

## CASO MARIANA FERRER E O ESTUPRO CULPOSO

*Luiz Gustavo Fernandes*<sup>64</sup>

*Mônica Abreu Pantoja da Silva*.<sup>65</sup>

### RESUMO

O presente artigo acadêmico trata do tão debatido caso da modelo e blogueira Mariana Ferrer<sup>66</sup>. Pretendemos, de forma técnica, simples e sucinta, abordar e explicar o tema que se tornou tão polêmico no ano de 2020. Almeja-se, com este artigo, explicar o motivo da veiculação do absurdo jurídico chamado “estupro culposo”. Para tanto, devemos conhecer o caso concreto, o crime de estupro de vulnerável, o conceito de crime, conceito de conduta e, por fim, o instituto do erro de tipo. Alertamos que não temos nenhuma intenção de discutir o mérito do processo (mesmo porque não temos o conhecimento dos autos). Temos o objetivo de, tão somente, explicar o instituto do erro de tipo e o “porquê” da equivocada notícia de absolvição por estupro culposo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mariana Ferrer. Estupro culposo. Erro de tipo.

### RESUMEN

Este artículo académico trata sobre el muy debatido caso de la modelo y bloguera Mariana Ferrer. Pretendemos, de forma técnica, sencilla y sucinta, acercarnos y explicar el tema que se ha vuelto tan polémico en el año 2020. El objetivo

de este artículo es explicar el motivo de la publicación del absurdo legal denominado “violación involuntaria”. Por tanto, debemos conocer el caso concreto, el delito de violación de persona vulnerable, el concepto de delito, el concepto de conducta y, finalmente, el instituto del error tipo. Le informamos que no tenemos la intención de discutir los méritos del caso (incluso porque no conocemos los registros del caso). Tenemos el objetivo, únicamente, de explicar el instituto del error de tipo y el “por qué” de la noticia equivocada de absolución por violación culpable.

**PALABRAS CLAVE:** Mariana Ferrer. Violación culpable. Error de crimen.

### INTRODUÇÃO

A modelo e blogueira Mariana Borges Ferreira, que na época do ocorrido estava com 21 anos, acusou André de Camargo Aranha, empresário da área de Marketing esportivo, de tê-la estuprado, em 15 de dezembro de 2018, em uma casa noturna chamada *Club Café de La Musique*. Um *beach club* de luxo situado na cidade de Florianópolis (SC) onde a vítima trabalhava.

No dia seguinte aos fatos, Mariana registrou um boletim de ocorrência relatando ter sido dopada e estuprada, fato não evidenciado

<sup>64</sup> Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP. Pós-graduado (lato sensu) em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-graduado (lato sensu) em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-graduado (lato sensu) em Direito

Penal Econômico pela Universidade de Toledo (Espanha). Advogado. Professor da FADIPA.

<sup>65</sup> Discente do 6º semestre do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Padre Anchieta – UniAnchieta.

<sup>66</sup> Caso Mariana Ferrer – Wikipédia, a enciclopédia livre (wikipedia.org)

por meio do exame toxicológico, já que não foi encontrada nenhuma substância em seu corpo.

Contudo, o laudo do IML (Instituto Médico Legal), confirmou relação sexual recente e o rompimento do hímen. Além disso, outras provas demonstraram que a vítima não estava em seu estado normal.

André foi reconhecido nas imagens das câmeras do local, ao lado da modelo, e, além disso, também reconhecido por testemunhas.

Ao final do processo a que respondeu, foi absolvido por falta de provas quanto à vulnerabilidade da vítima.

Apesar da polêmica gerada pelo sítio jornalístico *The Intercept Brasil* ao mencionar a expressão “estupro culposo” como fundamento para a absolvição do réu, o certo é que o Ministério Público, em suas alegações finais, pediu absolvição do réu com fulcro no erro de tipo.

O erro de tipo, se invencível, exclui o dolo, se vencível, exclui o dolo, mas admite a punição por culpa; porém, como não existe estupro culposo, o fato seria atípico.

## **1. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL)**

Constitui crime de estupro a ação de “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjugação carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.<sup>67</sup>

Duas são as práticas sexuais relacionadas no tipo, isto é, a conjugação carnal e o ato libidinoso. A primeira se trata da “cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina”<sup>68</sup>.

Por sua vez, entende-se por atos libidinosos as outras formas de exercício da sexualidade, a exemplo do sexo oral, do sexo anal e outros atos.

Importante é notarmos que o núcleo do tipo desta prática delituosa é o verbo “constranger”, cujo significado é o ato de obrigar, de coibir alguém à prática do ato sexual, sem seu consentimento.

O tipo penal busca proteger a liberdade sexual, isto é, o direito que todos têm de se encaminharem a uma vida sexual saudável, de escolherem seus parceiros sexuais e de praticarem apenas o que desejam, na esfera sexual.

Enfim, protege-se a liberdade sexual e, acima de tudo, a dignidade sexual.

Quanto ao crime de estupro contra vulnerável, reza o artigo 217-A:

<sup>67</sup> Artigo 213 do Código Penal.

<sup>68</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 25

*“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.*

Determina o parágrafo § 1º do mesmo dispositivo que outras pessoas também figuram como vulneráveis, ou seja, pessoas que não têm o necessário discernimento para a prática do ato, devido a enfermidade ou deficiência mental, ou que por algum motivo não possam oferecer resistência.

Em suma, o dispositivo considera vulneráveis os menores de 14 anos, pessoas com enfermidades ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato e pessoas que, por qualquer outra causa (física ou mental) não possam oferecer resistência.

Importante destacar que esse tipo penal não contém o verbo “constranger”, o que significa dizer que, em regra, mesmo que haja o consentimento para a prática do ato, o crime estará consumado.

O Direito Penal objetivou a proteção dos vulneráveis, portanto, não importa o constrangimento ou consentimento. Havendo o ato sexual, o crime estará consumado.

Menor de 14 anos ou pessoa com deficiência ou enfermidade mental, sem o necessário discernimento, mesmo que anuam com a prática do ato, é caracterizado crime consumado.

Especial destaque deve se dar ao último dos vulneráveis, isto é, pessoa que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

Diga-se “outra causa”, física ou mental, ou seja, pessoa impossibilitada fisicamente de resistir mais, se consentir ao ato, o fato é atípico. Exemplo da vítima tetraplégica que consente com a relação sexual.

Ora, pessoa acometida com tetraplegia também tem direito há uma vida sexual!

Já pessoa impossibilitada psicologicamente não pode consentir pelo próprio estado mental em que se encontra. Exemplo: pessoa totalmente embriagada, totalmente drogada, hipnotizada, etc.

No caso, que originou este artigo, o Ministério Público denunciou André Aranha pelo crime de estupro de vulnerável, pois, manteve relação sexual com a vítima, que estava em estado de vulnerabilidade.

O Ministério Público alegou, em sua peça acusatória, que a vítima era incapaz de oferecer resistência em virtude de ter ingerido involuntariamente substância que viabilizou a ocorrência do crime.<sup>69</sup>

## 2. CONCEITO DE CRIME

Faz-se, então, necessário compreendermos o verdadeiro conceito de crime na visão do Direito Penal.

---

<sup>69</sup> Sentença, p. 01.

Primeiramente, podemos conceituar crime quanto aos critérios: Material, Legal e Analítico.

Segundo o critério Material, o crime se refere à definição real, que estabelece o fato punível. Reprisando o Professor Mirabete: “Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”.<sup>70</sup>

Em suma, nada mais é que a lesão ou ameaça de lesão praticada contra aquele bem jurídico eleito pelo legislador penal.

Sobre o critério Legal, prescreve o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940):

*“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”<sup>71</sup>*

Portanto, denomina-se crime aquela lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pelo legislador penal, com a resposta estatal sendo uma pena de reclusão ou detenção, cumulada ou não com multa, ou mesmo aplicada isoladamente. Já a contravenção penal é aquela infração cuja resposta estatal é a pressão simples,

cumulada ou não com multa, ou mesmo aplicada isoladamente.

Segundo o critério analítico, o crime é dividido em substratos, isto é, o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.<sup>72</sup> Com o preenchimento de todos esses substratos, teremos uma infração penal.

Por sua vez, a Teoria analítica do crime se dividiu em duas correntes: a tripartida e a bipartida.

A primeira corrente (tripartida), dividiu o crime naqueles três substratos já mencionados, ou seja, crime é fato típico, antijurídico e culpável.

Já a corrente bipartida, dividiu o crime em apenas dois substratos, ou seja, crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade (que não compõe o conceito de crime) apenas serviria como pressuposto de aplicação da pena.

Mas onde estaria o dolo e a culpa? Na conduta que, por sua vez, integra o fato típico.

Essa última corrente, bipartida, foi baseada na Teoria finalista da ação.

A teoria finalista da ação migrou o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico (precisamente para a conduta, que é um dos elementos do fato típico), de modo que a conduta passou a ser analisada quanto à sua finalidade. Uma conduta final, uma ação finalista.

<sup>70</sup> PIMENTEL, 1983 apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. 2009, p. 81.

<sup>71</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914)>. Acesso em: 05 janeiro 2021

<sup>72</sup> Já se pensou na punibilidade como substrato integrante do crime. Mas essa corrente não prosperou.

Não devemos entender que a Teoria finalista da ação se confunde com a Teoria bipartida do crime. Afinal, Hans Welsel, pai da Teoria finalista, adotava a concepção tripartida de crime.

Portanto, mesmo que se entenda que o crime é dividido em apenas dois substratos, ou se entenda que o crime se divide em três substratos, adotando-se a teoria finalista da ação, o dolo e a culpa estão alocados no fato típico.

Pois bem, seja como for, o que nos importa neste momento é compreendermos os três substratos da teoria analítica do crime.

O fato típico é um modelo de conduta criminal determinada pelo legislador como infração penal.

*“Art. 121. Matar alguém:  
Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.*

Por sua vez, o fato típico também é dividido em 4 elementos: a conduta, o resultado, o nexos causal e a tipicidade.

A Conduta se refere à ação humana voluntária e consciente, eivada de finalidade. O nexos causal, à relação de causa e efeito, ou seja, vínculo entre a conduta e o resultado. No que se refere ao resultado, subdivide-se em naturalístico e normativo. O primeiro é aquele que altera a realidade do mundo exterior; o segundo é a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido. E, por último, a tipicidade consistente na ação humana, que se encaixa em um modelo de conduta criminal determinada pelo legislador como infração penal.

A ilicitude é o segundo substrato da Teoria analítica do crime. Após a análise da tipicidade, passa-se a analisar a conduta sob a ótica da ilicitude, isto é, se permitida ou não pelo ordenamento jurídico.

A pergunta que devemos fazer, após o preenchimento do primeiro substrato da Teoria analítica, é: Será que a conduta, mesmo se adequando ao tipo legal, seria permitida pelo ordenamento jurídico naquele caso concreto?

O Código Penal prevê algumas causas excludentes da ilicitude, ou seja, mesmo que o fato seja típico, o direito permite sua prática segundo o caso concreto.

São elas a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

A culpabilidade, último substrato da teoria analítica, é o juízo de reprovação realizado primeiramente pelo legislador, e, posteriormente, realizado pelo juiz no caso concreto.

Enfim, após a análise dos dois substratos anteriores (fato típico e ilicitude), deve-se perguntar: Será que esse sujeito deve ser reprovado? Será que o agressor possuía higidez mental no momento da ação criminosa? Será que seria exigível uma conduta diversa da que ele tomou no caso concreto? Será que o agente tinha potencial consciência da ilicitude?

A culpabilidade também deve ser analisada sob a ótica de três elementos: a

imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

Preenchendo esses três elementos, a culpabilidade restará evidenciada, de modo que o sujeito deverá ser reprovado. Por exemplo: o agente atirou na vítima, que morreu por motivo dos disparos. A tipicidade e a ilicitude restaram evidenciadas, porém, ao se analisar a culpabilidade, descobre-se que o agente era portador de uma doença mental e que, ao tempo da ação, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, isto é, era um inimputável.

Neste caso, não há culpabilidade, e, segundo a teoria tripartida, não há crime. E, segundo a teoria bipartida, há crime, porém, o agente não será punido.

Por fim, ao passarmos rapidamente por todos os substratos, é importante que se diga que para o operador do Direito Penal, o que verdadeiramente importa para se definir o crime é o conceito analítico.

Pois bem, agora se faz imperioso o estudo da conduta, em especial, o finalismo.

### **3. FINALISMO**

Com o passar do tempo, várias teorias da conduta se formaram. Entretanto, como este estudo tem o formato de artigo científico, não serão analisadas todas as teorias, haja vista a limitação de espaço. Passemos a tratar do Finalismo.

No finalismo, segundo o seu criador, Hans Welzel, a ação humana é um exercício de atividade final, isto é, toda ação humana objetiva a um fim; assim, a conduta humana relevante para o Direito Penal são as dolosas ou culposas (Elemento subjetivo).

Desse modo, só interessa para o Direito Penal a conduta dolosa e, em alguns tipos penais, também se admite a conduta culposa.

Não havendo o elemento subjetivo, não há que se falar de conduta, que, por sua vez, não há que se falar de fato típico, e, portanto, não há que se falar de crime.

### **4. ESPÉCIES DE CONDUTA (DOLOSA E CULPOSA)**

Os elementos da conduta são: a vontade (o desejo de realizar a conduta), a exteriorização (a vontade que atinge o mundo exterior), a consciência (a compreensão dos dois elementos anteriores) e a finalidade (o objetivo da conduta).

As espécies de conduta, quanto ao elemento subjetivo, são o dolo, a culpa e o “preterdolo”.

A conduta dolosa é aquela em que o agente é consciente da sua ação, procede com vontade na busca de um resultado.

A conduta culposa ocorre quando o agente quebra o dever objetivo de cuidado, agindo, portanto, com negligência, imprudência ou imperícia. Na culpa, o agente não busca o resultado criminoso, porém, age inobservando o



dever de cuidado; causando um resultado não querido. Todavia, tal resultado era previsível.

A imprudência, *culpa in comittendo*, *culpa in faciendo* ou *culpa in agendo*, é uma conduta descuidada positiva, ou seja, uma conduta caracterizada por uma ação. Exemplo: Ultrapassar o limite de velocidade permitida.<sup>73</sup>

A negligência, *culpa in omittendo*, é uma conduta descuidada negativa, ou seja, uma conduta descuidada comissiva. Exemplo: Falta de revisão dos equipamentos de segurança do veículo.<sup>74</sup>

Reprisando o Mestre Nelson Hungria:

*Tanto a imprudência quanto a negligência, há inobservância das cautelas aconselhadas pela experiência comum em relação à prática de certos atos ou emprêgo (sic) de certas coisas, mas, enquanto a imprudência tem caráter militante ou comissivo, a negligência é o desleixo, a inação, a torpidez. Uma é a imprevisão ativa (culpa in comittendo), outra é a imprevisão passiva ((culpa in omittendo)).<sup>75</sup>*

A imperícia é a falta de aptidão técnica.

Novamente, ensina e exemplifica o Mestre Nelson Hungria:

*é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de arte ofício*

*ou profissão. Tão imperito é o cirurgião que, pouco versado em anatomia topográfica, pinça o pneumogástrico ao paciente ou corta-lhe um vaso sangüíneo (sic) de grosso calibre, quanto o engenheiro que, por erro (sic) técnico, constrói uma ponte sem a devida resistência, vindo ela a desabar sob o pêso (sic) que deverá suportar.<sup>76</sup>*

A modalidade culposa - negligência, imperícia, imprudência - é exceção, o que significa dizer que apenas alguns tipos penais admitem punição por culpa.

Para exemplificarmos, passamos analisar crimes contra a vida.

O Código Penal prevê apenas quatro crimes contra a vida: o homicídio, a participação em suicídio, o infanticídio e o aborto. Dentre os quatro crimes referidos, apenas o homicídio admite a modalidade de conduta culposa.

Em suma, o Código Penal dispõe da possibilidade de punição tanto do homicídio doloso, como culposo. Mas não dispõe a possibilidade de punição do crime de participação em suicídio, do infanticídio ou aborto na forma culposa. Somente dolosa.

Por fim, entende-se por “preterdolo” o dolo na conduta antecedente e a culpa, na consequente. Por exemplo, imagine que o agente somente queira estuprar a vítima: conduta dolosa. Todavia, por força de sua ação violenta,

<sup>73</sup> JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI Patrícia. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 278.

<sup>74</sup> Ibid, pg. 279.

<sup>75</sup> HUNGRIA. Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol I. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Pg. 197.

<sup>76</sup> Ibid. pg. 197.

a vítima acaba morrendo: conduta culposa. Enfim, tinha dolo na ação de estuprar, mas por culpa, acabou praticando também o homicídio.

## 5. ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO

A conduta dolosa, como já dito anteriormente, possui os elementos: a vontade e a consciência.

Dessa forma, o agente deve possuir a vontade de praticar o ato e atingir o resultado, além disso, a consciência acerca de sua conduta, resultado e nexos causal. Tais elementos são chamados de volitivo e intelectual, cognitivo ou intelectual.

Quanto ao elemento intelectual, o agente deve ter consciência do que faz, do que pretende praticar.<sup>77</sup>

Esse elemento intelectual, exigido pelo dolo, deve abranger todo o tipo objetivo, inclusive os elementos descritivos do tipo (a elementar “alguém” no crime de homicídio), os elementos normativos do tipo (a elementar “alheia” no crime de furto), os elementos negativos do tipo (a elementar “sem consentimento de quem de direito” no delito de violação de domicílio) etc.

A ausência de um elemento intelectual configura o chamado erro de tipo, mote deste estudo.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI Patrícia. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 263.

<sup>78</sup> Ibid. pg 264.

## 6. ERRO DE TIPO

O erro nada mais é do que a falsa percepção da realidade.

O festejado Professor Francisco de Assis Toledo lembra, no seu trabalho sobre o erro no Direito Penal, que:

*“Um dos mais difundidos adágios expressa, em língua latina, verdade de que cada um pode constatar em sua própria experiência existencial; errare humanum est. Errar é humano, ou melhor, é um atributo do homem, faz parte da natureza humana. Não poderia, pois, a Ciência do Direito, que se situa entre s que têm por objeto fatos humanos, deixar de ocupar-se seriamente com tal fenômeno.”<sup>79</sup>*

No Direito Penal, esse erro pode incidir sobre elementos estruturais do delito (Erro de Tipo) ou na consciência da ilicitude da ação (Erro de proibição).

Segundo Reinhart Maurach:

*“Erro do tipo é o desconhecimento de circunstâncias do fato pertinentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos. Erro de proibição é todo erro sobre antijuricidade de uma ação conhecida como típica pelo autor”<sup>80</sup>*

O erro de tipo se encontra no artigo 20 do Código Penal:

*“O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas*

<sup>79</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco de. O Erro no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1977. pg. 1.

<sup>80</sup> MAURACH, Reinart. 1962, p. 142 apud BITENCOURT, 2007, p. 380



*permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”*

Imaginemos que alguém vá a uma festa e deixe seu chapéu na portaria. Ao sair, pega seu chapéu e retorna para casa. Dias após, nota que não se tratava do seu chapéu, mas, por ser do mesmo tamanho, mesma cor, mesma marca, supusera ser o seu e o levou. Neste caso, quase todos os elementos do tipo penal do furto foram preenchidos, menos um.

Dispõe o art. 155 do Código Penal:

*“Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:  
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.*

Pergunta-se: o sujeito que foi à festa subtraiu um chapéu? Sim.

Foi para si ou para outrem? Para si.

A coisa era alheia móvel? Sim, era um chapéu alheio. Entretanto, pensou que estava pegando uma coisa própria móvel. Houve um engano, um erro.

Neste caso, como não tinha consciência (elemento intelectual) de que estava levando uma coisa alheia móvel, mas, sim, sua, não há que se falar em uma conduta dolosa.

Devemos fazer outra pergunta: o erro cometido no exemplo foi vencível ou invencível? Invencível. Note-se que o agente levou um chapéu idêntico, pois, era da mesma marca, mesmo tamanho, mesma cor. Só percebeu dias depois.

Assim sendo, parece que não houve quebra do dever de cuidado, pois, mesmo que houvesse agido com diligência, teria se enganado. Deste modo, a culpa também deve ser afastada. Enfim, erro de tipo invencível afasta o dolo e a culpa. Vejamos outro exemplo:

Imaginemos que uma pessoa esteja passando por uma mata, avista um animal e atira para matar; entretanto, tratava-se de uma pessoa e, se o atirador fosse um pouco mais cuidadoso, entenderia que era uma pessoa e não atiraria. Note-se que no exemplo, seria possível que o agente não se enganasse se fosse mais diligente. Lógico que a consciência não estava presente, de modo a afastar o dolo, mas também não houve o devido dever de cuidado objetivo, de modo que a culpa restará intacta.

Neste exemplo, o erro foi vencível, de modo afastar o dolo, mas, sobreveio a culpa.

O erro de proibição, que não se confunde com o erro de tipo - explicado acima, se encontra no artigo 21 do Código Penal:

*“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.”*

Esclarecedor foi o exemplo dado pelo Professor Francisco Assis de Toledo, ao diferenciar os institutos:

*“No delito de corrupção ativa (art. 333), ser o agente passivo “funcionário público” constitui elemento essencial do tipo. O conceito*

*de funcionário público – que é um conceito jurídico-normativo - conta na própria lei penal (art. 327). Quem oferece propina, para a prática de ato de ofício, a um empregado de entidade autárquica, ou paraestatal, supondo que essa espécie de empregado não se reveste da qualidade de funcionário público, incorre em erro de tipo. No crime de bigamia (art. 235), ser agente ativo “casado” constitui elemento jurídico-normativo do tipo, definido nas leis civis. Quem, sabendo-se casado, mas enganando-se sobre seu verdadeiro estado, por supor inválido o casamento anterior, casa-se civilmente de novo, antes da anulação ou do divórcio, incorre em erro de proibição”<sup>81</sup>.*

Pois bem, não trataremos do erro de proibição, haja vista não ter relação com o evento ocorrido, mote deste trabalho.

Trataremos do erro de tipo, que é o que importa para o caso em discussão.

Para que entendamos melhor o erro de tipo é importante recordarmos, brevemente, o que já foi explicado acerca do dolo. A conduta dolosa é aquela em que o agente procede com vontade consciente na busca de um resultado. Seus elementos, portanto, são: a vontade (volição) e o conhecimento (cognição).

Se o agente pratica a conduta mesmo sem vontade (ex. coação física irresistível), ou pratica a conduta sem o conhecimento (ex. erro de tipo), não há que se falar em conduta dolosa.

Há duas formas de erro de tipo: Erro de tipo Essencial e Erro de tipo Acidental.

O erro de tipo essencial é o que recai sobre algum elemento do tipo penal, de tal forma que o agente não tem consciência de que está praticando um delito. Em suma, esse erro impede que o agente saiba que está cometendo um crime.

Com isso, exclui-se o dolo (se o erro essencial for vencível ou inescusável - art. 20, §1º, 2ª parte CP), permitindo a punição a título de culpa (se houver previsão legal).

Exclui-se o dolo e a culpa (se o erro essencial for invencível ou escusável - art. 20, §1º, 1ª parte, CP):

*“...§ 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 culposos.”*

O erro de tipo acidental é aquele que recai sobre elementos secundários da figura típica, que são irrelevantes para a configuração do crime, ou seja, não elimina nem o dolo nem a culpa.

As modalidades são: erro sobre o objeto (*error in objecto*), erro sobre a pessoa (*error in persona*), erro na execução (*aberratio ictus*), resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*) ou erro sobre o nexo causal (*aberratio causae*).

---

<sup>81</sup> ASSIS TOLEDO, de Francisco – Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, pg. 268

Imagine-se que alguém queira matar seu desafeto, mas, ao desferir disparos de arma de fogo e cumprir seu intento, descobre que matou o irmão gêmeo do desafeto. Erro sobre a pessoa.

Responde como se tivesse matado a vítima almejada, ou seja, seu desafeto. Neste caso, não há nenhuma alteração do dolo, haja vista que teve vontade, desferir disparos de arma de fogo contra seu desafeto, e consciência, tinha conhecimento de que sua conduta o mataria.

Mas para esse singelo trabalho, também não nos importa estudarmos o erro de tipo acidental, mas só o essencial.

Retornando ao erro de tipo essencial, lembramos que suas duas espécies, vencível e invencível, excluem o dolo.

O erro de tipo essencial invencível exclui, além do dolo, também a culpa.

O erro de tipo essencial vencível exclui o dolo, porém, admite punição por culpa, quando prevista no tipo penal.

## CONCLUSÃO

Antes de tratarmos do desfecho do processo envolvendo André e Mariana, devemos lembrar que ficou demonstrado nos autos que houve relação sexual entre os dois. Porém, como a denúncia Ministerial acusava o réu de ter praticado estupro de vulnerável, necessário se fazia, portanto, a demonstração das condições de vulnerabilidade da vítima quando do ato sexual.

As testemunhas e a comanda de consumo de bebidas do local do evento

evidenciaram que a vítima tinha consumido álcool naquela noite, mas não a ponto de colocá-la em situação de vulnerabilidade.

*A contrario sensu*, as versões da vítima, de sua mãe - que a encontrou após o ocorrido - e da análise das conversas de *whatsApp* - com erros grosseiros na digitação - levaram a crer que a vítima não estava em estado de normalidade.

Suspeitou-se, que a vítima tivesse sido dopada de forma involuntária, estando, portanto, em situação de vulnerabilidade. Porém, o laudo toxicológico e de alcoolemia não acusaram a presença de substâncias tóxicas no corpo da vítima.

Admitindo o órgão acusador que a prova acerca da vulnerabilidade da vítima era muito fraca, pediu a absolvição, sustentado pelo entendimento que o dolo do réu não estava demonstrado. Situação que se deu porque faltou um elemento da conduta dolosa: A consciência da vulnerabilidade da vítima. Se não há consciência, não há dolo.

Como já explicado, o erro de tipo é a falsa percepção da realidade. O erro de tipo exclui o dolo, pois, não teve o autor a consciência da vulnerabilidade da vítima no ato sexual.

Cabe, agora, definir se o erro foi vencível ou invencível.

Se o erro foi invencível, exclui-se o dolo e a culpa (dever objetivo de cuidado). No entanto, se o erro sobre a representação dos fatos era vencível, se houve falta do dever de cuidado,

a culpa subsiste, isto é, punição por estupro culposo.

Ocorre que, não existe estupro culposo.

Portanto o fato é atípico!

Enfim, o erro de tipo neste caso, sendo ele vencível ou invencível, não admite punição.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *O Erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol I. 2 Ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1953.

JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 8. ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 1994.