

ERRO SOBRE A PESSOA: o *déjà vu* inserto no artigo 20, § 3º, do Código Penal Brasileiro

Gerson Silva de Almeida Souza¹

Vanessa Mascarenhas Lima²

RESUMO

O presente artigo tem como tema o “Erro sobre a pessoa: o *déjà vu* inserto no artigo 20, §3º, do Código Penal brasileiro”, pautando-se na abordagem da compatibilidade da previsão legal com os princípios que norteiam o Sistema Jurídico Penal, em especial os de natureza constitucional, bem como analisando a posição da doutrina acerca do assunto tratado. O Código Penal brasileiro, datado de 07 de dezembro de 1940, traz em sua parte geral a figura do *error in persona*, previsto em seu artigo 20, §3º³. Conforme preceitua tal artigo, se uma pessoa comete um crime, e atinge terceiro, a pena aplicada deve levar em consideração a pessoa que se buscou atingir, e não a que sofreu a lesão. Este trabalho busca verificar se, ao aplicar tal previsão legal a casos concretos, restam respeitados os princípios constitucionais e penais, com destaque para o princípio da proporcionalidade e a vedação do *bis in idem*, bem como se há efetiva promoção de justiça.

Palavras-chave: Bem jurídico. *Bis in idem* prático. Erro sobre a pessoa. Objeto ilícito. Resultado ilícito.

1 INTRODUÇÃO

Para bem viver em sociedade, o homem precisa abrir mão de algumas liberdades, mas recebe, em contrapartida, certos direitos. Esta é a base do Estado moderno, fundado no “pacto social” que surge a partir da necessidade de segurança e proteção que levam os indivíduos a firmarem contratos através dos quais trocam parte de sua liberdade pela garantia da paz e da segurança, permitindo-se a cada pessoa gozar do

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Nobre de Feira de Santana; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

² Professora de Direito Penal e Processual Penal na Universidade Estadual de Feira de Santana; Professora de Prática Penal na Faculdade Anísio Teixeira; Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Mestre em Gestão de Políticas Públicas e Segurança Social pela Universidade Federal do Recôncavo da Bahia.

³ A previsão já constava no diploma legal antes da reforma promovida pela Lei. No texto original, a figura do *error in persona* figurava no artigo 17, §3º.

máximo de liberdade e bem-estar em razão da atuação de um Estado capaz de conter as paixões individuais (MALMESBURY, 2016).

Na atualidade, na maioria dos países, a Constituição nacional tem o papel de cuidar desta situação, ou de traduzir este contrato, representando a lei maior de um país soberano, a espinha dorsal do ordenamento jurídico de uma nação, à qual devem se submeter as demais leis. De forma resumida, pode-se dizer que seu papel é estabelecer os direitos e deveres dos cidadãos e delimitar os poderes do Estado

Ao se criar uma Constituição, portanto, não se elabora uma simples norma legal, mas cria-se uma lei que servirá de base para todas as que venham a surgir, e que permitirá, ou não, que as normas pretéritas se mantenham vigentes. Cria-se uma norma que traduz o pacto político representado a partir dos limites impostos ao poder estatal e dos direitos garantidos aos cidadãos.

Essa norma legal, devido ao seu caráter informador de todo o ordenamento, em regra traz em seu bojo uma variedade de princípios, sendo alguns claramente identificáveis (expressos), enquanto outros são inferidos da leitura do seu texto (implícitos) – são estes os princípios constitucionais.

A inserção dos princípios nos textos constitucionais, importa lembrar, insere-se no contexto do pós-positivismo, que representa a preocupação em inserir nos ordenamentos jurídicos valores superiores que resguardem os bens mais preciosos como a vida e a dignidade humana, por exemplo. E tais valores, em forma de princípios, erguem-se à condição de normas constitucionais e, portanto, são dotados de supremacia. (BARROSO, 2005, p. 12-13).

Em virtude disso, ao se discutir temas jurídicos, em especial os de natureza penal, é necessário observar os princípios constitucionais pertinentes. No caso do presente artigo, serão discutidos, devido à importância para a discussão da temática, dentre outros, os princípios da Legalidade e da Proporcionalidade.

Segundo o primeiro princípio, apenas a lei pode impor obrigações não assumidas pelos cidadãos – é o que se infere da leitura do quanto disposto no artigo 5º, II, da nossa Carta Magna: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em sentido mais específico no âmbito penal, o princípio da legalidade vem novamente inserido no texto constitucional, em seu inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

É importante lembrar que atualmente o princípio da legalidade inclui não apenas o seu aspecto formal – prescrição em lei – mas também seu aspecto material, que significa dizer que para respeitar o princípio da legalidade, a existência de uma infração penal no ordenamento jurídico deve não apenas constar de um diploma legal, mas ainda atender aos valores estabelecidos pelo sistema constitucional como um todo. (GRECO, 2012)

Conforme o princípio da proporcionalidade – princípio implícito que decorre da dignidade da pessoa humana –, uma norma só deve intervir na liberdade pessoal caso leve em consideração três critérios: a) necessidade; b) adequação; e c) proporcionalidade em sentido estrito, segundo a melhor doutrina alemã (MENDES, 1994, p. 475). Não é outro o entendimento que nos é apresentado por Coêlho (2014, pág.20), ao ensinar que:

Toda intervenção no âmbito das liberdades deve ser realizada, portanto, levando-se em consideração a proibição do excesso, ou seja, ***as medidas excessivas devem ser evitadas e, se necessário, invalidadas, por não serem razoáveis, proporcionais***. Essa excessividade é medida pelos critérios de necessidade, adequação e proporção em sentido estrito. (grifo nosso).

Devemos observar que, para que se faça justiça – em especial na seara penal, em que figura o princípio da subsidiariedade, sendo a *ultima ratio* no nosso sistema jurídico, haja vista resultar em significativo cerceamento de direitos ou liberdades – não basta que determinada situação esteja prevista em lei, mas faz-se necessário que ela guarde proporção entre a lesão ocorrida e a reparação buscada, sob pena de a lei não alcançar o seu propósito, por excesso punitivo ou insuficiência da sanção.

Passando-se à análise do artigo 20, §3º, do Código Penal, importa mencionar que trata do erro sobre a pessoa, espécie de erro na execução do delito. Segundo o referido diploma legal, “o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, nesse caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Em outras palavras, se alguém pratica um crime e, por erro, atinge o bem jurídico de terceiro, ele deverá ser punido não pelo bem jurídico efetivamente atingido, mas por aquele que buscou atingir.

Ao comentarem o referido dispositivo legal, os doutrinadores, em sua maioria, adotam duas posturas: ou concordam expressamente com tal determinação legal (ex: CAPEZ, 2015, pág.251; HUNGRIA, 1958, pág.247; TELES, 2004, pág.243; etc), ou apenas mencionam o que a lei expressa, sem externar claramente opinião sobre o tema,

limitando-se tão somente a explicar o que a norma determina (ex: COELHO, 2014, pág.186; MIRABETE, 1996, pág.169; NUCCI, 2005, pág.308; etc.). De todo modo, a doutrina majoritária, quiçá unânime, é clara em reconhecer a plena aplicabilidade do dispositivo no presente cenário jurídico.

É preciso analisar-se, entretanto, certas incoerências que tal previsão pode facilmente gerar na prática, em especial ao se considerar lesado um bem jurídico que, por vezes, sequer correu risco concreto de lesão.

É o que ocorreria, por exemplo, na hipótese de alguém, querendo matar o próprio pai (bem jurídico protegido com maior rigor – agravante), atingir pessoa estranha. Estaria respondendo o autor do delito pela lesão ao bem jurídico de maior valor que o atingido, possivelmente sem sequer ter efetivamente posto em risco o bem visado. E é justamente a (in)conformidade constitucional de tal dispositivo que se busca averiguar no presente trabalho, a partir da sua análise em confronto com os princípios constitucionais e penais decorrentes, a exemplo da legalidade, proporcionalidade e vedação do *bis in idem*.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A vida em sociedade, regida pelo pacto social, chega a um momento (variável, vez que a história de cada país segue seu próprio rumo) em que adota o constitucionalismo como forma de externar as principais regras do referido pacto.

O constitucionalismo pode ser definido como:

(...) uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (...). É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 1993).

O constitucionalismo significa, portanto, um pacto político, em que a Constituição, é dotada de uma supremacia em relação às demais normas, por trazer a sua base, ou seja, o pacto político que se traduz a partir dos limites que cria ao poder estatal e dos direitos que garante aos cidadãos, os quais se pode chamar de fundamentais (LENZA, 2011).

Assim, a Constituição passa a gozar de uma importância ímpar nas ordens jurídicas, à qual se pode chamar de supremacia constitucional, que se traduz na lição de Luís Roberto Barroso, segundo o qual “a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais” (2005, p. 05).

No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma que:

(...) a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país (...) a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estruturação deste. (...) é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (2006, p. 45).

Tal advento da Constituição como norma principal de um ordenamento é seguido na história constitucional pelo advento do pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo, que se define como

(...) a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (2005, p. 12-3).

Com efeito, o pós-positivismo surge em superação ao positivismo – que tinha como marca a lei como maior “garantia” dos direitos individuais e coletivos – depois que a história demonstrou os absurdos que poderiam ser cometidos dentro da legalidade meramente formal, o que apontou para a insuficiência do dogmatismo puro e apartado da moral e dos valores para uma ordem jurídica que se pretendesse justa.

Tal questão é esclarecida por Barroso ao apontar que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. (2005, p. 12).

É justamente a partir do reconhecimento da necessidade de uma ordem jurídica que busque a justiça e o respeito aos cidadãos acima de tudo que se começa a exigir que os valores sejam dotados de força jurídica e interpretativa.

Assim, surgem os princípios como normas jurídicas que gozam de validade e aplicabilidade.

Importante pontuar a questão dos princípios e regras. Uma diferenciação básica pode se subdividir em três aspectos: conteúdo, estrutura e aplicação. O gênero norma jurídica divide-se entre Regras (que possuem um conteúdo concreto, descrevendo objetivamente condutas e suas consequências; uma estrutura normativa precisa que se encaixa com situações bem definidas; e aplicação que se baseia em um critério de tudo ou nada, ou seja, a regra é aplicável ou não o é) e Princípios (que possuem um conteúdo mais aberto, identificando valores; que sendo estruturalmente fluidos, funcionam como fins a serem alcançados, cabendo ao intérprete a delimitação do seu conteúdo; sendo aplicados através das técnicas de ponderação, em que é possível graduar a aplicação de dois princípios que a primeira vista se contradigam) (ALEXY, 1993).

É exatamente por conta desta maior flexibilidade dos princípios, que estes podem comportar análises axiológicas. Não quer dizer que se deve descartar as regras e ficar apenas com princípios, mas se deve sim, buscar um equilíbrio entre ambos, conforme se depreende do trecho a seguir:

o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto. (BARROSO, 2005, p. 16)

Com efeito, ao analisar as regras jurídicas – e sua aplicabilidade a cada caso concreto –, como já mencionado, necessário observar quais os princípios atinentes e em que medida a aplicação de determinada regra os respeita ou os viola.

Diante de tal compromisso é que serão abordados os princípios relevantes à discussão proposta no presente artigo, dentre os quais se destacam o princípio da legalidade, da proporcionalidade e da ofensividade.

2.1 Princípio da legalidade

Disposto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e repetido no artigo 1º do Código Penal, o princípio da legalidade dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal e deriva do princípio geral da legalidade, que garante aos indivíduos que não sejam obrigados a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

Uma primeira leitura do dispositivo leva à observação de que a lei visa resguardar a liberdade, em certa medida, visto que somente ela pode limitar os desejos individuais e não qualquer forma de manifestação da vontade estatal.

Uma interpretação meramente gramatical do princípio da legalidade, poderia levar à conclusão de que basta que algum comando normativo esteja na forma da lei que seria hábil a produzir seus efeitos, obrigando os destinatários.

Entretanto, não é preciso fazer muito esforço para concluir que, caso as formalidades para a edição da lei sejam desrespeitadas, o comando legislativo torna-se inidôneo, não podendo reduzir o âmbito da liberdade individual.

Mas não é só isso que o princípio da legalidade garante aos cidadãos na era do pós-positivismo, neste contexto, o princípio da legalidade deve ser analisado de uma forma mais ampla, devendo as normas ser condizentes com os preceitos (e em especial com os valores) constitucionais, de modo que, além de respeitar as regras do processo legislativo, o conteúdo da norma deve também atender às disposições constitucionais pertinentes à matéria.

Nessa linha de entendimento:

No Estado constitucional moderno, porém, a legitimidade tem status de Direito positivo. O novo modelo permite formulá-la com clareza: legítima é a atuação do Estado, no caso, uma lei, quando, com base no critério de aferição da Constituição (primeiro grau) e pela via da ação legal (segundo grau), as normas centrais e os princípios estruturais da constituição, bem como os textos constitucionais individuais afetados tiverem sido respeitados, finalmente, em termos de conteúdo (terceiro grau); e quando continua sendo permitida uma discussão aberta, livre, baseada em argumentos sobre estas questões. Isso – os critérios do primeiro grau, mais os do segundo, mais os do terceiro grau – é constitucionalidade lato sensu. (COÊLHO, 2014, p. 22-23).

Observa-se, portanto, que a verificação de constitucionalidade de uma lei ou de um dispositivo legal deve passar não apenas pela verificação formal, mas também pela análise do conteúdo da norma, sendo observada face às disposições constitucionais genéricas e específicas sobre o tema.

Assim, no caso em tela, é importante analisar os preceitos constitucionais para se verificar em que medida o art. 20, §3º do Código Penal está apto a produzir seus efeitos.

Importante considerar, ainda, que em defesa das normas jurídicas, ao se observar sua contrariedade parcial com as disposições constitucionais, deve-se buscar uma possível interpretação conforme a Constituição, que não implique necessariamente

em revogação da norma, mas tão somente adequação da interpretação dada à mesma para mantê-la em conformidade com o texto constitucional (LENZA, 2011, p. 150).

No caso em análise, por exemplo, em parte das situações concretas a aplicação do artigo 20, §3º do Código Penal não promoverá ataque a nenhum princípio constitucional – assim, não seria indicada a sua revogação. Entretanto, nos casos em que aplicar o referido dispositivo possa dar ensejo à violação do princípio da proporcionalidade ou do princípio da não incriminação pelo mesmo fato – que se pode dizer decorrente do princípio da proporcionalidade –, aí sim, deve-se pleitear a inaplicabilidade do dispositivo, garantindo o respeito à Constituição.

Não se quer deturpar com isso o que se afirmou em relação à forma de aplicação das regras – tudo ou nada –, mas sim que, ainda que se considere uma regra válida, em um caso concreto sua incidência pode representar violação à Constituição, devendo-se, pois, deixar de aplicá-la (nada), sem que isso implique no questionamento da sua existência.

2.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, como o nome já sugere, indica, no âmbito do direito penal, que a aplicação da penalidade deve ser sempre compatível com o bem jurídico lesado com a prática da conduta delitiva.

O princípio da proporcionalidade deve inspirar desde a atividade legislativa até a decisão judicial, devendo levar sempre em consideração que a sanção aplicada deve ser proporcional ao bem jurídico protegido e à efetiva lesão ao mesmo. Deve-se, pois, buscar entre conduta e pena (cominada e aplicada) uma relação do que é razoável.

Conforme leciona Barroso, o princípio da proporcionalidade é

(...) valioso instrumento de proteção dos Direitos Fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do poder público e por funcionar como medida com que a norma deve ser interpretada no caso concreto, para a melhor realização do fim constitucional nela embutido (2004, p. 273).

Na mesma linha de intelecção, Coêlho afirma que

(...) enquanto instrumento de proteção dos direitos fundamentais, insere-se em a relação entre o Direito Penal e o princípio da proporcionalidade, através, principalmente, da análise das normas penais incriminadoras, em que se verifique a correta e adequada medida de sua intervenção na liberdade humana (...) Toda intervenção no âmbito das liberdades deve ser realizada, portanto, levando-se em consideração a proibição do excesso, ou seja, as medidas excessivas devem ser evitadas e, se necessário, invalidadas, por não serem razoáveis, proporcionais. Essa excessividade é medida pelos critérios de necessidade, adequação e proporção em sentido estrito (2014, p. 19/20).

É justamente esta tríade que deve ser respeitada para que se diga proporcional a reprimenda aplicável a um caso concreto. Esmiuçando o que significa cada uma das vertentes do princípio da proporcionalidade tem-se que:

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

O pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. (MENDES, 1994, p. 475).

Com efeito, a aplicação do §3º do artigo 20 do Código Penal pode consistir em medida desnecessária vez que a proteção de bens jurídicos “não recuperáveis” ou infungíveis quando a partir da aplicação do referido dispositivo pode conduzir a uma situação de *bis in idem*.

Para ilustrar o quanto acima afirmado, considere-se a seguinte situação hipotética, sem olvidar que diversas outras semelhantes podem ser cogitadas:

Pablo, filho biológico de Reginaldo, resolve matar o seu pai. Até o momento nunca cometera um crime sequer, mas revoltara-se com seu genitor, por motivos banais. Instala, então, uma bomba no carro do seu genitor, programada para explodir assim que o carro fosse ligado. Ocorre que Reginaldo precisou viajar, por determinação da empresa na qual trabalha, para outro estado, e como não usaria o carro, deixou seu veículo com Genival, um colega de trabalho. Genival, ao ligar o carro, morreu em razão da explosão. Toda a trama é descoberta, e Pablo é preso.

Realizada toda a investigação policial, e após oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e devida instrução processual, Pablo é condenado por homicídio qualificado, com a agravante de ter cometido o crime contra o pai, na forma do artigo 20, §3º, do Código Penal.

Revoltado, Pablo tem bom comportamento na penitenciária, tão somente para conseguir sua liberdade condicional. Assim que consegue sair, encontra o seu pai, e à traição, o mata. Populares que presenciaram o crime acionam a polícia, que o prende em flagrante.

Realizada toda a investigação policial, e após oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e devida instrução processual, Pablo é condenado por homicídio qualificado, com a agravante de ter cometido o crime contra o pai, e por ter sido reincidente.

Pois bem. Pela aplicação do artigo 20, §3º, do Código Penal, temos uma situação onde Pablo, na prática, foi condenado DUAS VEZES pela morte de UM ÚNICO PAI BIOLÓGICO⁴. E poderia ser condenado por mais do que duas vezes. Ora, quantos pais biológicos Pablo poderia ter? Em que pese ser *legal* a condenação nas formas apresentadas, será que a pena é proporcional? Será que em tal caso tem-se uma condenação *justa*?

3 BEM JURÍDICO TUTELADO E OS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA OFENSIVIDADE

O Direito Penal busca tutelar bens jurídicos, mas é importante observar que, sendo o direito penal o recurso mais “violento” de que o Estado dispõe para garantir a proteção aos referidos bens, diz-se que o direito penal é subsidiário.

Alguns chamam de princípio da fragmentariedade outros de subsidiariedade, de intervenção mínima ou ainda de *ultima ratio*, mas todos concordam que o direito penal deve ser o último recurso de intervenção estatal, de modo que só lhe cabe tutelar os bens jurídicos considerados de maior importância, sendo facilmente identificáveis como tais a vida, a saúde, a liberdade sexual, etc.

Outrossim, o direito penal deve se ocupar de condutas que efetivamente lesionem os bens jurídicos que se dispôs a tutelar ou ao menos se lhes imponha um risco concreto de lesão, do contrário não estaria sendo respeitado o princípio da subsidiariedade.

⁴ Poderia ser aventada a hipótese de alguém ter um pai *biológico* e outro *adotivo*, por exemplo, de modo que seriam possíveis dois homicídios contra o pai. Ainda que se considerasse tal hipótese, uma terceira morte seria impossível. Entretanto, apenas para evitar tal discussão, trouxemos, de plano, a limitação do cenário, trazendo o debate para a esfera *biológica*.

Nesse sentido, Luís Flávio Gomes assevera que quando se considera delito uma mera lesão à norma, sem que haja ofensa ou risco concreto de ofensa ao bem jurídico:

(...) o núcleo do delito se afasta do conceito de bem jurídico e passa a ser constituído (a) pela violação de um dever, ou (b) pelo desvalor de uma intenção interior, ou (c) pelo rompimento da fidelidade do sujeito, ou, ainda, (d) pela violação de um valor cultural. (GOMES, 2002, p.80)

Voltando à análise da situação hipotética trazida acima, observa-se que alguns dos bens tutelados pelo direito penal são “recuperáveis”, “se regeneram” (ex: se alguém tem um carro furtado, pode adquirir outro, ficando sujeito a ser vítima do mesmo crime novamente; uma gestante que sofra lesão corporal grave e venha a abortar, poderá, em regra, engravidar novamente, ficando sujeita a ser vítima do mesmo crime em outra oportunidade); outros, porém, são únicos, não podem ser recuperados (ex: o caso apresentado. Todo ser humano só pode ter um único pai biológico, e todo ser humano só tem uma vida; assim sendo, não há como matar mais de uma vez um único pai biológico).

Ao analisar-se bens que podem ser recuperados, não se vê problema, *a princípio*, na aplicação do artigo 20, §3º, do CP para a punição de um agente infrator, caso se observe, apenas, a possibilidade de que o crime possa ser novamente cometido. Com efeito, alguém que lesione a sua mãe, gestante, causando o seu aborto, poderá em outro momento lesioná-la novamente, causando um novo aborto, se ela voltar a engravidar; alguém que roube o seu irmão, subtraindo o seu carro, poderá novamente roubá-lo, subtraindo um outro carro que este tenha adquirido.

O mesmo não ocorre quando analisamos bens que não podem ser recuperados. Como imaginar que uma pessoa possa matar dois pais biológicos, quando só é possível ter um? Entendemos que, quando há limitação no bem jurídico tutelado, não há justiça em se aplicar indeterminadamente o quanto previsto no artigo 20, §3º, do Código Penal. Em que pese ser *legal* a aplicação do instituto, não se mostra *proporcional*, neste caso, eis que não há como, na prática, alguém ser morto duas vezes, e, por consequência, impossível que alguém mate mais de uma vez pessoa específica (aquela contra quem se quis cometer o crime).

4 RISCO DE LESÃO

Ao se analisar a proporcionalidade da pena, é preciso que se leve em consideração, também, o grau de exposição a risco ao qual o bem jurídico se sujeitou. Há

situações em que, face ao *error in persona*, a vítima eleita nem foi efetivamente exposta a perigo. Imaginemos que *A*, no Brasil, quer matar *B*, que se encontra em viagem, no Japão. *A* vê, ao longe, *C*, muito parecido com *B*, e o mata. Qual a lógica de se punir *A* por ter matado *B*, se este estava do outro lado do planeta, não tendo a sua integridade física, em nenhum momento, posta em risco por qualquer conduta do agente infrator? Onde está a *proporcionalidade* da aplicação do instituto no caso em questão?

Seria razoável a punição pela tentativa de matar *B* – e não pelo resultado de matar *B* – se efetivamente ficasse comprovado, no caso concreto, que o bem jurídico sofreu ameaça de lesão. Teríamos, aqui, a aplicação da sanção pela tentativa do crime contra *B*, e da consumação contra *C*, em concurso formal.

Não há qualquer contradição nessa linha de intelecção, haja vista ser possível tentar matar uma determinada pessoa indefinidas vezes, mas a consumação do ato só é possível uma vez. Assim, poderia ser o agente punido na forma do artigo 20, §3º, do CP, pois é razoável imaginar que ainda que não houvesse ocorrido o erro sobre a pessoa, como o crime não se consumou, o agente possivelmente seguiria no seu objetivo. O mesmo não acontece no crime consumado: se o agente tivesse logrado êxito em matar *B*, não teria mais razão em buscar novo ato ilícito; havendo *error in persona*, possivelmente o agente seguirá no seu objetivo homicida.

5 OBJETIVO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal, via de regra, busca coibir a lesão ao bem jurídico tutelado. Sendo ele a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, só é aplicável quando o bem jurídico protegido sofre lesão, ou risco de lesão. Não se pune, desta forma, a cogitação, por tratar-se apenas de desejo, planejamento, de algo não externado. Apenas quando as ações são externadas, podem elas ser punidas. Vemos, assim, que nosso sistema penal não busca punir o *objetivo ilícito*, mas sim o *resultado ilícito*. Assim sendo, enquanto o agente apenas pensa em matar alguém, não pode ser punido; quando compra uma faca de cozinha, também não pode ser punido (em regra); quando, todavia, ataca alguém com esta faca, ferindo-o com intenção de matá-lo, responde pelo homicídio tentado, caso a vítima não morra (resultado morte não alcançado, apesar de tentado), ou homicídio consumado, caso a vítima morra (resultado morte alcançado).

Ora, se o Direito Penal busca punir o *resultado ilícito*, como considerar válida uma regra que pune o *objetivo ilícito*, como se o resultado fosse efetivamente alcançado?

Como, no exemplo de Pablo, em sua primeira condenação, podemos aceitar que ele seja condenado pela morte do seu pai, se tal resultado ilícito não ocorreu? Deveria ele, sim, ser punido pelo homicídio, com as possíveis agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso *real*, qual seja, a morte de Genival, e não pelo caso *ficto*, isto é, a morte de Reginaldo, seu pai. Ainda que o *objetivo ilícito* fosse matar o pai, o *resultado ilícito* foi matar uma pessoa qualquer – e por esse crime deveria ser o agente condenado.

Posteriormente, na segunda condenação, inaceitável não se reconhecer a ocorrência de *bis in idem* prático, eis que, não sendo possível uma pessoa morrer mais de uma vez, e não sendo possível alguém ter mais de um pai biológico, impossível que alguém possa ser condenado mais de uma vez por tirar a vida da mesma pessoa. E, ainda que se observe que, no primeiro caso, Pablo tenha sido condenado *na forma do artigo 20, §3º, do Código Penal*, na prática ele foi condenado, no primeiro caso, por matar o seu pai biológico, e no segundo caso, por anos depois, também matar o seu pai biológico! Trata-se, tão somente, de construção legal, não sendo possível tal cenário na vida real.

Razoável, portanto, reconhecer três possibilidades de aplicação *justa* de sanção penal, em situações semelhantes ao exemplo anteriormente oferecido:

1) se o agente busca matar seu genitor, mas atinge um terceiro, deve responder pelo resultado alcançado (morte do terceiro), pois, em que pese o objetivo ser a morte do pai, não houve lesão efetiva ao bem jurídico (vida) do genitor, em razão do *error in persona* operado;

2) no caso de restar comprovado que houve efetivamente ameaça real de lesão ao bem jurídico (vida) do genitor, deve o agente responder pelo resultado alcançado (morte do terceiro) e pela tentativa realizada contra o pai, em concurso formal, em razão da comprovada ameaça à vida do pai, e da morte de terceiro ocorrida;

3) se o agente busca matar uma pessoa qualquer, mas atinge seu genitor, deveria igualmente responder pelo homicídio sem a causa de aumento de pena, pois não houve dolo (intenção) de matar seu pai, mas sim, uma pessoa qualquer.

6 CONCLUSÃO

Num país onde o Sistema Penal, que se propõe a ressocializar o condenado, não consegue cumprir esse papel, imperioso se faz que o Direito Penal seja, realmente, a *ultima ratio* e, mais que isso, que busque aplicar de maneira *justa* as suas sanções. Muito

mais do que se buscar a legalidade das sanções – princípio da reserva legal, isto é, previsão da norma penal em lei –, é necessário que se observe a proporcionalidade entre a sanção aplicada e o ato praticado.

A análise da conformação constitucional dos dispositivos penais é de suma importância, não apenas no que se refere à sua redação como também à sua aplicação prática a cada situação concreta, de modo que, se diante de uma situação fática, a aplicação de um dispositivo penal – que esteja abstratamente de acordo com a Constituição – tornar-se ofensiva a normas constitucionais, deve-se decidir pela sua inaplicabilidade.

Diante disso, não nos parece justa e proporcional a aplicação do quanto disposto no artigo 20, §3º, do Código Penal de forma ampla e irrestrita, devendo-se analisar o caso concreto e afastar a sua incidência quando presente alguma agravante, causa de aumento ou qualificadora que tenha como fundamento uma condição ou um bem jurídico irreparável ou infungível.

É o caso da situação hipotética de alguém que desejava matar o genitor e atingiu um terceiro, vez que só uma pessoa pode estar, em relação à vítima, na condição de pai biológico e é esta condição que justifica a maior reprimenda, de modo que, caso o desejo inicial se concretize por nova conduta do agente, este será punido duas vezes pelo mesmo fato ou fundamento.

ERROR IN PERSONA: the déjà vu inserted in the article 20, § 3º, of the Brazilian Criminal Code

Gerson Silva de Almeida Souza

Vanessa Mascarenhas Lima

ABSTRACT

This paper focuses on the "*error in persona: the déjà vu inserted in the article 20, paragraph 3, of the Brazilian Criminal Code*", basing on the approach of the legal provision compatible with the principles that guide the Criminal Legal System especially those of a constitutional nature, as well as analyzing the doctrine's position on the subject matter. The Brazilian Penal Code, dated from December 7, 1940, brings in its first of two parts, the general part, the figure of error in persona, provided in Article 20, paragraph 3.

As prescribes such an article, if a person commits a crime, and reaches the third, the sentence should take into consideration the person who sought to achieve, and not suffered the injury. This paper aims to determine whether, when applying such legal provision to cases, remain respected constitutional and criminal law principles, especially the principle of proportionality and the prohibition of *bis in idem*, as well as whether there is effective promotion of justice.

Keywords: Legal good. Practical *bis in idem*. *Error in persona*. Illicit aim. Illicit result.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de set. De 2013.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em 09 fev. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol. I, Parte Geral. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COÊLHO, Yuri Carneiro. Curso de Direito Penal Didático, volume único. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal: parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contradignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>>. Acesso em 17 jan. 2016.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em 02 fev. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência. 1994. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=114:a-proporcionalidade-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal&id=3:controle-concreto-de-normas&Itemid=74>. Acesso em 30 jan. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, Vol. I. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27^a ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOUZA, Gerson Silva de Almeida. Direito de Greve dos Policiais e Bombeiros Militares: Choque de normas constitucionais entre o artigo 42, §1º da Constituição Federal e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2013.

TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral, Vol. I. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2004.