

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

GIOVANA CORAL LANZARINI

**O ERRO DE TIPO NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A
DO CÓDIGO PENAL): ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA NOS ANOS DE 2016 A 2018**

CRICIÚMA

2018

GIOVANA CORAL LANZARINI

**O ERRO DE TIPO NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A
DO CÓDIGO PENAL): ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA NOS ANOS DE 2016 A 2018**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Alfredo Engelmann Filho.

CRICIÚMA
2018

GIOVANA CORAL LANZARINI

**O ERRO DE TIPO NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A
DO CÓDIGO PENAL): UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS ANOS DE 2016 A 2018**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 19 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alfredo Engelmann Filho – Especialista – UNESC – Orientador

Prof. Júlio César Lopes – Especialista – UNESC

Prof. Fernando Possamai – Mestre – UNESC

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me guiar e orientar sempre pelo melhor caminho.

Aos meus pais, Denir Maristela e Joelcy, que por inúmeras vezes abriram mão de seus sonhos em prol dos meus. Por todo suporte, paciência, compreensão e, principalmente, por acreditarem em mim. Amo vocês incondicionalmente.

A toda minha família, que vibrou com as minhas conquistas ao longo destes cinco anos. Manas Bruna, Daiana e Nara, meus tios Lalo, Névio e Mari, que desde o início da faculdade já me consideram doutora. Obrigada por acreditarem em mim.

A Luana Marana e Suelen Bonatto, amigas mais do que especiais que mesmo distantes fisicamente, foram minhas maiores incentivadoras quando pensei que não conseguiria continuar esta jornada. Meninas, vocês foram (e são) peças fundamentais na minha vida e parte desta conquista. Amo vocês.

Aos meus amigos, especialmente Halysom Cardoso e Camila Grassi, que me acompanham desde o início da faculdade e que por inúmeras vezes souberam compreender minha ausência durante este período, escutando meus desabafos e me aconselhando da melhor forma possível, torcendo por mim.

A todos os meus professores, que foram tão importantes na minha vida acadêmica. Especialmente ao meu querido orientador Alfredo, por quem tenho enorme gratidão e admiração, que com todo seu dom e paciência me ensinou a amar direito penal desde o início da graduação, prestando todo suporte e incentivo necessários para conclusão deste trabalho. Professor, obrigada por tudo.

Aos meus colegas de trabalho da Justiça Federal de Criciúma, especialmente a Doutora Adriana Regina Barni Ritter, Juíza Federal Substituta da 2ª Vara Federal, com quem tive o prazer de realizar audiências. Agradeço não só pela paciência e pelos ensinamentos jurídicos, como também por me ensinar a ver o “outro” sob uma perspectiva mais humana.

Por fim, a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram não apenas com a realização deste trabalho, como também para minha formação profissional.

“A justiça, cega para um dos dois lados, já não é justiça. Cumpre que enxergue igual à direita e à esquerda”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo geral a análise jurisprudencial da aplicação da excludente de tipicidade por erro de tipo nos crimes de estupro de vulnerável, instituído pela Lei nº 12.015/2009. O objeto de estudo é a teoria geral do crime, com maior enfoque na teoria da culpabilidade e tipicidade, bem como o erro em matéria penal e a aplicabilidade do princípio da adequação social. A relevância social consiste no considerável aumento do número de casos de estupro de vulnerável, frente as inovações da legislação penal, em conformidade com o princípio da adequação social. Para o desenvolvimento do presente estudo, utilizou-se o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, bem como amostras jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2016 a 2018, favoráveis e desfavoráveis quanto à aplicação da excludente de tipicidade no tipo penal abordado. Os termos utilizados para limitar a pesquisa jurisprudencial foram “erro tipo” e “estupro vulnerável”.

Palavras-chave: Erro de tipo. Estupro de Vulnerável. Teoria Geral do Crime.

RESUMÉN

El presente trabajo monográfico tiene por objetivo general el análisis jurisprudencial de la aplicación de la excluyente de tipicidad por error de tipo en los delitos de estupro, establecido por la Ley N 12.015/2009. El objeto de estudio es la teoría general del delito, con especial foco en la teoría de culpabilidad y tipicidad, así como en el error en materia penal, y la aplicación del principio de adecuación social. La relevancia social consiste en el considerable aumento del número de casos de estupro, frente a las innovaciones de la legislación penal, de acuerdo con el principio de la adecuación social. Para el desarrollo del presente estudio, se utilizó el método deductivo, a través de la investigación bibliográfica, así como muestras jurisprudenciales del Tribunal Superior de Justicia entre los años 2016 y 2018 favorables y desfavorables a la aplicación de la excepción de tipicidad en el tipo penal abordado. Las palabras utilizadas para el límite de pesquisa fueron “error tipo” y “estupro vulnerable”.

Palabras clave: *Error de tipo. Estupro. Teoría general del delito.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
ECA	Estatuto da Criança e Adolescente
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 TEORIA DO DELITO.....	11
2.1 A TEORIA GERAL DO CRIME E A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO.....	12
2.2 CULPABILIDADE.....	17
2.3 DOLO E CULPA.....	20
3 ERRO DE TIPO COMO EXCLUDENTE DA TIPICIDADE.....	24
3.1 ERRO DE TIPO ESSENCIAL.....	27
3.2 ERRO DE TIPO ACIDENTAL.....	30
3.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	33
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: APLICABILIDADE DO ERRO DE TIPO NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	36
4.1 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL INSTITUÍDO PELA LEI Nº 12.015/2009.....	37
4.2 ACÓRDÃOS QUE RECONHECEM A APLICAÇÃO DO ERRO DE TIPO.....	40
4.3 ACÓRDÃOS QUE NÃO RECONHECEM A APLICAÇÃO DO ERRO DE TIPO. .	45
5 CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

As constantes mudanças sociais fizeram com que os legisladores sentissem a necessidade de adaptar as leis para promover a defesa dos direitos e interesses das crianças e adolescentes menores de 14 anos de idade, bem como daquelas pessoas consideradas incapazes.

Neste sentido, com o advento da Lei nº 12.015/2009, tipificou-se o estupro de vulnerável por meio da redação do art. 217-A do Código Penal, com o intuito de preservar e proteger a dignidade sexual, física e moral deste grupo de pessoas de forma específica.

A instância superior, através da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, consolidou o entendimento de que a vulnerabilidade da vítima no tipo penal estudado é absoluta e presumida, ainda que esta tenha consentido com a prática do ato, bem como consideradas irrelevantes as experiências sexuais anteriores para a aplicação do direito penal.

Entretanto, o Código Penal prevê a aplicação do erro de tipo nos casos em que o agente tenha sido induzido ao erro. De acordo com a legislação, o erro de tipo deve ser aplicado apenas quando não houver modalidade culposa do delito.

Sendo assim, para melhor compreensão do tema, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro, analisar-se-á a teoria geral do crime por meio do estudo das teorias do dolo e culpa, bem como a teoria tripartida. No segundo capítulo abordar-se-á o erro em matéria penal, especialmente na modalidade erro de tipo, bem como aplicação do princípio da adequação social no tipo penal analisado.

Por fim, no terceiro capítulo discorrer-se-á sobre as mudanças apresentadas com o advento da Lei nº 12.015/2009, como a criação do tipo penal de estupro de vulnerável, analisando jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2016 a 2018, que reconhecem ou não a aplicação da excludente de tipicidade.

A importância social deste trabalho reside em levantar reflexões acerca da ocorrência de condenações que na verdade deveriam ter sido beneficiadas com a excludente da tipicidade pelo erro de tipo, quando as vítimas não aparentavam a idade que tinham, impossibilitando o agente de ter a correta percepção da realidade, sendo, portanto, induzido ao erro.

Quanto à metodologia, este estudo pautou-se no método dedutivo,

através de pesquisas de caráter bibliográfico e documental, analisando o tema sob a ótica de renomados especialistas que abordam as teorias penais, bem como por meio de pesquisa jurisprudencial realizada no Superior Tribunal de Justiça, apresentando julgados procedentes e improcedentes dentre os anos de 2016 e 2018.

Por fim, encerra-se o presente estudo com as considerações finais, demonstrando os principais pontos e divergências no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema exposto.

2 TEORIA DO DELITO

Desde que se tem notícia da existência humana, a interação social ocasiona o fenômeno dos conflitos sociais. Estes conflitos não devem ser analisados apenas sob a ótica social, uma vez que também dizem respeito sobre a vida do indivíduo de modo isolado.

Decorrente disso, a criação do direito penal se mostrou tão importante ao longo dos anos, com o intuito de regular as relações do indivíduo com a sociedade. Ao analisar a teoria dogmática jurídico-penal, pode-se concluir que o direito penal é a disciplina que aborda a teoria geral do crime e todos os conceitos deste na parte geral e especial do Código Penal. Assim, a ciência penal vem com o intuito de tutelar um bem jurídico e estabelecer sanções para quem os lesar.

Para Damásio de Jesus (2014, p. 45), “o fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja o ilícito jurídico [...]. Contra a prática desses fatos, o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege”.

A partir do momento em que são impostas sanções aos delinquentes, a sociedade consolida o valor dos bens jurídicos tutelados na esfera penal, solidificando ainda mais tais normas. Assim, a doutrina majoritária estabeleceu, de forma consensual, no sentido de adotar a conduta punível como sendo a ação típica, antijurídica e culpável.

Para Leal (2004, p. 39): “o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que definem as condutas humanas consideradas criminosas (tipos penais) e cominam aos infratores uma sanção específica (pena ou medida de segurança)”. Portanto, o direito penal nada mais é do que a ciência jurídica normativa que possui a finalidade de definir as condutas humanas consideradas como criminosas, imputando aos infratores a sanção cabível determinada por lei.

Apesar de existirem múltiplos atos ilícitos, apenas aqueles que ofendem de maneira mais gravosa os bens jurídicos fundamentais para o convívio da sociedade é que interessam ao direito penal. Portanto, a fragmentariedade desta ciência decorre do fato de que o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, a última opção do Estado para assegurar a regulação dos comportamentos sociais (ESTEFAM, 2013, p. 157).

2.1 A TEORIA GERAL DO CRIME E A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

O estudo da teoria do crime consiste em uma dogmática jurídica que estuda o fenômeno criminal não só sob o ponto de vista da lei positivada e dos princípios, como também sob a égide dos aspectos sociológicos e criminológicos.

Para Zaffaroni e Pierangel (2013, p. 347):

A parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é delito em geral, isto é, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em caso concreto.

O conceito legal de crime resta apresentado pela redação do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto Lei nº 3.914/1941):

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 2018b)

Esta lei limitou-se apenas em distinguir as infrações das contravenções penais. Por isso, no Código Penal vigente não está expresso o conceito de crime como continha nas legislações passadas, ficando a cargo dos doutrinadores o definirem e conceituarem (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 42).

Por ser de competência da doutrina conceituar crime, os penalistas adotaram três conceitos distintos, quais sejam, material, formal e analítico, sendo o último adotado pelo direito penal brasileiro.

O conceito material de crime se atrela a observar a essência da conduta criminosa, sustentando que a prática da infração é uma conduta contrária aos valores éticos fundamentais. Neste sentido, por crime entende-se a conduta que lesa ou expõe a perigo de lesão um bem jurídico penalmente tutelado, atrelando-se apenas em estudar o conteúdo terminológico, baseando-se na finalidade da lei. Possui ampla relevância jurídica, partindo do ponto de vista ontológico, buscando os motivos que levaram o legislador a tipificar como criminosa uma conduta humana, além de sua natureza danosa e consequências (LEAL, 2004, p. 181-182).

Nas palavras de Leal (2004, p. 181) “a concepção material busca apresentar o crime como uma conduta contrária aos valores éticos fundamentais ou aos legítimos interesses do grupo social [...]”. Ainda, sobre o assunto, expõe Damásio de Jesus (2014, p. 193): “como se nota, sob o ponto de vista material, o conceito de crime visa aos bens protegidos pela lei penal. Dessa forma, nada mais é do que a violação de um bem penalmente protegido”.

Por outro lado, sob a égide formal, o conceito busca estabelecer os elementos estruturais do crime, devendo ser considerado como fato típico e antijurídico, necessitando de uma conduta humana positiva ou negativa de ação ou omissão contrária ao direito. Estefam (2010, p. 158) de forma simplificada preceitua que “o crime é a conduta proibida por lei, com ameaça de pena criminal (prisão ou pena alternativa)”.

Dessa forma, observando sob o ponto de vista do aspecto formal, o crime pode ser definido como a conduta proibida e sancionada pela lei penal. Entretanto, apresenta-se como um conceito vago, pois não esclarece questões pertinentes à natureza da conduta, nem tampouco porque ela é assim considerada (ESTEFAM, 2010).

Capez (2013, p. 134) assim conceitua:

O conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal, e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta a sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana.

Resta evidenciado, portanto, que nem o conceito material e tampouco o conceito formal conseguem cumprir a missão de traduzir o conceito de crime com precisão, porque sequer conseguem defini-lo.

Para isso, tem-se o conceito analítico, também conhecido como conceito dogmático, responsável por fazer a decomposição dos requisitos e analisá-los individualmente, porém, dentro do contexto do conjunto. Assim, considera-se crime a conduta que obedece de forma escalonada ou sucessiva a três elementos, sendo que a falta de um deles implica na desconstituição do fato criminoso. A junção destes três elementos compõe a teoria tripartida, concebida como ação típica, antijurídica e culpável, que é atualmente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Anteriormente, o entendimento da doutrina era pelo emprego da teoria bipartida, que consistia em entender o crime como sendo um fato típico e antijurídico apenas, sendo que a culpabilidade configuraria um mero pressuposto de aplicação da pena.

Com a adoção da teoria tripartida, Bruno (2005, p. 177), entende o crime como “uma ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, donde o conceito analítico do crime como ação típica, antijurídica e culpável”. Desse modo, por crime entende-se a ação típica (tipicidade), ilícita (ilicitude) e culpável (culpabilidade), que tem por base a conduta humana de ação ou omissão. Assim, a conduta é a base da estrutura analítica, sendo um comportamento humano dominado pela vontade dirigida a um determinado fim.

Observa-se a definição dada por Motta (2009, p. 17-19):

O conceito analítico define o delito como uma conduta típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Assim, o crime exige necessariamente a presença de três elementos: tipicidade, ilicitude (antijuridicidade) e culpabilidade, sendo que o posterior pressupõe lógica e necessariamente o anterior.

No entender de Greco (2014, p. 150-151):

O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância.

A principal função deste conceito é analisar todas as características que compõem a infração penal sob a ótica jurídica, estabelecendo os elementos estruturais do crime, e promovendo a mais correta decisão acerca da infração penal. Portanto, quando restarem preenchidos os três requisitos adotados pela teoria tripartida, quais sejam fato típico, ilícito e culpável, resta configurada a infração penal (BRUNO, 2005).

Ao falar em crime, faz-se necessário conceituar o fato típico. É possível entendê-lo como o comportamento humano que implica em um resultado que está previsto na legislação penal, conforme leciona Marques (2002, p. 10):

O fato típico compreende a conduta humana e respectivo resultado, ligados entre si pelos laços da causalidade, e que a lei prevê como ato punível. É do

enquadramento desta conduta comissiva ou omissiva (da ação ou omissão do agente), na definição legal, que resulta *fato típico*, cujas consequências será o exercício do *jus punitivis* do Estado, caso se ajustem, a esse elemento, a culpabilidade e a antijuridicidade.

Ainda, na concepção de Jesus (2014, p. 196): “é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração” .

Os elementos que constituem o fato típico são o nexo de causalidade, a tipicidade, a conduta e o resultado. De forma sucinta, a conduta está atrelada ao conceito analítico de crime, e, conseqüentemente, à teoria finalista da ação, que preceitua que a conduta humana sempre ocorre visando uma finalidade, e não apenas uma causalidade (ZAFFARONI; PIERANGEL, 2013).

Ademais, a prática do crime está condicionada a um resultado, sendo este o segundo elemento do fato típico. Não obstante, o nexo causal é de suma importância, pois é ele quem faz a ligação entre os outros dois elementos citados anteriormente. Por fim, a tipicidade, que deve ser compreendida como a antijuridicidade do fato (ZAFFARONI; PIERANGEL, 2013).

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangel (2013, p. 400) “a tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal”. Portanto, deve contradizer a lei penal.

Nas palavras de Leal (2004, p. 184-185):

A tipicidade pode ser entendida como a conduta jurídica de perfeito enquadramento da conduta ao modelo legal de crime; ou seja, a exata coincidência entre esta e o tipo penal descrito na norma incriminadora. [...] Não basta a tipicidade. Para que haja crime, é preciso que a conduta típica seja também contrária ao Direito Penal. Havendo alguma norma permissiva, inexistente ilicitude e, em consequência, não há crime [...] É preciso, ainda, que a conduta típica e antijurídica tenha sido praticada pelo agente de forma reprovável, ou seja, de forma culpável.

No tocante à antijuridicidade, também conhecida como ilicitude, passou a ser empregada a partir do ano de 1984. Deve ser compreendida como a relação entre fato típico e ordenamento jurídico, como explica Marques (2002, p. 10):

A antijuridicidade deve ser entendida como relação abstrata de antagonismo entre o fato típico e a ordem jurídica em sua integridade. Se a conduta incriminadora esteve prevista como punível, num dos textos da lei penal,

pode, todavia, não existir delito, uma vez que o próprio direito penal exclua a ilicitude do fato (art.23 I e II), ou preceitos de outra categoria normativa do direito tornem legítima a ação ou omissão.

A teoria geral do crime encontra na teoria finalista da ação sua maior evolução. No início da década de 30, o alemão Hans Welzel (1987, p. 39-40) publicou pela primeira vez sobre o finalismo:

[...] ação humana é o exercício da atividade final. A ação é, por isso, acontecer 'final', não somente 'causal'. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecendo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de suas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final e um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão é que a resultante dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso, a finalidade é – dito em forma genérica – *vidente*, a causalidade, *cega*.

Corroborando este entendimento, Bitencourt (2003, p. 79) leciona que “pode-se comprovar que o finalismo não poupou esforços na busca de uma construção estritamente normativa da culpabilidade [...]. A intenção, à evidência, era criar um conceito de culpabilidade como juízo de valor”.

Para Gunter (2017) “é verdade que a culpabilidade penal, quando tomada em sentido amplo, pressupõe, entre outras coisas, a intencionalidade do agente – em regra definida positivamente pelas noções de dolo ou de culpa”.

A adoção da teoria finalista da ação pelo ordenamento brasileiro consiste no reconhecimento da conduta como sendo um acontecimento final, levando em consideração não apenas a finalidade da ação, mas também seus meios e consequências. Salienta-se que esta teoria não se preocupa apenas com a vontade do sujeito de concretizar o crime (dolo), mas também com a culpa. Desse modo, sob o ponto de vista de Greco (2014, p. 386-389), a teoria redefiniu conceitos, principalmente no que tange à ação, que agora deve ser analisada em conjunto com a finalidade, bem como o dolo, que já não pode mais ser analisado sob a égide da culpabilidade.

Na teoria causalista, a ação abarcava o resultado, e somente durante a última análise é que se observava o resultado decorrente da ação. Na teoria finalista, isso não acontece.

Assim, pode-se concluir que os elementos que permaneceram na culpabilidade possuem natureza normativa, tornando a teoria finalista puramente normativa.

Para compreender tais conceitos, faz-se necessário explicar a teoria da culpabilidade, uma vez que a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que transformam mera ação em delito. Assim, passa-se à análise detalhada da culpabilidade.

2.2 CULPABILIDADE

O fato será considerado punível quando da vontade do agente resultar uma conduta de ação ou omissão que esteja tipificada no Código penal. A culpabilidade deve ser entendida como um dos pressupostos da punibilidade, portanto, quando não há culpabilidade, não deve se falar em crime. Esta noção está diretamente relacionada com o comportamento do agente e apresenta duas conceituações distintas, onde o juízo de reprovação recai sobre o injusto, cominando-lhe pena (DOTTI, 2013).

Para Greco (2018, p. 483), o conceito de culpabilidade pode ser definido como: “juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”. E ainda, de acordo com Dotti (2013, p. 445): “o agente é censurado pela adoção de uma conduta contrária ao Direito, quando podia e devia agir de modo diverso”. Já o elemento culpa, em *stricto sensu*, é o elemento normativo do tipo, analisado quando o agente adota uma conduta contrária ao direito, repreendendo-o por isso.

Para o conceito material de culpabilidade, deve-se levar em consideração o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a carta magna se baseia na premissa do homem como pessoa responsável (DOTTI, 2013).

Para João José Leal (2004, p. 327):

[...] concebe a culpa como reprovabilidade da conduta ilícita e que pode ser analiticamente assim definida: juízo de reprovação que incide sobre a conduta típica de agente imputável (indivíduo com capacidade penal) que tenha atuado com consciência da ilicitude e desde que, nas circunstâncias, seja razoável exigir-lhe um comportamento conforme o direito.

A concepção de culpabilidade adotada pelo Código penal é de um conceito puramente normativo, cabendo ao magistrado fazer o juízo de valor. Este juízo de valor está relacionado com reprovabilidade, recaindo sobre o agente que cometeu o crime, repudiando uma possível aplicação de pena sem que haja dolo, culpa ou culpabilidade (LEAL, 2004).

Apesar da adoção de um moderado direito penal do fato, é possível distinguir, ainda, a culpabilidade de ato e culpabilidade de autor. A culpabilidade do ato seria a reprovação do homem por aquilo que ele fez. Dentro dos moldes desta concepção, há três pressupostos normativos. Com a teoria finalista da ação, apenas permaneceram os elementos de natureza normativa, sendo eles a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa (LEAL, 2004).

Assim, a imputabilidade pode ser compreendida como a capacidade de culpabilidade do agente, importando sua condição de maturidade e sanidade mental que lhe torna capaz de entender a ilicitude do fato (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014).

Junqueira e Vanzolini (2014, p. 399) assim definem a imputabilidade:

[...] é majoritariamente definida como a capacidade ou aptidão psíquica de culpabilidade. [...] divide-se em dois níveis: a) nível cognoscitivo ou intelectual: capacidade para entender o caráter ilícito do fato [...] nível volitivo: capacidade de dirigir a própria conduta [...]

O art. 26 do Código Penal elegeu as hipóteses nas quais o agente é considerado inimputável, sendo elas: a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e a incapacidade absoluta de compreender o caráter ilícito no tempo da ação ou omissão:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 2018a).

Ambas hipóteses se baseiam no critério biopsicológico para aferição da inimputabilidade. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção.

O potencial conhecimento da ilicitude é o segundo elemento. Aqui, o juízo de reprovabilidade deve determinar se o agente, no momento em que praticava a conduta, possuía ou não consciência do caráter antijurídico de sua conduta (ESTEFAM, 2010).

O desconhecimento da lei é inescusável, conforme redação do art. 21 do Código Penal. Extraí-se:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 2018a).

Importante frisar que a falta de conhecimento da ilicitude por si só, não exclui a culpabilidade e, portanto, não impede que o agente receba uma pena; a falta de consciência da ilicitude isoladamente apenas diminui a culpabilidade (leia-se: a censurabilidade da conduta), fazendo com que o sujeito mereça pena menor.

A culpabilidade só estará afastada se o agente, além de não dispor do conhecimento da proibição, nem ao menos detiver capacidade para adquirir tal entendimento (careça de possibilidade – ou potencial – consciência da ilicitude). (ESTEFAM, 2010, p. 269).

Ainda, para Junqueira (2008, p. 114-115):

É que se o sujeito não tem, pelas suas circunstâncias específicas, condições de conhecer o conteúdo do injusto, não tem liberdade para escolher entre o caminho do Direito e do ilícito. Se não tinha condições de se motivar pela norma, não pode ser censurado por ter agido em sentido contrário ao do ordenamento.

O terceiro elemento, baseado na teoria da normalidade das circunstâncias, preceitua a possibilidade de o agente adotar postura diversa daquela em relação a fato típico e ilícito que perpetrou. A inexigibilidade pode se dar por meio de coação moral irresistível ou por ordem manifestamente ilegal. Na primeira, o coagido não tem possibilidade de, por livre arbítrio, tomar a decisão, portanto, afastada deve ser a culpabilidade. A segunda diz respeito à obediência de ordem

advinda de um superior hierárquico. Neste caso, é necessário um superior que dirija uma ordem ilegal a um subordinado mediante uma relação de subordinação (vínculo público) e aparente legalidade desta ordem (ESTEFAM, 2010).

Gomes (2005, p.330) dispõe que “[...] caberá ao juiz decidir se, considerando as condições pessoais do agente e as circunstâncias objetivas em que a conduta típica foi praticada, era razoável exigir-se-lhe um comportamento conforme a ordem jurídica”.

Quando não se configurarem os três elementos, quais sejam a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a inexigibilidade de conduta diversa, a culpabilidade será afastada.

Por fim, a teoria geral do crime estuda o fato punível apresentando diversos conceitos. Destaca-se que não há crime sem que o agente tenha agido com dolo ou culpa. Passa-se à análise a seguir.

2.3 DOLO E CULPA

Antes de conceituar dolo e culpa, faz-se necessário indicar sua previsão legal. Estão previstos na redação do artigo 18 do Código Penal, de onde se extrai:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL, 2018a).

O dolo pode ser compreendido como a vontade e a consciência para praticar a conduta descrita na norma penal incriminadora. Entretanto, o simples fato de agir munido de consciência não significa que o agente tenha conhecimento do tipo penal no qual se amolda a sua conduta. O elemento vontade é obrigatório, pois se ausente, não há caracterização do crime doloso. Dolo é o elemento psicológico da conduta. Conduta é um dos elementos do fato típico. Logo, o dolo é um dos elementos do fato típico (CAPEZ, 2013, p. 223).

Nas doutrinas, existem pelo menos três teorias que dizem respeito ao dolo. A teoria da representação defende que não há distinção entre dolo eventual e culpa consciente. A teoria do consentimento apresenta que quando o agente assume o resultado, está agindo dolosamente. Já a teoria da vontade diz que a vontade está dirigida ao resultado. Diante da adoção do finalismo pelo direito penal, a teoria que se sobrepôs na conceituação de dolo foi a teoria da vontade, que adota o “querer” do agente no cometimento da infração como elemento essencial (ESTEFAM, 2010, p. 197).

Conforme entendimento de Leal (2004, p. 240):

Para a jurisprudência, o dolo é a vontade dirigida ao resultado, bem como a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou assume o risco de produzi-lo (JTACrSP 43/297). Portanto, age com dolo quem *conhece* e *quer* ou *consente* em realizar um fato típico.

O dolo deve preencher dois requisitos subjetivos. O componente intelectual refere-se à consciência da conduta e do resultado e da relação de causalidade entre os dois, enquanto o elemento volitivo faz referência à vontade de agir, causando a conduta e seu consequente resultado (ESTEFAM, 2010).

A doutrina muito bem ensina que vontade e desejo são conceitos distintos, não podendo ser confundidos, como especifica Copello (1999, p. 275):

O primeiro não passaria de uma atitude emotiva carente de toda eficácia na configuração do mundo exterior. A vontade, ao contrário, constituiria o motor de uma atividade humana capaz de cominar os cursos causais. Daí que só esta última possa erigir-se em um dado relevante na imputação subjetiva de resultados.

De acordo com a doutrina, o dolo se subdivide em duas espécies. Na espécie de dolo direto ou determinado, o agente quer produzir o resultado. Já no dolo indireto ou eventual, a intenção do agente não é diretamente produzir o resultado, mas está de acordo com a possibilidade de produzi-lo, deixando de se importar com a produção do resultado.

O parágrafo único do art. 18 do Código Penal dispõe que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (BRASIL, 2018a).

Na teoria do dolo, o consentimento figura como um requisito indispensável. Em outras palavras, o dolo é a forma mais gravosa da culpabilidade, pois figura não só nas hipóteses em que o agente quer praticar a conduta, como também quando assume os riscos de produzi-la. Portanto, conclui-se que, via de regra, todo crime é doloso, e que a única possibilidade de punição na modalidade culposa é quando houver previsão legal. Diferentemente do dolo, no tipo culposo ocorre a violação do dever de cuidado (JESUS, 2014).

Para explicar a culpa, urge mencionar que dentro do convívio social, todas as pessoas têm a obrigação de praticar condutas que não causem danos a terceiros. Isto é o que se entende por cuidado objetivo. Há, assim, na culpa, um primeiro momento em que se verifica a tipicidade da conduta: é típica toda conduta que infringe o “cuidado necessário objetivo” (JESUS, 2014, p. 337-338).

No que concerne ao tipo subjetivo, lecionam Zaffaroni e Pierangel (2013, p. 463):

O tipo subjetivo culposo integra-se em um aspecto *volitivo* e um aspecto intelectual ou *cognoscitivo*. O aspecto volitivo é a vontade de realizar a conduta final de que se trate com os meios escolhidos. [...] O aspecto cognoscitivo ou intelectual da culpa é a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta cria para os bens jurídicos alheios, e de prever a possibilidade do resultado em conformidade com este conhecimento. Este aspecto é denominado *previsibilidade*.

A culpa, em sentido estrito, pode ser definida como a violação do dever de cuidado objetivo, decorrente da imprudência, negligência ou imperícia. A legislação vigente não apresenta o conceito de crime culposo, entretanto, menciona sua existência nos casos em que o agente, ao agir com imperícia, imprudência ou negligência, viola o dever de cuidado que deveria ter tomado. Estas são maneiras de inobservância do devido cuidado legal (DOTTI, 2013, p. 420).

A culpa é um dos elementos subjetivos do delito, podendo ser caracterizada como elemento psicológico normativo, possuindo duas modalidades distintas (consciente e inconsciente). Na culpa inconsciente, o agente não possui conhecimento de que, se não atuar com cautela, o resultado será previsível (ZAFFARONI; PIERANGEL, 2013, p. 465).

Sob esta égide, explicam Zaffaroni e Pierangel (2013, p. 465):

Na *culpa inconsciente*, ou *culpa sem representação*, não há um conhecimento efetivo do perigo que, com a conduta, se acarreta aos bens

jurídicos, porque se trata de hipótese em que o sujeito podia e devia representar-se a possibilidade de produção do resultado e, no entanto, não o fez. Nestes casos há apenas um conhecimento “potencial” do perigo aos bens jurídicos alheios.

Por outro lado, a culpa consciente muito se aproxima do conceito de dolo eventual, pois o agente acredita que o resultado não venha a ocorrer devido a sua destreza para lidar com a situação de risco, o que não ocorre e acaba levando-o a praticar a conduta tipificada. Na culpa consciente, o resultado é previsto pelo sujeito, que espera levemente que não ocorra ou que possa evitá-lo. É também chamada culpa com previsão (JESUS, 2014, p. 343).

Em síntese, considera-se o dolo a regra; a culpa é exceção.

3 ERRO DE TIPO COMO EXCLUDENTE DA TIPICIDADE

Antes da reforma da parte geral do Código Penal, o erro era tratado tanto pelo campo doutrinário quanto pela legislação como erro de direito e erro de fato. Após a reforma, a disciplina do erro apresentou dois novos conceitos: erro de tipo e erro de proibição. O erro de tipo pode ser compreendido como aquilo que recai sobre as circunstâncias e elementares do tipo penal. É o que faz o agente supor a ausência de tipo penal incriminador ou a configuração dos requisitos da norma permissiva.

De acordo com Gomes (2001, p. 25):

Erro 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).

Parte-se do pressuposto de que o fato típico sobrevém de uma ação humana, que pode ser dolosa ou culposa, negativa ou positiva, consciente e voluntária e dirigida a uma finalidade. A falsa percepção da realidade recai sobre os elementos do crime (dolo, potencial conhecimento da ilicitude do fato e nexos de causalidade). Para a legislação penal brasileira, erro e ignorância são conceitos equivalentes, sendo que o erro decorre de uma falha ou de ausência de raciocínio (JUNQUEIRA, 2008).

Para Junqueira e Vanzolini (2014, p. 297), o erro pode ser sinteticamente definido como um descompasso entre a realidade objetiva (externa) e a representação subjetiva (interna) a respeito de determinado objeto.

Com relação ao erro de tipo, Jesus (2014, p. 349) assim disciplina:

O erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. É o que faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisitos da norma permissiva.

Gomes (2001, p.29) muito bem explica que a incidência do erro se dá quando o agente não sabe exatamente o que está fazendo, ou seja, quando não possui plena consciência da conduta que está praticando, deixando de cumprir os requisitos, portanto, agindo sem dolo.

Na percepção de Rogério Greco (2014, p. 302):

Quando o agente tem essa “falsa representação da realidade”, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal, e, dessa forma, resta afastado o dolo que, como vimos, é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminadora.

Partindo desse pressuposto, quando o autor do ilícito desconhece os elementos objetivos do injusto penal, o dolo deve ser excluído, pois quando não há *animus* e consciência, não se pode falar em dolo. Nesse sentido, leciona Eleutério (2006, p. 78) que “assim sendo, havendo desconhecimento por parte do agente, de um dos elementos que integram a descrição do crime, ocorre ausência do dolo, permitindo, entretanto, punição pela figura culposa, se expressamente prevista em lei”.

Na concepção de Zaffaroni e Pierangel (2013, p. 442):

O erro de tipo é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo. O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo” (art. 20, *caput*, do CP). Assim, quem crê que está disparando sobre um urso e de fato não se trata disto, e sim de seu companheiro de caçada; [...] desaparece a finalidade típica, ou seja, a vontade de realizar o tipo objetivo. Não havendo o querer da realização do tipo objetivo, não há dolo e, portanto, a *conduta é atípica*. São casos em que há tipicidade objetiva, mas não há tipicidade subjetiva, porque falta o dolo. Dolo é querer a realização do tipo objetivo; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não pode existir e, portanto, não há dolo: este é o erro de tipo.

No que tange ao erro sobre as elementares normativas e sobre o elemento normativo referido à antijuridicidade, o dolo deve ser concebido partindo do conhecimento do sentido social da conduta, e não apenas da proibição jurídica. Dentre as consequências jurídicas desta excludente de culpabilidade, salienta-se a análise com relação a evitabilidade ou não da prática do tipo.

Quando o erro foi escusável, restam excluídas tanto a tipicidade dolosa quanto a culposa. Se estiver diante de erro inescusável, exclui-se a tipicidade dolosa, entretanto, cabendo punição por meio da tipicidade culposa, quando assim possuir previsão legal (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 302).

Nesse sentido, ressalta-se:

Se o agente atuou em erro apesar de ter tomado todo o cuidado devido (erro escusável ou inevitável), resta excluída (melhor seria dizer, sequer se formou) tanto a tipicidade dolosa quanto a tipicidade culposa. Significa que, via de regra, o seu comportamento foi completamente atípico. Se o agente atuou em erro justamente por não ter tomado as cautelas exigíveis (erro culposo, inescusável ou evitável), fica excluída a tipicidade dolosa (não houve intenção), mas preenchida a tipicidade culposa (houve imprudência), de forma que pode ser punido por tipo culposo, se houver previsão na lei (como se sabe, nem todos os tipos admitem modalidade culposa, e a forma culposas pode ser considerada típica quando estiver expressa na lei). (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 302).

As discriminantes putativas estão relacionadas com a culpabilidade e a antijuridicidade. Tanto a doutrina quanto a legislação admitem a hipótese de erro de proibição, que consiste na equivocada compreensão de determinada norma penal, induzindo o agente a erro por acreditar que tal conduta não era um injusto penal.

Para Leal (2004, p. 339):

Ocorre quando o agente, levado a erro pelas circunstâncias, imagina uma situação de fato que, se realmente existisse, sua conduta, embora típica, deixaria de ser antijurídica. Supõe ele estar agindo acobertado por uma excludente de ilicitude, cujos elementos objetivos só existem na sua imaginação.

Na lição de Prado (2018, p. 289):

O erro de proibição divide-se em: c.1) direto – o agente atua com a convicção de que sua ação não está proibida pela ordem normativa – erro sobre a ilicitude da conduta (sobre a existência da própria norma legal e sobre o âmbito de sua abrangência). Exemplos: bigamia – erro sobre a natureza do casamento anterior, que se supõe inválido; furto de coisa de pequeno valor – o agente crê ser tal conduta permitida [...] c.2) indireto ou erro de permissão – designa o erro sobre uma norma permissiva. O agente pensa que sua ação é lícita por estar amparada por uma excludente de ilicitude (o agente supõe presente uma causa de justificação inexistente) que, na verdade, não é reconhecida pelo direito – erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação.

Além disso, no entendimento de Capez (2013, p.349):

O sujeito, diante de uma dada realidade que se lhe apresenta, interpreta mal o dispositivo legal aplicável à espécie e acaba por achar-se no direito de realizar uma conduta que, na verdade, é proibida. Desse modo, em virtude de uma equivocada compreensão da norma, supõe permitido aquilo que era proibido, daí o nome “erro de proibição”.

A doutrina penal apresenta duas modalidades de erro de tipo, abrangidas pela redação do art. 20 do CP, *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.

Discriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 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.

Erro sobre a ilicitude do fato.

A seguir serão abordadas as modalidades de erro essencial, acidental e de proibição.

3.1 ERRO DE TIPO ESSENCIAL

O erro de tipo essencial pode ser definido como a antítese do elemento dolo. Sua incidência ocorre sobre as elementares e circunstâncias. Quando o erro do agente recai sobre elementares, circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue à figura típica. O erro de tipo essencial, se inevitável, afasta o dolo e a culpa; se evitável, permite seja o agente punido por um crime culposo, se previsto em lei (GRECO, 2014, p. 304).

Em virtude da adoção da teoria finalista da ação e do reconhecimento do dolo como parte da conduta, concluiu-se que a vontade do agente precisa englobar todos os elementos que constituem o tipo penal. Bitencourt (2003, p. 96) conclui que o erro de tipo é a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. Partindo deste pressuposto, o erro de tipo essencial impede o agente de saber que está praticando um crime, ou seja, este não possui consciência de que está incorrendo na prática de uma infração penal.

Nas palavras de Capez (2013, p. 246-247): “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”.

De acordo com a classificação majoritária, o erro de tipo essencial subdivide-se em outras duas classificações, sendo elas o erro de tipo incriminador e erro de tipo permissivo. O erro sobre elementar de tipo incriminador consiste na situação em que a equivocada percepção da realidade retira do agente sua capacidade de saber que está praticando determinado crime (ESTEFAM, 2010, p. 223).

Nesse sentido, Estefam (2010, p. 223) exemplifica:

São exemplos de erro de tipo incriminador: [...] c) praticar conjunção carnal consensualmente com alguém, supondo equivocadamente que se trata de pessoa maior de 14 anos de idade (não caracteriza o estupro de vulnerável – art. 217-A do CP).

Este erro pode ser inevitável ou evitável. Quando vencível, o resultado poderia ter sido evitado se o agente tivesse agido com prudência, e se invencível, por mais que o agente tivesse sido prudente, o resultado não seria diferente, ou seja, não poderia ser evitado (ESTEFAM, 2010, p. 223).

Conforme a teoria limitada da culpabilidade, que para a doutrina brasileira é a corrente seguida pela legislação pátria, o erro sobre o tipo permissivo tem a mesma consequência do erro sobre elementar de tipo incriminador, ou seja: sempre exclui o dolo. Se inevitável, exclui também a punição por crime culposo. Se evitável, permite a punição por crime culposo, se houver punição. Vale observar que quando o crime é punido na forma culposa em razão de erro de tipo permissivo inescusável, classifica-se tal modalidade de culpa como culpa imprópria (JUNQUEIRA, 2008, p. 77).

Sobre o tema, leciona Damásio de Jesus (2014, p.353):

No exemplo do caçador que atira no amigo supondo tratar-se de animal bravo podem ocorrer duas hipóteses:

a) Tratando-se de erro de tipo essencial invencível, não responde por crime de homicídio doloso ou culposo. Provando-se que qualquer pessoa, nas condições em que se viu envolvido, teria a mesma suposição, qual seja, que se tratava de animal bravo, há exclusão do dolo e da culpa, aplicando-se o disposto no art. 20, caput, 1ª parte.

b) Tratando-se de erro de tipo essencial vencível, não responde por crime de homicídio doloso, mas sim por homicídio culposo. Provando-se que qualquer pessoa, nas condições em que o caçador se viu envolvido, empregando a diligência ordinária exigida pela ordem jurídica, não incidiria em erro, isto é, não faria a leviana suposição de tratar-se de animal bravo, há exclusão do dolo, mas não da culpa. É que neste caso o erro resultou de desatenção, leviandade, negligência do sujeito, pelo que deve responder pelo fato culposo, nos termos do que dispõe o art. 20, caput, 2ª parte.

No entender de Greco (2014, p. 304), “o erro de tipo essencial, se inevitável, afasta o dolo e a culpa; se evitável, permite seja o agente punido por um crime culposos, se previsto em lei”. Ademais, para Eleutério (2006, p. 82), “erro de tipo essencial é aquele onde o agente atua sem consciência da ilicitude do fato, pois o erro incide sobre um dos elementos da figura típica”.

A característica do erro essencial é o impedimento do agente em compreender o caráter criminoso do fato típico, ou ainda, o desconhecimento da circunstância do tipo. Já o erro de tipo permissivo ocorre nas hipóteses em que o objeto do erro recai sobre a situação descrita como tipo penal permissivo.

Assim leciona Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 452): “Quando o objeto do erro for pressuposto fático de uma causa de justificação, afirma-se que, segundo os postulados da teoria limitada da culpabilidade, ocorre erro de tipo permissivo”.

Estefam (2010, p. 223-224) também explica a diferença entre o erro de tipo incriminador (art. 20, *caput*) e erro de tipo permissivo (art. 20, §1º) do CP:

a) Erro de tipo incriminador: a falsa percepção da realidade incide sobre a situação fática prevista como elementar ou circunstância de tipo penal incriminador (daí o nome); b) Erro de tipo permissivo: o erro recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (isto é, excludente de ilicitude que se encontra em tipos penais permissivos). [...] O CP trata do tema no art. 20, §1º, sob a rubrica discriminantes putativas. A redação é imprecisa, pois, na verdade, esse dispositivo somente aborda uma das espécies de discriminantes putativas, a discriminante putativa por erro de tipo. A outra, chamada de discriminante putativa por erro de proibição (ou “erro de proibição indireto”), é regida pelo art. 21 do CP.

Luis Régis Prado (2018) explica que há duas teorias da culpabilidade, quais sejam, a teoria estrita da culpabilidade, que entende o erro sobre a ilicitude do fato como sendo erro de proibição, pois o autor age com dolo, sabendo o que faz e considerando que seja permitido; e a teoria limitada da culpabilidade apresenta que deve-se fazer tratamento diferenciado no erro que versar sobre uma discriminante putativa.

As discriminantes putativas decorrem de uma situação imaginária da mente do agente, que atua supondo encontrar-se em situação de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (PRADO, 2018).

Para Greco (2018, p. 413-414):

Para que se tenha um erro de tipo, nas hipóteses de discriminantes putativas, é preciso que o agente erre, como diz o §1º do art. 20 do Código Penal, sobre uma situação de fato, que, se existisse, tornaria a ação legítima. Diante dessa expressão, podemos fazer a seguinte ilação: somente quando o agente tiver uma falsa percepção da realidade no que diz respeito à situação de fato que o envolvia, levando-o a crer que poderia agir amparado por uma causa de exclusão de ilicitude, é que estaremos diante de um erro de tipo. Quando o erro do agente recair sobre a existência ou mesmo sobre os limites de uma causa de justificação, o problema não se resolve como erro de tipo, mas, sim, como erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal.

Apesar da redação não tão precisa do art. 20, §1º do CP, as discriminantes putativas podem ser de duas espécies: por erro de tipo ou por erro de proibição. Na primeira hipótese, o equívoco recai sobre os pressupostos de fato da excludente, enquanto que na segunda, a falsa percepção da realidade diz respeito sobre os limites legais da causa de justificação, onde o agente sabe o que está fazendo, porém desconhece a lei que proíbe a prática de sua conduta delituosa (ESTEFAM, 2010).

Portanto, via de regra, o erro excluirá o dolo e a conduta praticada passará a ser considerada um fato atípico. O erro de tipo determinado por terceiro se limita a dizer se o erro foi provocado ou espontâneo. Quando o erro for provocado, o §2º do artigo 20 do Código Penal limita-se a esclarecer que também responde pelo crime aquele que tenha induzido o agente ao erro.

Em todos os casos, o erro exclui o dolo, que nada mais é do que o aspecto volitivo e cognitivo constituído pela presença dos elementos consciência e vontade.

3.2 ERRO DE TIPO ACIDENTAL

Na modalidade acidental, o erro de tipo não incide sobre os elementos do tipo penal, sejam eles normativos ou fáticos. O agente atua com consciência da antijuridicidade da conduta por ele praticada, entretanto, equivoca-se com relação à forma de execução do ato, ou ainda, no que diz respeito a algum aspecto secundário do tipo.

Em outras palavras, o erro não atinge os elementos do tipo, ou seja, não impede a percepção do agente sobre a prática do fato, possuindo este a plena consciência de seus atos e, conseqüentemente, restando configurado o dolo, ainda que tenha incorrido para o crime de forma equivocada.

Fernando Eleutério (2006, p. 85) disciplina que erro de tipo acidental é aquele onde o agente atua com consciência da ilicitude do fato por ele praticado, entretanto, o erro incide no momento da execução do delito. O erro de tipo acidental se subdivide em quatro modalidades, sendo elas o erro sobre o objeto (*error in re*), erro sobre a pessoa (*error in persona*), erro na execução (*aberratio ictus*) e resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*). Nos casos de erro sobre o objeto, o agente se equivoca com relação ao objeto material, visando um e acabando por atingir outro. Entretanto, esta “confusão” não possui relevante repercussão, uma vez que o sujeito irá responder igualmente pelo crime praticado.

Acerca do erro sobre o objeto, disciplina Estefam (2010, p.228):

Dá-se quando há engano quanto ao objeto material do crime e este não é uma pessoa, mas uma coisa. São inúmeras as infrações penais em que a conduta do agente recai sobre coisas. [...] O erro em questão não trará qualquer benefício ao agente, a quem se imputará o crime [...]

Nos casos de erro sobre a pessoa, o agente, por falsa percepção da realidade, pretende atingir uma determinada pessoa, mas acaba atingindo outra distinta (ELEUTÉRIO, 2006, p. 85). Esta modalidade possui previsão legal na redação do artigo 20, §3º do Código Penal, assim redigido “§3º - O erro quanto à pessoa contra 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 que o agente queria praticar o crime” (BRASIL, 2018a).

Sobre o assunto, Greco (2014, p. 305) assim leciona:

Como se deduz da leitura do §3º do art. 20 do Código Penal, é acidental o erro sobre a pessoa porque, na verdade, o agente não erra sobre qualquer elemento, circunstância 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.

Prado (2018, p.287) traz o seguinte exemplo:

A, desejando vingar-se de B, mata C por engano. No concernente ao erro de tipo essencial *inevitável, invencível ou escusável*, há exclusão da tipicidade (dolo ou culpa): não pode ser superado pelo agente, apesar de ter empregado as precauções regularmente exigidas; se for *evitável, vencível ou inescusável*: podia ser evitado pela maior diligência do autor – exclui-se o dolo, subsistindo a responsabilidade por culpa, se for o caso (regra de excepcionalidade do crime culposo – art. 18, parágrafo único do CP) [...]

Nesta modalidade, resta configurada a presença do dolo, ou seja, para fins de sanção penal, o sujeito responderá pelo crime que cometeu.

No que diz respeito ao erro na execução do crime, o agente pratica o ato de maneira ineficaz, ou seja, devido a falha na execução, não atinge o resultado esperado. Este erro pode provir de desvio no golpe, quando verificada a falta de habilidade do agente com os meios que emprega (*aberratio ictus*) ou quando utiliza meios ineficazes e incapazes de atingir o resultado pretendido.

Acerca do tema, o Código Penal disciplina no artigo 73, conforme transcrição *in verbis*:

Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, a 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 (BRASIL, 2018a).

As consequências do ato variam. A solução jurídica encontrada e adotada é a mesma dos casos de *erro in persona*, uma vez que, demonstrado o dolo, não há como excluir a culpabilidade.

Por fim, o resultado diverso do pretendido ocorre nos casos em que o agente pretende atingir determinado bem jurídico, entretanto, em decorrência de erro na execução, acerta bem diverso. Para Capez (2013, p. 259) “aqui, não se trata de atingir uma pessoa em vez de outra, mas de cometer um crime no lugar de outro”.

Por sua vez, o Código Penal, na redação do artigo 74 preceitua que:

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 culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código (BRASIL, 2018a).

Entretanto, ainda que ocorra a falsa percepção da realidade, isso não impede o agente de perceber que está praticando a conduta típica. Em outras palavras, a consequência do erro de tipo acidental nada mais é do que a presença do dolo, ainda que tenha o agente se equivocado e incorrido em erro, devendo este ser punido nos limites da conduta praticada.

Assim, a principal distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição é que, na primeira modalidade, o agente apresenta uma visão distorcida da realidade dos fatos, não incidindo na interpretação da lei penal. Na segunda modalidade, o agente possui plena noção do que está acontecendo, supondo que seja permitida uma conduta que é, na verdade, proibida.

3.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A convivência em sociedade ocasiona situações de risco que nem sempre são tuteladas pelo instituto penal. O princípio da adequação social, de autoria de Welzel, dispõe sobre as condutas proibidas que passam a ser socialmente aceitas. A função deste princípio nada mais é do que a de restrição do alcance do tipo penal, levando em consideração as condutas aceitas pela sociedade (GRECO, 2014, p. 60).

Na lição de Luiz Regis Prado (2018, p. 92):

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada *típica* se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

Pozzobon e Rieger (2017, p.110), assim disciplinam sobre este princípio: “a adequação social significa ‘todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afronta o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso’”. A partir dessa premissa, pode-se concluir que o princípio da adequação social funciona como um elemento principal que corrobora a teoria finalista da ação.

A respeito, disciplina Francisco de Assis Toledo (1999, p. 132) que “o princípio da adequação social se desdobra para alcançar inúmeras situações nem sempre ajustadas a regras éticas. Vale dizer: podem as condutas socialmente adequadas não ser modelares, de um ponto de vista ético”.

Ainda, nas palavras de Welzel (1964, p. 55) “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas condutas que se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social”. Ainda que algumas condutas sejam socialmente aceitas, os costumes não possuem força suficiente para revogar ou alterar a legislação, sendo necessário que haja um afastamento do princípio da adequação social a fim de evitar um possível subjetivismo.

Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente (GRECO, 2018, p. 106).

Luis Régis Prado (2018, p. 93) instrui:

Com efeito, nos casos de adequação social não se verifica um desvalor penal do resultado, ainda que possa existir um *desvalor do estado de coisas* – que não representa, porém, um resultado *penalmente típico* -, relevante para outros setores do ordenamento jurídico. [...] A adequação social não se confunde com o *risco permitido*. O traço comum entre ambos radica na *ausência* de um resultado penalmente típico, que, no caso da adequação social, é excluído por uma interpretação teleológico-restritiva e no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa.

Acerca da teoria da adequação social da conduta, Zaffaroni e Pierangel (2013, p. 505-506) dissertam:

Esta é a essência da chamada teoria da “adequação social da conduta”: as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem ser delitos, e, portanto, devem ser excluídas do âmbito da tipicidade. Esta teoria, ao menos quando colocada nestes termos, implica um corretivo de tipicidade legal, mas de natureza da que aqui postulamos por via da tipicidade conglobante, porque remete diretamente à ética social.

A evidente evolução dos costumes, em conjunto com o maior acesso à informação ocasionaram mudanças comportamentais na esfera da moralidade e da sexualidade, afetando diretamente a caracterização da ofensa ao bem jurídico

tutelado pelo direito penal no crime de estupro de vulnerável, qual seja a preservação da integridade sexual.

Existe a possibilidade de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável mediante aplicação do princípio da adequação social, contudo é necessário tomar cuidado com um possível subjetivismo por parte do julgador. Sob outra perspectiva, o julgador deve analisar o caso concreto, apreciando com atenção a caracterização da tipicidade material do delito, levando em conta os costumes adotados por aquele grupo de pessoas na época da ocorrência dos fatos. Por fim, ainda que em alguns casos não deva ser levado em conta, a adequação social é uma ferramenta para que se faça a interpretação do fato a fim de determinar se tal conduta do agente causou ou não risco não permitido.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: APLICABILIDADE DO ERRO DE TIPO NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A vigência da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, apresentou consideráveis alterações no Código Penal de 1940. Além de alterar a nomenclatura do Título VI da parte especial do Código, promoveu alterações substanciais nos artigos 213 e 214. Como consequência punitiva da fusão destes dispositivos, é relevante destacar que deixou de gerar concurso material de crimes e ainda, possibilidade de continuidade delitiva, que anteriormente não era admitida. Esta mudança pode ser facilmente identificada com a nova redação do art. 213, por meio da substituição da expressão “mulher” pela expressão “alguém”, tornando o crime próprio em crime comum (ESTEFAM, 2013).

Antes, apenas considerava-se estupro a prática não consentida de conjunção carnal (introdução de pênis masculino na vagina feminina), ou seja, o crime era próprio, pois necessitava de condição especial do agente ativo (ser do sexo masculino) e do sujeito passivo (ser do sexo feminino).

Nas palavras de Luiz Segundo (2012, p.105):

Assim, constata-se que diante da fusão do agora revogado crime de atentado violento ao pudor (art. 214) ao novo crime de estupro (art.213), os sujeitos ativo e passivo do referido crime agora podem ser tanto o homem como a mulher, logo, a conceituação do crime de estupro como conjunção carnal (introdução do membro genital masculino na vagina da mulher), mediante violência ou grave ameaça, cai por terra, pois o crime, para a ocorrência, não depende exclusivamente da introdução do membro genital masculino na vagina da mulher [...]

Portanto, na lição de Estefam (2013, p. 150), “qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do estupro, desde a mudança introduzida pela Lei nº 12.015/2009. É possível, destarte, que se cometa estupro entre dois homens, entre duas mulheres, ou entre pessoas (autor e vítima) de sexos opostos”.

No que tange aos arts. 214 e 216, não trata-se de um *abolitio criminis*, pois ambos artigos apenas foram incorporados na redação de outros do Código.

Para Platt *et al* (2018):

Mesmo com a Lei Federal Brasileira nº. 12.015 de 2009, fundindo em um único artigo os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, optou-se por analisar os dois conceitos separados e de forma conjunta, pois a ficha manteve a categorização inalterada até o ano de 2015. A legislação acima citada, definia Atentado Violento ao Pudor como “constranger alguém,

mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” e, estupro como sendo “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

A mais importante alteração proposta por este advento, e objeto de estudo deste trabalho é a criação do tipo alternativo para proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, que será estudado a seguir.

4.1 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL INSTITUÍDO PELA LEI Nº 12.015/2009

No crime de estupro, o enfoque da tutela penal é defender a liberdade sexual das pessoas, punindo aqueles que atentarem contra sua autodeterminação com emprego de violência ou grave ameaça. Já no tipo penal do art. 217-A, a ideia passa a ser a defesa da intangibilidade sexual de pessoas que não possuem completo discernimento, dada sua condição de fragilidade. A proteção está ligada à liberdade sexual e a garantia do livre desenvolvimento de pessoas vulneráveis.

Para Estefam (2018, p. 753):

Calha a pena citar que a nossa Constituição Federal declara constituir dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, entre outros, seu direito à dignidade, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput) e, no §4º, emite verdadeiro mandando de criminalização no que se refere ao abuso, à violência e à exploração sexual da criança e do adolescente, determinando que tais atos deverão ser severamente punidos.

O crime de estupro de vulnerável tem previsão legal na redação do art. 217-A do Código Penal, conforme transcrição *in verbis*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
 § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
 § 2º (VETADO)
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
 § 4º Se da conduta resulta morte:
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2018a)

Este tipo penal consiste na realização de qualquer ato libidinoso que tenha por finalidade a satisfação da lascívia, de forma consensual ou não, com pessoas que se encontrem em situação de fragilidade ou vulnerabilidade.

Estefam (2013, p. 144) leciona que o estupro pertence àquela categoria de crimes em que a discordância do sujeito passivo figura como elementar da infração; nem poderia ser diferente, já que a norma visa à salvaguarda da liberdade de autodeterminação sexual.

Contudo, faz-se necessário tão logo esclarecer a condição de que trata o referido dispositivo. No entendimento de Damásio de Jesus (2013, p. 156):

Para o Código Penal, vulneráveis são os menores de 14 anos (art. 217-A, *caput*), os enfermos ou deficientes mentais e, os que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência (§1º). [...] Vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial, estacionada ou progressiva, configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa.

Para Nucci (2009, p. 36) “o sujeito passivo deve ser pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato), ou pessoa com incapacidade de resistência”.

Uma das mudanças no conceito de vulnerabilidade é a substituição da presunção de violência pela designação vulnerável. Portanto, é considerado vulnerável o menor de 14 anos de idade, bem como aqueles que possuem alguma deficiência mental que não lhes possibilite capacidade de resistir.

Neste dispositivo, o legislador substituiu a violência presumida (baseada no artigo 224, que fora revogado) por vulnerabilidade. Cuida-se de delito hediondo, de acordo com o artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/90, *in verbis*:

Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (BRASIL, 2018c).

Este delito é punido exclusivamente na forma dolosa, não sendo admitida a forma culposa.

A descrição da conduta típica consiste em “ter conjunção carnal” ou “praticar ato libidinoso” em desfavor de pessoa vulnerável. Ou seja, qualquer contato

sexual com intuito de satisfazer a vontade sexual do agente ativo, não necessitando o vulnerável compreender a natureza do ato, e tampouco, de seu consentimento.

Na visão de Damásio de Jesus (2013, p. 163):

O ofendido, repise-se, não necessita ter consciência da libidinosidade do ato praticado (no estupro de vulnerável, aliás, a vítima, de regra, não o terá). Basta que o ato ofenda o pudor do homem médio, independentemente da capacidade da vítima de entender o seu caráter libidinoso, seja por falta de capacidade psíquica, seja por externa depravação moral. É suficiente, pois que contrarie o pudor mediano, pouco importando que a vítima consiga, ou não, compreender sua finalidade sexual.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois trata-se de crime comum. Todavia, o sujeito passivo precisa atender às condições descritas no tipo penal, ou seja, ser vítima vulnerável. Nucci (2009, p. 36) explica, então, que o crime pode ser cometido por qualquer pessoa, mas o sujeito passivo deve ser pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência). A consumação do tipo se dá com a realização do ato libidinoso ou da conjunção carnal. Porém, ainda que de difícil comprovação, é admitida a tentativa, quando o agente inicia a execução dos atos lascivos, mas é impossibilitado de concluí-los por circunstâncias alheias à sua vontade.

No tocante à causa de aumento de pena prevista na redação do art. 9^a da Lei nº 8.072/1990, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por meio de sua jurisprudência que com a vigência da Lei nº 12.015/2009, a majorante prevista no art. 9^o da Lei dos Crimes Hediondos foi revogada.

Com relação à forma qualificada do crime, quando do comportamento descrito no *caput* do artigo resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena imposta será de dez a vinte anos, de acordo com §3^o. Caso a conduta ocasione a morte do sujeito passivo, a pena será de doze a trinta anos, conforme §4^o. Já a pena cominada a este tipo penal, na forma simples, é de oito a quinze anos de reclusão, tratando-se de procedimento de ação penal pública incondicionada, conforme dispositivo 225 do Código Penal (BRASIL, 2018a).

Cabe destacar que a recente vigência da Lei nº 13.718/2018 incluiu um parágrafo na redação do art. 217-A do CP, prevendo em lei a irrelevância do consentimento da vítima, corroborando o entendimento jurisprudencial dado pela redação da Súmula 593 do STJ (ARAÚJO, 2018).

Nas palavras de Araújo (2018):

Por fim, a Lei 13.718/18 trouxe ainda um novo parágrafo para o art. 217-A do CP, que é o §5º. Vejamos: “Art. 217-A. [...] § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”. O supramencionado §5º apenas positiva, ou seja, coloca expressamente na Lei um entendimento que já estava consolidado na Jurisprudência (ainda que bastante controvertido na Doutrina), que é a irrelevância do consentimento da vítima no crime de estupro de vulnerável, exatamente por sua situação de vulnerabilidade.

Acerca da vulnerabilidade, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 593, entendeu que é absoluta e presumida, ainda que a vítima já tenha mantido relações sexuais, ou até mesmo que tenha consentido a prática do ato.

Transcreve-se:

Súmula 593 do STJ: O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (BRASIL, 2018d).

Esta decisão da Terceira Seção do Tribunal se impõe como um limite para aplicação do erro de tipo, estabelecendo expressamente que são irrelevantes tanto o consentimento da vítima quanto a existência de experiência sexual anterior desta.

Em todos os casos (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento, ou acometido de outra causa de redução da capacidade de resistência), é fundamental a abrangência do dolo do agente. O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der, ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa (NUCCI, 2009, p. 38).

Passa-se, portanto, à análise da aplicação efetiva do erro de tipo nos casos de estupro de vulnerável.

4.2 ACÓRDÃOS QUE RECONHECEM A APLICAÇÃO DO ERRO DE TIPO

O Superior Tribunal Federal, juntamente com o Superior Tribunal de Justiça compõem as duas mais importantes Cortes Judiciais do país. As decisões por elas tomadas constituem um padrão a ser adotado nos julgamentos realizados por instâncias inferiores. Deste modo, a análise das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça se faz relevante. Para a presente pesquisa, foram aplicados os filtros “erro tipo” e “estupro vulnerável”.

No Recurso Especial nº 1746712/MG, julgado em 14 de agosto de 2018, o relator Ministro Jorge Mussi entendeu pela manutenção da aplicação do erro de tipo, diante do desconhecimento sobre a idade da vítima por parte do réu.

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1 Hipótese em que o réu foi denunciado pela prática de estupro de vulnerável por manter conjunção carnal com vítima menor de 14 anos, quando mantinham relacionamento afetivo. 2. Caso em que o réu foi absolvido da prática do delito de estupro de vulnerável diante do desconhecimento da idade da vítima. 3. O desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP). 4. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima implicaria o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso desprovido. (REsp 1746712/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018) (BRASIL, 2018e)

A presente jurisprudência trata de um agravo em recurso especial interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento a apelação do Ministério Público.

O réu fora denunciado pela prática do artigo 217-A (estupro de vulnerável). A vítima contava com treze anos de idade a época dos fatos, e não possuía experiências sexuais anteriores. Ocorre que réu manteve conjunção carnal com a vítima por diversas vezes, em virtude de ligeiro relacionamento afetivo que mantinham. Em sede de apelação, o Egrégio Tribunal de Justiça decidiu pela manutenção da sentença absolutória do réu.

Inconformado, o Ministério Público alega que houve violação ao artigo 217-A do Código Penal, pois o réu tinha plena ciência da idade da vítima, argumentando que o consentimento da vítima nesses casos é irrelevante para que se caracterize o delito, partindo do pressuposto que a vulnerabilidade possui natureza absoluta.

A decisão do relator é no sentido de que tanto a materialidade quanto a autoria delitiva são incontroversas, em face da confissão do acusado e também de todas as provas produzidas durante a instrução processual.

Além disso, não é possível saber exatamente em qual momento o acusado tomou ciência da idade da vítima, até mesmo porque esta tinha o constante hábito de mentir sua idade para as pessoas. Verifica-se, portanto, que a instância de origem decidiu que o réu incorreu em erro sobre a idade da vítima, o que configura circunstância elementar do delito de estupro de vulnerável, razão pela qual decidiu pela exclusão do dolo da conduta do agente.

O entendimento desta Corte é de que o desconhecimento acerca da idade da vítima pode excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerabilidade da vítima mediante ocorrência do erro de tipo e, pela expressa vedação de reexame de conteúdo fático-probatório (Súmula 7 do STJ) no julgamento de recurso especial, decidiu por negar provimento ao recurso especial, mantendo a aplicação do erro de tipo.

No mesmo sentido, o Agravo em Recurso Especial nº 1338968/MG, julgado em 2018, no qual o relator Ministro Ribeiro Dantas, através de decisão monocrática, negou seguimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, reconhecendo a aplicação do erro de tipo, ainda que comprovada materialidade e autoria, a situação de vulnerabilidade da vítima não restou comprovada, portanto, a absolvição do agente é necessária:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONSENTIMENTO DA VITIMA - IRRELEVÂNCIA - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - ERRO DE TIPO - OCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO. I - O eventual consentimento da vítima é irrelevante para a configuração crime de estupro de vulnerável, na medida em que a vulnerabilidade de pessoa menor de 14 (quatorze) anos é absoluta, diante da ausência da maturidade necessária para consentir. II - Se o autor pratica relações sexuais incorrendo em erro sobre a idade da vítima, circunstância esta elementar do delito de estupro de vulnerável, exclui-se o dolo de sua conduta e, conseqüentemente, a própria tipicidade, na medida em que não há previsão de modalidade culposa para referido crime. V.V. O bem jurídico protegido nos crimes praticados contra vulnerável é a vítima da ação incriminada, o menor e o incapaz de discernir ou de resistir, que não possui a capacidade de externar o consentimento racional, seguro e pleno quanto ao exercício de sua sexualidade. Assim, não pode o magistrado, na busca da proteção do indivíduo, fechar os olhos para as situações cotidianas e peculiares da sociedade, devendo o contexto tático ser o norteador de suas decisões. Nesse contexto, não restando comprovada nos autos a situação de vulnerabilidade da vítima, imperiosa a absolvição do réu em relação ao crime de estupro. A Corte de origem deixou de admitir o recurso especial

ante a incidência da Súmula 7 do STJ. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou que o réu desconhecia que a vítima era menor de 14 (quatorze) anos. Além disso, a Corte local asseverou que, consoante a prova dos autos, a menor aparentava ter mais do que a referida idade. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima implicaria o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso desprovido. (STJ - AREsp: 1338968 MG 2018/0197574-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 19/10/2018) (BRASIL, 2018f)

O réu fora acusado da prática de estupro de vulnerável. A acusação sustentou que o fato de a vítima aparentar ter mais de 12 anos de idade não possui nenhuma relevância jurídica, ponderando que o simples fato de o réu ter mantido relações sexuais com a vítima sem ao menos se preocupar se ela se tratava ou não de pessoa menor de 14 anos, estava assumindo o risco de praticar o delito tipificado na redação do art. 217-A do CP.

Contudo, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou que o réu desconhecia o fato de que a vítima possuía menos de 14 anos de idade à época dos fatos, consoante as provas dos autos, especialmente a palavra da vítima. Ainda, que devido ao consentimento da vítima para a prática delituosa, aliado as suas características pessoais, o agente fora induzido ao erro com relação a sua idade, pois ela aparentava possuir idade superior a 14 anos de idade.

O entendimento do relator é de que o desconhecimento do agente sobre a idade da vítima exclui o dolo, mediante ocorrência do erro de tipo. E, ainda, que em decorrência da vedação de reexame de conteúdo fático-probatório (conforme entendimento da Súmula 7 do STJ), no julgamento de recurso especial, negou provimento ao recurso especial, mantendo a aplicação do erro de tipo.

Ainda, segue o mesmo raciocínio o seguinte julgado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO MINISTERIAL PELA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 217-A DO CP. ERRO DE TIPO. IDADE DA VÍTIMA. PRETENSÃO DE REFORMA DE PREMISSA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ - REsp: 1740653 TO 2018/0112287-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 15/08/2018).(BRASIL, 2018g)

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Tocantins contra acórdão que reconheceu o erro de tipo essencial

escusável, diante das provas acostadas aos autos. A vítima contava com 13 anos de idade na época do crime.

Restou comprovado por meio do depoimento pessoal da vítima que o réu, com quem mantinha relacionamento afetivo e relações sexuais, não sabia sua verdadeira idade.

No presente caso, o erro de tipo incidiu sobre a elementar constitutiva do delito, acarretando a falsa representação da realidade pelo réu, ou seja, não possuía consciência de que praticava o injusto penal. Assim devendo restar afastado o elemento dolo.

Em decorrência do enunciado pela Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, não é possível o reexame do conteúdo fático probatório, razão pela qual fora mantida a decisão. A decisão monocrática de relatoria do Ministro Felix Fischer é no sentido de aplicar o erro de tipo.

Em ambos os casos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela manutenção dos acórdãos do Tribunal de Justiça, garantindo a aplicação do erro de tipo essencial (art. 20 do CP) em virtude de erro do agente sobre a idade da vítima, excluindo o dolo e absolvendo os réus.

A esse respeito, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, assim entendeu:

[...] Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso da expressão "de menor". Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. Por outra, a nossa legislação – repetindo – protege contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. *Data venia*, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do

recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna. Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. João Mestieri) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual.” (Embargos de divergência desprovidos. (REsp. n. 762.044/SP, rel. Ministro Nilson Naves, rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª S., DJe 14/4/2010) (BRASIL, 2018h)

Portanto, verifica-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça entende que o erro de tipo pode sim ser aplicado nos casos em que prevê a legislação.

4.3 ACÓRDÃOS QUE NÃO RECONHECEM A APLICAÇÃO DO ERRO DE TIPO

Para a análise dos acórdãos que não reconhecem a aplicação do erro de tipo foram empregados na pesquisa os mesmos termos utilizados na busca pelos acórdãos que reconhecem o erro de tipo, quais sejam “erro tipo” e “estupro vulnerável”.

O entendimento majoritário constatado na jurisprudência pesquisada é no sentido de não reconhecer o erro de tipo nos casos de estupro de vulnerável, em decorrência da vulnerabilidade da vítima.

No julgado abaixo, o agravo regimental fora improvido justamente pela razão acima elencada, conforme segue:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO. CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A pretendida absolvição do réu da prática do delito de estupro de vulnerável, por erro de tipo, ao fundamento de que não tinha conhecimento da real idade da vítima, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1104093/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018) (BRASIL, 2018i)

O presente recurso fora interposto em face de decisão que condenou o réu pelo crime descrito no art. 217-A do CP, uma vez que as provas constantes nos autos dão conta de comprovar que o réu sabia da idade da vítima no momento em que com ela praticou o delito.

O Tribunal de origem obstou seguimento do recurso especial em virtude da incidência da Súmula 7/STJ. Entretanto, como razão do recurso de agravo, extrai-se apenas a interpretação da norma e o revolvimento das provas.

A partir do depoimento da vítima, restou demonstrado que o acusado sabia exatamente qual a idade dela, e mesmo assim, insistiu na prática da conjunção carnal, valendo-se do relacionamento afetivo que mantinham. Assim, o entendimento da Corte foi no sentido de não reconhecer a incidência do erro de tipo, mantendo a condenação pela prática do delito previsto no tipo penal.

O julgado do Recurso Especial nº 1712748 parte do mesmo pressuposto:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO MINISTERIAL - AUTORIA - MATERIALIDADE - COMPROVADAS - PALAVRAS DA VÍTIMA - VALOR PROBANTE - ERRO DO TIPO - DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA - NÃO CONFIGURADO - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA - IRRELEVÂNCIA - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONDENAÇÃO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO." (e-STJ, fl. 115). Nas razões recursais, a defesa sustenta violação do art. 386, VI, do Código Penal. Argumenta ser aplicável, na espécie, o princípio do in dubio pro reo. E, além disso, aduz que o agente incorreu em erro quanto à idade da vítima (elementar do crime de estupro de vulnerável), acreditando que ela contava com 15 anos de idade. Assim, busca a absolvição. Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 140-148). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 165-172). É o relatório. Decido. Em relação ao suposto desconhecimento da idade da vítima, observe-se que o Tribunal recorrido traz vários elementos fáticos para derrubar essa tese: (a) a ofendida possuía apenas 11 anos de idade; (b) era pequena; (c) com voz infantil; e (d) com aparência de criança. A propósito: "Primeiramente, em análise detida aos autos, verifico que a menor G. de S. T., que tinha apenas 11 (onze) anos à época dos fatos (...). [...] No entanto, a excludente de tipicidade - erro de tipo -, capitulada no art. 20 do CP, por o Apelado não saber a idade da ofendida, não se sustenta, eis que, consoante evidenciam as provas colhidas, a ofendida era pequena, com voz infantil, com aparência de criança. Neste contexto, impossível ao Apelado não desconfiar da pouca idade da vítima, assim não há que se cogitar acerca da configuração de erro de tipo." (e-STJ, fl. 117) Nestes termos, rever as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, nos moldes como requerido no presente recurso, demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ. Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do Regimento Interno do STJ, não conheço do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. (STJ - REsp: 1712748 AM 2017/0312123-3, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 01/02/2018) (BRASIL, 2018j)

Trata-se de recurso interposto em face de decisão que condenou o acusado pela prática do crime de estupro de vulnerável, onde a defesa alega que o agente desconhecia a pouca idade da vítima. Entretanto, o conjunto probatório juntado aos autos por si só derruba a tese da defesa, porquanto reconhece que o

agente poderia facilmente identificar a pouca idade da vítima pelas características que ela aparentava, tais como a aparência e a voz infantil. Dessa forma, devido às provas, é impossível cogitar a configuração do erro de tipo (art. 20 do CP), tendo o relator não conhecido o recurso especial.

Ressalta-se, portanto, que a aplicação do erro de tipo no crime de estupro somente será cabível quando o agente praticar a conduta descrita no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, na modalidade erro de tipo essencial escusável, quando se enganar sobre a verdadeira idade da vítima.

Para ilustrar, vale mencionar um exemplo clássico: o agente frequenta determinada casa noturna onde o acesso é restrito aos maiores de 18 anos. É seduzido por uma jovem de 12 anos de idade, e com ela pratica o ato sexual. O pai da garota toma ciência do ocorrido e procura o Ministério Público, que denuncia o agente pela prática do crime de estupro contra vulnerável. Na instrução probatória, as testemunhas arroladas confirmam que a menina aparentava possuir a idade permitida para frequentar o local, e ainda, que em suas redes sociais, afirmava contar com mais de 18 anos de idade.

Ou seja, a alegação de erro de tipo devido a falsa percepção acerca da idade da vítima é totalmente cabível, de acordo com a legislação penal, uma vez que é evidente as chances de o agente incorrer em erro. Assim, neste caso fictício, o magistrado pode absolver sumariamente o réu, de acordo com o art. 397 do Código de Processo Penal, por estar defronte uma causa manifesta de excludente de culpabilidade.

Desse modo, constata-se que a equivocada percepção do agente deve ocorrer de maneira razoável, podendo ter levado qualquer outro indivíduo a incidir no mesmo erro.

5 CONCLUSÃO

A sociedade vem sofrendo mudanças contínuas no que tange à garantia dos direitos sociais. O arcabouço legal vem se ajustando às variações de comportamento humano em seu meio de convívio, de forma tal que tudo seja permitido, desde que não haja impedimento por força de lei.

Há um sem fim de espécies de delitos previstos na legislação e, dentre estes, enquadra-se o estupro de vulnerável, como garantia aos direitos das crianças, adolescentes e pessoas que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Porém, para este tipo de crime há uma dualidade de entendimento no que diz respeito à aplicação da excludente de tipicidade. O entendimento do juiz para condenar ou absolver o réu deve embasar-se na suficiência de provas. Dessa forma, no presente trabalho buscou-se discorrer sobre o agir com dolo ou não ser responsabilizado.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, de forma a buscar o embasamento legal a respeito do crime. Assim, no primeiro capítulo, estudou-se acerca da teoria do crime e foram analisadas as diferentes conceituações de crime sob a ótica de variados autores, os quais defendem seus postulados, conforme suas crenças. A destarte da ampla conceituação, foi realizada a divisão da conceituação de crime do ponto de vista material e formal, ainda que meramente ilustrativas, pois a teoria tripartida, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, vale-se do conceito analítico de crime, descrito como a conduta típica, antijurídica e culpável.

Ademais, baseando-se na teoria finalista da ação, passou-se à análise da teoria da culpabilidade, de onde se extrai que o magistrado deve fazer um juízo de valor, e que caso não restem configurados os três requisitos, que são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a inexigibilidade de conduta diversa, a culpabilidade do agente deverá ser afastada.

Na sequência, a pesquisa do segundo capítulo pautou-se na análise do erro em matéria penal, levando em consideração suas espécies (erro de tipo e erro de proibição) e suas subclassificações (erro essencial e erro accidental). A partir disto, constatou-se que a aplicação dessa excludente no tipo penal abordado (art. 217-A do Código Penal) esbarra em alguns limites, pois diz respeito aos crimes cometidos em desfavor de pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade, como forma de assegurar a sua liberdade sexual.

Ademais, buscou-se demonstrar que o erro de tipo aplicável no tipo penal ao qual refere-se o presente trabalho é o erro de tipo essencial, pois o agente não tinha potencial conhecimento sobre a condição de vulnerabilidade da vítima no momento em que praticava a conduta delituosa.

Ainda nesse contexto, diante das mutações sociais ocorridas no decorrer dos anos, que retratam um mundo contemporâneo com diferentes valores éticos, morais e sociais, mostrou-se essencial abordar acerca da adequação da legislação penal brasileira. Verificou-se que tais mudanças se pautam no princípio da adequação social, pois quando o comportamento social e as regras de conduta obrigatórias sofrem alterações, o direito deve adaptar-se a essas novas vontades sociais.

Dessa forma, os estudos do terceiro capítulo concentraram-se nas principais alterações advindas com a vigência da Lei nº 12.015/2009, que tipificou o crime de estupro de vulnerável com a redação do art. 217-A do Código Penal. Ademais, constatou-se que a nova legislação passou a referir-se à vulnerabilidade, e não mais à presunção de violência. Tal entendimento encontra-se consolidado pela jurisprudência majoritária, através da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, portanto, foi realizada análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2016 a 2018, momento em que verificou-se que embora a aplicação da excludente de tipicidade por erro de tipo nos casos de estupro de vulnerável encontre amparo na legislação penal, uma vez que o tipo não admite modalidade culposa, sua aplicação de fato deve ser cautelosa e pautada em provas concretas e suficientes, que evidenciem que o autor do delito, de fato, não tinha condições de saber a verdadeira idade da vítima no momento em que praticava o ato.

Foi possível observar, então, que apesar de não ser o entendimento majoritário dos tribunais superiores, a excludente de tipicidade por erro de tipo essencial incriminador escusável, prevista no art. 20 do Código Penal pode sim ser aplicada nos crimes descritos na redação do art. 217-A do Código Penal, porquanto não exista modalidade culposa neste tipo penal.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Renan. **Lei 13.718/18**: alterações nos crimes contra a dignidade sexual – Importunação sexual, vingança pornográfica. 2018. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-13-718-18-alteracoes-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-importunacao-sexual-vinganca-pornografica-e-mais/>>. Acesso em: 06 out. 2018.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018a.

_____. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. **Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 20 out. 2018b.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 20 mai. 2018c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Súmulas. Súmula n. 593. Terceira Seção, em 25.10.2017, DJe 6.11.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em 20 out. 2018d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Recurso Especial 1746712/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1736346&num_registro=201801047269&data=20180822&formato=PDF> Acesso em: 31 out. 2018e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Agravo no Recurso Especial nº 1338968 MG 2018/0197574-2, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Publicação: DJ 19/10/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=88394221&num_registro=201801975742&data=20181019> Acesso em: 31 out. 2018f.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Recurso Especial nº 1740653 TO 2018/0112287-7, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Publicação: DJ 15/08/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=86088226&num_registro=201801122877&data=20180815> Acesso em: 30 out. 2018g.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 14/12/2009, DJe 14/04/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=901852&num_registro=200601688290&data=20100414&formato=PDF> Acesso em: 30 out. 2018h.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1104093/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1708241&num_registro=201701242220&data=20180521&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2018i.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Recurso Especial nº 1712748 AM 2017/0312123-3, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Publicação: DJ 01/02/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79496684&num_registro=201703121233&data=20180201> Acesso em: 01 nov. 2018j.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** parte geral. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** V. 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COPELLO, Patricia Laurenzo. **Dolo y conocimiento.** Valencia Tirant lo Blanch, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal:** parte geral. 5. ed. rev., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ELEUTÉRIO, Fernando. **Erro no direito penal.** Curitiba: Juruá, 2006.

ESTEFAM, André. **Direito penal.** Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Penal.** Volume 2: parte especial (arts. 121ª 234-B). 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

_____. **Direito penal:** volume 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal:** parte geral culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Erro de tipo e erro de proibição:** erro de tipo e suas modalidades: erro de proibição e suas modalidades: erro de tipo permissivo (CP, art. 20, §1º) : evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação : Teorias sobre a culpabilidade : Conceito complexo de culpabilidade. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

_____. **Curso de Direito Penal:** parte geral, volume I. 20. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

GUNTER, Klaus. O desafio natural de um direito penal fundado na culpabilidade. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 1052-1077, dezembro de 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000301052&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, 3º volume:** parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Penal:** parte geral. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Direito penal.** 7.ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral.** 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal:** parte geral, v. I. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PLATT, Vanessa Borges; *et al.* Violência sexual contra crianças: autores, vítimas e consequências. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 4, p. 1019-1031, Abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018000401019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2018.

POZZOBON, Luize Genari; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Princípio da Adequação Social: Considerações sobre a Jurisprudência dos Tribunais Superiores. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre: Síntese, v.17, n.102, fev./mar. 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. Comentários Sobre o Crime de Estupro Após o Advento da Lei nº 12.015/2009. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 76, out./nov. 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Jan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

_____. **El nuevo sistema de derecho penal**: uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGEL, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1, parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.