2013.8.19.0041 – APELAÇÃO. Des(a). KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT - Julgamento: 18/04/2023. Data de Publicação: 20/04/2023 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL)

O caso em análise versa sobre uma situação na qual a autora do fato típico mantinha dentro do seu estabelecimento comercial substância ilícita (veneno), sua defesa tentou alegar que a autora desconhecia a procedência do ilícito na medida em que só geria o negócio, porém a tese foi afastada pelo Tribunal.

Nesse caso o Tribunal apontou que, apesar de exercer função de gerência, a autora era proprietária do negócio e deveria ter conhecimento de todas as regras quanto aos itens que pode ou não ser armazenados.

O próximo caso trata de erro de tipo quanto à pessoa:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. REQUER ABSOLVIÇÃO TENDO EM VISTA O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA, A AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA/GRAVE AMEAÇA, E O ERRO DE TIPO.- A materialidade restou demonstrada através do exame de corpo de delito da vítima. No laudo prévio, o legista detectou hímen com ruptura, com indícios de desvirginamento recente. No AECD, o expert consignou que havia hímene roto com leve infiltrado hemorrágico na vértice da ruptura. A autoria, de igual modo, restou indene de dúvida. As declarações emitidas em juízo corroboram aquelas prestadas no bojo do procedimento administrativo, denotando, inexoravelmente, que o ora apelante praticou a conduta imputada.- A nobre defesa, no afã de conseguir a absolvição, alega, inocuamente, que, como houve consentimento da ofendida, não houve crime. Como cediço, tratando-se de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Nesse sentido, vide REsp n. 1.480.881/PI, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe de 10/9/2015. Vide também súmula 593 do STJ. Desse modo, há impossibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima, de modo que não há falar, no caso concreto, na absolvição do apelante em razão do alegado consentimento e ausência de violência/grave ameaça. Noutro giro, a tese de que o acusado desconhecia a idade da vítima, e por isso incorreu no erro de tipo, também não merece se sagrar vencedora. Quanto a isso, verifica-se, através do relato da ofendida, que ela e o acusado já se conheciam bem antes dos fatos, não parecendo crível que ele desconhecesse sua idade. Aliás, o corréu salientou que a ofendida era conhecida na vizinhança, por ter crescido no local, sendo certo que sabia que ela era menor à época dos fatos, o que permite concluir tranquilamente que o acusado teria condições de saber que estava lidando com uma adolescente recém saída da infância. Portanto, mantém-se a condenação pelo crime de estupro de vulnerável.- Análise da dosimetria penal. A pena base foi estipulada corretamente no patamar mínimo legal, não sofrendo qualquer alteração durante o cálculo penal. Foi escorreita ainda a fixação o regime semiaberto, tendo em vista o quantum estimado e a ausência de circunstâncias judiciais negativas, ex vi do art. 33, §§2º e 3º do CP.RECURSO DEFENSIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.(0032322-40.2018.8.19.0066 - APELAÇÃO. Des(a). MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES - Julgamento: 18/04/2023 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL)

Aqui, o autor foi acusado do crime de estupro de vulnerável e, para tentar se eximir da pena, alegou erro sobre a pessoa, pois – em sua narrativa – não conhecia de fato a vítima e com isso eram desconhecidos os fatos secundários para a aplicação do ilícito penal.

De fato seria possível a sua desclassificação se não conhecesse das circunstâncias pessoais da vítima, ocorre que – nos autos – ficou comprovado que o autor conhecia a vítima há tempos, sendo impossível aceitar a tese de erro quanto à pessoa.

Noutro giro, um julgado em relação ao erro quanto ao objeto:

APELAÇÃO DEFENSIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. PENAS DE 06 (SEIS) ANOS e 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO e 666 DIAS-MULTA. REGIME FECHADO. DEFESA QUE REQUER ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO POR ERRO DE TIPO. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A REDUÇÃO DA PENA-BASE, AFASTANDO-SE A AVALIAÇÃO NEGATIVA RELACIONADA ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E A CONCESSÃO DO REDUTOR DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/2006. Autoria e materialidade do delito comprovadas. Depoimentos de policiais rodoviários federal uníssonos e harmônicos entre si. Enunciado da Súmula nº 70 do TJERJ. Acusado que vinha difundindo o nefasto comércio ilícito de entorpecentes, quando foi preso, em via pública, na BR-101, Km 203, Casimiro de Abreu, quando foi preso com: Trata-se de 10 (dez) tabletes de pó branco prensado envolvidos por fitas plásticas (10.200,0 gramas), os exames de laboratório (testes: solubilidade, determinação de pH, nitrato de prata, iodo/iodeto e tiocianato de cobalto) revelaram o pó, COCAÍNA, conforme Laudos de Exame

de Material e de Entorpecentes. Circunstâncias da prisão que dão certeza ao édito condenatório. Tese de erro de tipo que não prospera. Acusado que preenche os requisitos fixados pelo §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, por ser primário e portador de bons antecedentes. À vista de todo o exposto, VOTO no sentido de se conhecer do recurso defensivo e, no mérito, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, PARA FIXAR-LHE A PENA EM 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, além de abrandar o regime inicial para o semiaberto. Oficie-se à Vara de Execuções Penais, para que Raphael Pessanha Pereria possa ser colocado no regime fixado no presente acórdão (cf. a Resolução nº 474/2022 que alterou o art. 23 da Resolução nº 417/2021, do CNJ e Súmula Vinculante nº 56), se por outro motivo não estiver preso.(0005909-10.2022.8.19.0014 - APELAÇÃO. Des(a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - Julgamento: 11/04/2023 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

No caso o autor foi parado pela autoridade policial e em seu veículo foram encontrados tabletes de cocaína. Para tentar extinguir o feito, a defesa alegou erro em relação ao objeto, na medida em que esse era desconhecido pelo autor e mesmo que fosse conhecido não poderia jamais deduzir que transportava cocaína.

A tese foi afastada pelo Tribunal de Justiça ao argumento de que não seria crível uma pessoa transportar em seu carro tal quantidade de droga sem saber que o fazia. Além disso, o tipo de armazenamento é comumente associado a grupos especializados no tráfico de drogas, os quais utilizam essas pessoas como “mulas” e tentam dissimular ao máximo o transporte da droga.

Ainda, vale destacar um julgado quanto ao erro de execução:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO POR ERRO DE EXECUÇÃO (ART.121, CAPUT C/C ART. 14 II, N/F DO ART. 73, PRIMEIRA PARTE, TODOS DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE JULGOU ADMISSÍVEL A EXORDIAL ACUSATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO: A) INÉPCIA DA DENÚNCIA. EQUÍVOCO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA POR NÃO APONTAR QUAIS ELEMENTOS CONCRETOS APURADOS NA FASE INVESTIGATIVA CONFIRMAM OU, NO MÍNIMO, LEVANTAM A SUSPEITA DE QUE O RÉU TIVESSE A INTENÇÃO DE ATENTAR CONTRA A VIDA DA VÍTIMA DÉBORA OLIVEIRA DA SILVA OU QUALQUER OUTRA PESSOA PRESENTE NO LOCAL; B) ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA; C) IMPRONÚNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA E IN DUBIO PRO REO; D) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL LEVE; E) INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE; F) LEGÍTIMA DEFESA E/OU POSSÍVEL EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO DO INCONFORMISMO. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM EQUÍVOCO OU INÉPCIA DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. DENÚNCIA, EM NENHUM MOMENTO, IMPUTOU AO RÉU O DOLO DE MATAR A CRIANÇA DÉBORA DE 10 ANOS (VÍTIMA). PEÇA ACUSATÓRIA COM MUITA PROPRIEDADE E FUNDADA NO CONTEXTO PROBATÓRIO IMPUTOU AO RÉU A INTENÇÃO DE ATIRAR CONTRA TERCEIRA PESSOA E QUE, POR LAMENTÁVEL E TRÁGICO ERRO NA EXECUÇÃO, RESTOU POR ATINGIR UMA MENINA DE APENAS 10 ANOS LOGO APÓS TER ELA DESCIDO DE UM ÔNIBUS NA COMPANHIA DE SEU PAI. DECISÃO DE PRONÚNCIA FUNDAMENTADA, ESCORADA EM PROVAS DA MATERIALIDADE CRIMINOSA E SUFICIENTES INDÍCIOS DA AUTORIA DA PRÁTICA DO CRIME IMPUTADO AO ORA RECORRENTE. MANUTENÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA COLHIDOS EM FASE INQUISITORIAL E EM JUÍZO. FASE PROCESSUAL QUE NÃO REQUER PROVA CABAL DE AUTORIA/PARTICIPAÇÃO, CUJA ANÁLISE É RESERVADA AO TRIBUNAL DO JÚRI, DETENTOR DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. TESE DEFENSIVA DESPROVIDA DE RESPALDO NO ACERVO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. LAUDO DE EXAME DE CORPO DELITO CONCLUIU QUE EM RAZÃO DO FERIMENTO PRODUZIDO A VÍTIMA TEVE SUA VIDA EM PERIGO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA QUE SE MOSTRA FRAGILIZADA DIANTE DAS PRÓPRIAS CONTRADIÇÕES ENTRE AS VERSÕES APRESENTADAS PELO RÉU EM SEDE POLICIAL E EM JUÍZO E O QUE SUA PRÓPRIA DEFESA TÉCNICA SUSTENTA. EM UM PRIMEIRO MOMENTO LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA PARA DEPOIS SUSTENTAR UMA POSSÍVEL LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIROS. NÃO MERECE PROSPERAR NESTA FASE A ALEGAÇÃO DE QUE A VÍTIMA NÃO SOBREVIVERIA CASO ATINGIDA POR UM PROJÉTIL CALIBRE 12. MERA ALEGAÇÃO DESPROVIDA DE QUALQUER CERTEZA TÉCNICA OU CIENTÍFICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO(0311833-17.2012.8.19.0001 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Des(A). JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO - Julgamento: 25/06/2020 - SEXTA CÂMARA CRIMINAL)

Este caso é exemplo cotidiano na esfera penal de erro de execução na qual não há a incidência de outro tipo, tão somente a sua desqualificação de crime consumado para crime tentado.

O agente, *in concreto*, o autor efetuou disparos com arma de fogo contra um motociclista que passava no local, porém não logrou êxito em matar a vítima e acabou por atingir uma criança que passa no local. A criança não morreu, e, por isso, a defesa sustentou a tese de que não havia o dolo de matar a criança e como ela apenas sofreu lesão corporal, por este crime o autor deveria responder.

De outro lado, o Ministério Público, com base no erro na execução pugnou pela condenação do autor em crime de homicídio na modalidade tentada, fato que foi aceito pelo Tribunal de Justiça, na medida em que o autor deve responder pelo crime como se tivesse atingido a vítima pretendida.

Por fim, cabe destacar um julgado de crime ocorrido por meio eletrônico (*internet*):

APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA-CRIME. CONDENAÇÃO PELOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 139 E 140, C/C ARTIGO 141, III, EM CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À INCIDÊNCIA DAS NORMAS DOS ARTIGOS 140, § 1º, I, E 142, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E, NO MÉRITO, A ABSOLVIÇÃO SOB AS TESES DE AUSÊNCIA DE LESIVIDADE E DE DOLO NA CONDUTA, PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS ASSEGURADAS À APELANTE, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, MERA CRÍTICA DESFAVORÁVEL, PROVOCAÇÃO DA OFENDIDA NOS TERMOS DO ART. 140, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL, E ERRO DE TIPO, POIS AUSENTE DOLO DE PRATICAR CRIME CONTRA A HONRA, COM PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE ABRANDAMENTO DAS PENAS.1. Crimes contra a honra praticados através da internet durante lives. Materialidade e autoria dos delitos tipificados nos artigos 139 e 140, ambos c/c o artigo 141, III, todos do Código Penal, que se encontram devidamente demonstradas pela prova audiovisual e oral carreada aos autos, esta consistente nas declarações de uma testemunha e da própria querelada, que admitiu substancialmente os fatos sob o crivo do contraditório. 2. Tese de nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto à incidência das normas dos artigos 140, § 1º, I, e 142, II, ambos do Código Penal que não se acolhe. Decisum recorrido que indica as razões de decidir da julgadora ao abordar as teses trazidas a debate, inclusive a não incidência da norma do art. 140, § 1º, I, do Código Penal, de fato incabível, ademais de a questão tocar ao mérito.3. Presença inequívoca de dolo específico de ofender a honra objetiva e subjetiva da vítima. 4. Ausência de retorsão imediata, eis que nesta figura há necessariamente duas injúrias, aquela com a qual se inicia o conflito e a outra que lhe

serve de revide, sendo que, no presente feito, não há injúria proferida pela querelante, tampouco se vislumbra resposta imediata. 5. Impossibilidade de reconhecimento da norma do inciso I, § 1º, do art. 140 do Código Penal, eis que não há qualquer elemento indicativo nos autos de que a vítima tenha se dirigido à apelante de modo reprovável, provocando a injúria, mormente porque os processos judiciais noticiados pela jornalista querelante não se encontravam sob sigilo de justiça, não podendo uma conduta lícita ser tida por reprovável.6. Carência de legitimidade da querelada para insurgir-se contra palavras da querelante supostamente ofensivas dirigidas a terceiros.7 Não se trata, ainda, de mero exercício de liberdade de expressão constitucionalmente consagrado, o qual não ampara condutas que caracterizem crimes contra a honra, consoante jurisprudência pacífica do E. Supremo Tribunal Federal.8. Ambiente virtual que não é regido por ética e preceitos normativos distintos, de modo que a seus utilizadores não está evidentemente franqueada a prática de crimes contra a honra ou quaisquer outros, sob pena de responderem pelos excessos ali cometidos.9. Erro de tipo previsto no art. 20 do Código Penal inócua, eis que a querelada, como o homem médio, entende amplamente que ofende a honra da querelante ao proferir as diversas expressões injuriosas e difamadoras narradas na inicial.10. Tese de ocorrência de crime único que não se acolhe, uma vez que o crime descrito no art. 140 do Código Penal possui como objeto jurídico a honra subjetiva, o sentimento da pessoa sobre a sua própria dignidade e decoro, devendo consistir, assim, em ataque à pessoa do ofendido, visando ao descrédito do valor moral da vítima em relação a si própria e à sua respeitabilidade pessoal, o que não se verifica em relação ao crime do art. 139 do mesmo diploma legal, que tutela a honra objetiva, a reputação do indivíduo, sua boa fama e o conceito que a sociedade lhe atribui, violados através da imputação de fato ofensivo à reputação da vítima, e não através da emissão de conceitos depreciativos como ocorre na injúria. In casu, verificada a prática de ação única, ainda que desdobrada em vários atos, foi reconhecido acertadamente o concurso formal entre os delitos praticados no canal do Youtube da querelada, em continuidade delitiva com o delito praticado em outra live.11. Possibilidade de aplicação do concurso formal e do crime continuado na hipótese em que a imputação versar sobre delitos de espécie diversas. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.12. Equívocos nos cálculos das penas que ora se corrigem com redução da resposta. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.(0146118-39.2020.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). PAULO BALDEZ - Julgamento: 01/03/2023 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL)

Aqui, apresenta-se uma nova forma de cometimento de crimes, própria do século das informações, qual seja, as redes sociais. *In casu* o autor proferiu injúrias contra a vítima, a qual – devidamente representada – apresentou queixa-crime. Ao final do processo o réu foi condenado; o importante do caso para o artigo é destacar que o réu tentou usar a escusa do erro sob o pretexto de que as palavras proferidas não causariam, propriamente, vexame a uma pessoa como e, conseqüentemente, não sabia que caso diverso ocorresse com a vítima, contudo – por afetar a honra subjetiva -o Juízo entendeu que não era aplicável a teoria do erro no caso concreto, na medida em que o único objetivo do comentário foi causar constrangimento.

Evidente que existem muitos outros casos no Tribunal que carecem de análise mais detalhada, mas os casos abarcados por este artigo são precisos em reproduzir o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, com isso, dar um panorama geral das teses firmadas.

CONCLUSÃO

Ao longo do artigo acadêmico é possível perceber que apesar da antiguidade com que o erro é trabalhado à luz do Direito Penal, remontando aos tempos mais longínquos

da Roma antiga, consagrando – ainda na atualidade – correntes e posicionamentos diferentes tanto quanto à sua aplicação quanto as suas consequências jurídicas.

A partir da análise teórica e doutrinária foi possível entender como ocorre a aplicação da Teoria do erro no Ordenamento Jurídico pátrio, bem como entender os diversos posicionamentos doutrinários quanto aos seus efeitos, sendo certo de que há uma posição dominante que, apenas em situações muito específicas, tem o condão de afastar *in concreto* a posição majoritária.

Com isso, a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi especialmente ilustrativa e elucidadora para que questões levantadas pelos Professores fossem concretizadas e pacificadas.

Atualmente a jurisprudência exerce um papel fundamental, não apenas para fazer justiça e norma no caso concreto, mas para resguardar a sociedade quanto à melhor interpretação possível. Evidente que não está isenta de críticas e que pode mudar de posicionamento com o desenvolvimento social e científico, mas hoje atua como um pilar no Direito.

Logo, é perceptível que a Teoria do Erro ainda comporta um debate doutrinário extenso, a fim de que sua aplicação incida da melhor forma ao caso concreto, mas as basilar atualmente produzidas pela Jurisprudência solidificam os debates centenários enfrentados pela doutrina.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1998. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 de abril de 2023.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 19 de abril de 2023.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Processo número **0002781-13.2013.8.19.0041**. **Autor do fato: OSMAR AFFONSO**. Apelação. Perigo para a vida ou saúde de outrem (Art. 132 - CP). Des(a). KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT - Julgamento: 18/04/2023. Data de Publicação: 20/04/2023 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL. Disponível em <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>>. Acesso em 07 de maio de 2023.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Processo número 0032322-40.2018.8.19.0066. **Autor do fato: EM SIGILO**. Apelação. Estupro de Vulnerável (Art. 217-a - Cp) N/F Concurso de Pessoas (Arts. 29 a 31 - Cp) E Constrangimento ilegal (Art. 146 - CP). Des(a). MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES - Julgamento: 18/04/2023 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL. Disponível em <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>>. Acesso em 07 de maio de 2023.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Processo número 0005909-10.2022.8.19.0014. **Autor do fato: RAPHAEL PESSANHA PEREIRA**. Apelação. Tráfico de Drogas e Condutas Afins (Art. 33 - Lei 11.343/06). Des(a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - Julgamento: 11/04/2023 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL. Disponível em <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>>. Acesso em 07 de maio de 2023.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Processo número 0311833-17.2012.8.19.0001. **Autor do fato: ANDRE LUIZ SANTOS**. Apelação. Homicídio Simples (Art. 121, caput - CP) C/C Crime Tentado (Art. 14, II, Cp). N/F Erro na Execução (Art. 73 - Cp), 1ª parte. Des(A). JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO - Julgamento: 25/06/2020 - SEXTA CÂMARA CRIMINAL. Disponível em <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>>. Acesso em 07 de maio de 2023.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Processo número 0146118-39.2020.8.19.0001. **Querelante: FABIA CRISTINE NASCIMENTO DE OLIVEIRA**. Querelado: ANTONIA FONTENELLE DE BRITO. Apelação. Injúria (Art. 140 - CP) C/C Difamação (Art. 139 - CP). Des(a). PAULO BALDEZ - Julgamento: 01/03/2023 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL. Disponível em <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>>. Acesso em 07 de maio de 2023.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1o a 120)*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.1.

FLORÊNCIO FILHO. Marco Aurélio. *Lineamentos político-dogmáticos sobre as discriminantes putativas no direito penal brasileiro*. Disponível em

<<https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/5439/#:~:text=As%20discriminantes%20putativas%2C%20ou%20tamb%C3%A9m,tornaria%20leg%C3%ADtima%20a%20sua%20conduta.>>. Acesso em 5 de maio de 2023.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 16ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

MORAES, Alexandre Rocha A. de. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

TEXO DENES, A. *Ignorancia y opacidad: una mirada al derecho penal*. Revista De La Facultad De Derecho. 2017. Disponível em <<https://doi.org/10.22187/rfd20171110>>. Acesso em 5 de maio de 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.