



II. A RESPONSABILIDADE PENAL DO OMISSO SOBRE A OCORRÊNCIA DE ABUSO SEXUAL CONTRA PESSOAS VULNERÁVEIS

II. THE CRIMINAL LIABILITY OF OMISSION FOR THE OCCURRENCE OF SEXUAL ABUSE AGAINST VULNERABLE PEOPLE

Alice Rodrigues Nascimento¹
Ana Luísa Arantes de Moraes²
Érica Rivelli Silva Machado³
Isabela do Nascimento⁴

Recebido em:	11.12.2023
Aprovado em:	14.04.2024

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a temática acerca da responsabilidade penal da figura do garantidor nos crimes de estupro de vulneráveis e seu impacto na sociedade brasileira. Para isso, será explicitada a tipologia do delito de estupro, em sua modalidade simples e de forma qualificada, objetivando o completo entendimento e classificação doutrinária do delito ora analisado e da abrangência do conceito de vulnerabilidade, informando a classificação do delito estudado. Além disso, serão retratadas as ramificações dos delitos omissivos e comissivos, pontuando suas formas de realização e a imputação penal imposta aos agentes do delito, visualizando suas implicações doutrinárias e utilizando-se de exemplos para a construção de um entendimento. Ademais, será exposta e conceituada a figura do garantidor, dando ênfase ao seu aspecto jurídico, bem como sua forma de retratação na sociedade brasileira. Por fim, para exemplificar o exposto no presente artigo, dar-se-á uma análise jurídica a casos envolvendo a temática do estupro de vulnerável ora apresentada que possuem grande repercussão midiática e jurídica. Assim, o artigo visa uma melhor compreensão do tema apresentado, sob a aplicação da metodologia mista, definida por pesquisas teóricas, referências doutrinárias, estudos de casos judiciais e jurisprudências em conformidade com o tema e com a legislação vigente no sentido de concluir a efetiva responsabilidade do omissivo nos casos de estupro de vulnerável.

¹ Graduanda em Direito do Centro Universitário Newton Paiva, e-mail: nascimentoalice@outlook.com

² Graduanda em Direito do Centro Universitário Newton Paiva, domiciliada em R. Oscar Trompowsky, 1530, Nova Granada, Belo Horizonte/MG, e-mail: analuarantesmoraes@gmail.com

³ Graduanda em Direito do Centro Universitário Newton Paiva, domiciliada em Av. Afonso Pena, 4.001, Serra, Belo Horizonte/MG, e-mail: ericatenas@hotmail.com

⁴ Graduanda em Direito no Centro Universitário Newton Paiva, e-mail: isabelanarvaes301@gmail.com



PALAVRAS- CHAVES: estupro; vulnerável; omissão; responsabilidade.

ABSTRACT: The present work aims to address the issue of the criminal responsibility of the guarantor in crimes of rape of vulnerable people. To this end, the typology of the crime of rape will be explained, in its simple and qualified form, aiming for a complete understanding and doctrinal classification of the crime now analyzed. Furthermore, the ramifications of omissive and commissive crimes will be portrayed, highlighting their forms of accomplishment and the criminal charge imposed on the perpetrators of the crime. Furthermore, the figure of the guarantor will be exposed and conceptualized, emphasizing its legal aspect, as well as its form of retraction in Brazilian society. Finally, to exemplify what is exposed in this article, a legal analysis will be given to cases involving the topic presented here that have great media repercussions.

Thus, the article aims at a better understanding of the topic presented, under the application of mixed methodology, defined by theoretical research, doctrinal references, and jurisprudence in accordance with the topic and current legislation.

KEYWORDS: rape; vulnerable; omission: responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal (CP) de 1940, vigente atualmente, foi inserido pela Lei nº 12.015/2009, a qual introduziu importantes mudanças na legislação penal brasileira. Com essa nova legislação, introduziu-se o conceito de vulnerabilidade absoluta para indivíduos menores de 14 anos, bem como para aqueles que, por outras razões, como enfermidades ou deficiências mentais, são incapazes de resistir.

Este crime se manifesta de três formas distintas previstas em lei, cada uma delas sujeita a punições específicas quando comprovadas. Diante disso, questiona-se sobre o tratamento legal e as repercussões penais aplicáveis a terceiros cientes do crime que não tomam as devidas providências para impedi-lo ou denunciá-lo, explorando a responsabilidade desses indivíduos dentro do contexto legal atual.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar a extensão e os limites da responsabilidade penal para indivíduos que se omitem diante da ocorrência de estupro contra pessoas vulneráveis, conforme definido pelo art. 217-A do CP. Por sua vez, os objetivos específicos debruçam-se em: examinar alguns dos princípios que norteiam o Direito Penal no



Brasil; investigar o crime de estupro, estudando seu histórico, tipificação legal e demais características; e analisar a responsabilidade nos casos de omissão no crime de estupro de vulnerável, por meio de um estudo de caso.

Os nortes científicos que serão trilhados ao longo deste Trabalho de Conclusão de Curso caminharão no sentido de concluir que a responsabilidade penal do omissor no contexto de abuso sexual contra pessoas vulneráveis leva à responsabilização não apenas dos autores diretos do ato, mas também daqueles que, por omissão, contribuem para a concretização desse crime.

A pesquisa justifica-se porque o estupro de vulnerável constitui um delito de extrema gravidade, que, além da severidade inerente aos atos praticados pelo infrator, provoca profunda perturbação social devido à violação da autonomia individual sem o consentimento da vítima. Salienta-se que concordância da vítima em relação aos atos sexuais é juridicamente irrelevante se esta estiver em condição de vulnerabilidade.

A metodologia utilizada na pesquisa foi a revisão analítica, baseada nas confrontações bibliográficas.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante do ordenamento jurídico. Essa dignidade é estabelecida como um atributo dos seres humanos, sendo assim, se pode atestar que ela está atrelada a todos os direitos e garantias que são essenciais aos indivíduos (RAMOS, 2014). Trata-se de um dos fundamentos da República do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo aplicável em todos os ramos do Direito (BRASIL, 1988).

Conforme salienta Bonavides (2017, p. 20), “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal que o princípio da dignidade da pessoa humana”. O princípio da dignidade humana está na base de toda a vida em sociedade, assim, “[...] a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana, de modo que nem mesmo



um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes” (SILVA, 2016, p. 55).

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima ensina que o sistema penal é a *ultima ratio*, ou seja, sua utilização deve ser feita em último caso, uma vez que o Direito Penal intervém na seara da liberdade da pessoa humana, tratando-se de providência extrema de regularização da vida em sociedade, portanto, somente se justifica quando o fato não puder ser resolvido de outra forma menos gravosa, sendo seu caráter subsidiário (CAPEZ, 2018).

O princípio da legalidade é previsto no art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 1º do CP de 1940. De acordo com Bitencourt (2022), tal princípio é um elementar mecanismo de controle do poder de punir do Estado. Sendo assim, somente é considerado crime aquele fato que a lei considerou como tal, não podendo ser aplicada pena sobre um fato ocorrido antes da tipificação da conduta.

O princípio da insignificância afirma que o Direito Penal não deve se atentar a ofensas menores ou a legislações que criminalizem ações que não causem dano significativo ao bem legalmente protegido. Assim, para que uma ação seja considerada criminosa, deve haver um dano mínimo ao interesse protegido pela lei (BITENCOURT, 2022).

Com relação ao princípio da confiança, Capez (2018) afirma que a existência de um ato criminalmente relevante depende da ação que excede a esfera individual, não podendo ser ignorada na fase de julgar a culpabilidade. Esse conceito repousa na expectativa de que cada pessoa cumpra suas responsabilidades sociais e não cause danos aos outros, agindo dentro das normas de conduta geralmente aceitas.

Conforme o princípio da adequação social, qualquer ação que, mesmo estando em desacordo com a lei, não viole o conceito de justiça da sociedade, não deve ser classificada como crime. Assim, o Direito Penal é destinado apenas a punir ações que possuam uma gravidade social significativa. A lei penal seleciona comportamentos para punir com base em sua hostilidade e perigo para o bem comum, excluindo práticas socialmente aceitas (GRECO, 2022).

O princípio da responsabilidade pelo fato afirma que o papel do Direito Penal é restringir-se à punição de atos concretamente realizados e manifestados no mundo real, os



quais são especificamente classificados como crimes em leis. Assim, não se deve punir simples opiniões, crenças, escolhas políticas ou culturais divergentes, tampouco deve-se perseguir grupos ou categorias de indivíduos. As leis penais devem visar ações específicas para aplicação de penalidades e não criar perfis de possíveis infratores (GRECO, 2022).

Por fim, o princípio da proporcionalidade, fundamentado no respeito à dignidade humana, é enfatizado em várias disposições da Constituição Federal de 1988, tal como a abolição de certas punições excessivas (art. 5º, XLVII) e a necessidade de moderação para delitos menores (art. 98, I) (BRASIL, 1988). Segundo esse princípio, uma lei que traz mais prejuízos do que proteção é considerada inconstitucional, pois vai contra os princípios de um Estado Democrático de Direito. Logo, a legislação penal deve equilibrar os ônus impostos com os benefícios proporcionados à sociedade (CAPEZ, 2018).

Compreendidos alguns dos princípios que norteiam o Direito Penal, passa-se ao estudo do crime de estupro de vulnerável, abordando primeiramente seu contexto histórico.

3 TIPIFICAÇÃO E ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO CRIME DE ESTUPRO

Analisa-se de forma científica a base jurídica do crime de estupro, bem como a analogia a uma de suas vertentes, o crime de estupro de vulnerável, objeto de estudo do artigo científico.

3.1 TIPO PENAL

O crime de estupro encontra-se tipificado no ordenamento jurídico penal brasileiro, no artigo 213 do CP:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940).



Intitulado atualmente como crime contra a dignidade sexual, após o advento da Lei nº 12.015/2009, qual revogou sua taxação no rol de crimes contra costumes e produziu efeito direto em sua estrutura, quando seu artigo 7º revogou o artigo 214 do CP, qual trazia previsão expressa da figura típica do delito de atentado violento ao pudor, remanejando os atos libidinosos do referido para este dispositivo, expandido assim sua forma de tipificação, podendo este ocorrer agora em pluralidade ou de forma singular, enquadrando-se no tipo penal misto alternativo.

Ademais, o crime de estupro quando cometido contra pessoas em condições de vulnerabilidade perante a legislação encontra-se explícito no artigo 217-A do CP, conforme disposto:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

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.

§ 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, 1940).

Dessa forma, é considerado, assim como o delito de estupro simples (art. 213 do CP), como ação penal pública incondicionada, uma vez que, para interpor a ação, não há necessidade de representação da vítima, sendo esta interposta pelo Ministério Público.

3.2 CONDUTA TÍPICA

O delito de estupro traz como conduta típica para sua execução o constrangimento da vítima, no sentido de que o agente utiliza-se de grave ameaça ou violência para constranger, de modo que a obrigue a praticar conjunção carnal ou outros atos libidinosos.



Sobre esta conduta, leciona o autor Guaracy Moreira Filho:

A conduta típica consiste em constranger (forçar, obrigar, coagir) alguém a conjunção carnal mediante violência (vis corporais, força física) ou grave ameaça (vis compulsiva, força moral) ou a praticar (fazer, executar, realizar) ou permitir (consentir, dar liberdade, tolerar) quem com ele se pratique outro ato libidinoso. (MOREIRA FILHO, 2020, p. 606).

Pode-se notar que o autor dá ênfase em três ações da vítima, três condutas típicas produzidas pelo delito, sendo estas a conjunção carnal, ou a prática de atos libidinosos, ou permitir com que o agente se pratique outro ato libidinoso, o que faz com que a vítima, nas duas primeiras hipóteses, seja o agente passivo da conduta criminosa e, na última, o agente ativo.

Vale destacar que o delito em análise exige que a conduta do agente seja realizada através de uma ação, sendo esta qualificada como comissiva, uma vez que é preciso que haja o constrangimento da vítima, mediante grave ameaça ou violência, para a consumação do delito. Entretanto, pode ocorrer de esta ser classificada como omissiva imprópria, nos casos em que o infrator é penalizado pelo delito, em decorrência de não ter exercido o seu dever legal de garantidor da vítima e mediante a isto o delito ter se materializado, sendo imputado a este conforme o artigo 13º, § 2º do CP.

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. (BRASIL, 1940).

Outrossim, nos casos em que o crime é de estupro contra vulnerável, a conduta típica passar a ser a conjunção carnal e a prática de qualquer outro ato libidinoso, realizada com pessoas em condição de vulnerabilidade, sendo estas classificadas, pela jurisprudência no artigo 217-A (supracitado no tópico 3.1), como o menor de 14 (quatorze) anos ou pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o discernimento sobre a prática do ato.



Nesses casos, a conduta não recai sobre a utilização de grave ameaça ou violência para a execução e consumação da ação, já que, em decorrência da ausência do discernimento momentâneo ou permanente da vítima acerca do ato sexual, esta não se encontra em plena capacidade de sua liberdade sexual, o que faz com que o delito possa ocorrer de forma consensual nas hipóteses em que a vítima mantém um relacionamento amoroso com o agente da conduta.

Sobre o tema, leciona Greco (2017, p. 147):

O núcleo ter previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso.

Ainda, o autor traz uma abordagem clara ao fato de que neste caso o delito não necessita do constrangimento da vítima, bastando apenas a efetividade da conjunção carnal. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), na Súmula nº 593, dispõe acerca do tema:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017).

Ademais, ao analisar o delito de estupro (artigo 213), nota-se que ele fere três bens jurídicos tutelados pelo Estado: a dignidade sexual, a liberdade sexual e a integridade física. Dessa maneira, a dignidade sexual faz referência ao princípio da liberdade sexual, porém não se iguala a este, abordando o conceito de livre escolha que o ser humano possui de determinar onde, quando, de que forma e com quem deseja realizar a prática de relações sexuais, desde que haja o livre consentimento entre as partes e que ambas possam ter a plena capacidade de entendimento do ato sexual, sendo esta uma escolha exclusiva e particular de cada indivíduo, não possuindo o Estado o direito de intervir.



Sobre o tema, discorre Nucci (2014, p. 44):

27

Dignidade sexual diz respeito à autoestima do ser humano, em sua íntima e privada vida sexual, não cabendo qualquer ingerência estatal nesse contexto, a não ser para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação de crianças e jovens.

O autor reforça o caráter íntimo e privado da dignidade sexual de cada indivíduo e o fato de que não é cabível qualquer intervenção do Estado, a não ser nos casos específicos em lei, como nos crimes contra vulneráveis. Dessa forma, a liberdade sexual trata-se do exercício da sexualidade do indivíduo, a liberdade que este detém de exercer o direito sobre seu próprio corpo.

Sobre a liberdade sexual, Muñoz Conde (2004, p. 206) é bem enfático ao fazer referência direta ao seu exercício e não a sua mera possibilidade:

A liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como bem jurídico merecedor de uma proteção específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral.

Por fim, o delito em estudo possui como objeto material a integridade física do ser humano, de modo que esta se refere ao direito que o indivíduo possui de ter inviolável sua identidade física e mental. Isso sem deixar de se atentar para o fato de que não se pode fazer uma separação entre a parte física e mental do corpo e que nas condutas omissivas o objeto material é o corpo da vítima.

Portanto, nos caso em que o delito se enquadra como estupro de vulnerável, o objeto jurídico será a dignidade sexual e a violação da integridade física, não sendo cabível aqui a liberdade sexual, uma vez que nesta hipótese, diante do estado de vulnerabilidade da vítima, esta não exerce de forma plena a liberdade da escolha sexual, ficando assim à mercê da vontade do autor.

Sobre essa matéria, discorre Bitencourt (2012, p. 95):



Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade.

O autor, de forma clara, aborda o fato de que neste delito não se pode presumir a hipótese de liberdade sexual, pois, em decorrência da vulnerabilidade da vítima, ela não possui o discernimento para exercer o poder de escolha, o que faz com que essa ação seja dada de forma dolosa. Ademais, esta produz seus efeitos sob a figura do agente garantidor que mediante conduta omissiva não cumpriu o seu dever legal de intervir ou realizar um ato que não produzir-se a materialização do delito.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO

Em observância ao que dispõe a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, em seus artigos 1º, V e 2º, I e II:

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:

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (BRASIL, 1990).

O delito de estupro encontra-se classificado como um crime hediondo, não sendo o autor da ação detentor dos direitos de anistia, graça, indulto ou fiança, conforme disposto no artigo 2º, incisos I e II da lei supracitada. Devendo o autor, após sua condenação, responder inicialmente ao cumprimento da pena em regime fechado, sendo detentor do direito à progressão de regime somente após o cumprimento de 40% (quarenta por cento) da pena, se se encontrar na condição de réu primário; e 60% (sessenta por cento) em caso de reincidência,



destacando que esta aplicação tem valor somente em casos nos quais a ação não produziu o efeito morte, nos termos do artigo 112, V e VII, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal):

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência). (BRASIL, 1984).

Desse modo, o delito se enquadra como uma ação comissiva (conforme o tópico 3.2), uma vez que a consumação deste depende do constrangimento da vítima, mediante grave ameaça ou violência (expressas de forma livre pela legislação, visto que não padroniza a forma como se dá tal conduta). Há também a hipótese de a ação ser executada em forma de omissão imprópria, sendo este o caso em que existe um agente garantidor o qual possuía o dever legal de garantir com que o evento danoso não se consumasse e não o fez, recaindo sobre ele os efeitos da ação, pois esta se trata de um delito instantâneo, que não se perdura no tempo. Ademais, também se enquadra como plurissubsistente, pluriofensivo e unissubjetivo, em observância que a ação pode decorrer da existência de apenas um ato executório ou da pluralidade de atos, podendo se dar de forma tentada ou consumada.

No crime de estupro cometido contra vulnerável (tema deste trabalho), tendo em vista a ausência do discernimento da vítima sobre o ato sexual, a consumação do delito não tem como conduta típica a forma livre de violência, mas sim a conjunção carnal em si, o que faz com que a jurisprudência presuma se tratar de uma relação heterossexual, classificando este como crime próprio e uma conduta omissiva imprópria, já que possui a figura do agente garantidor, que, por omissão, permitiu que o delito se materializasse.

4 ESTUDO DE CASO



O tema objeto de estudo do presente artigo é muito comum no âmbito jurídico, mas desconhecido para os leigos. Quando se noticia a incidência de um crime de estupro de vulnerável, sempre surgem questionamentos sobre o motivo dos responsáveis pelas vítimas não terem evitado o resultado danoso. Ocorre que quando surgem informações sobre a penalidade aplicada aos garantidores, muitas pessoas desconhecem que ocorreu o descumprimento do dever do garante.

Nesse sentido, um caso amplamente divulgado no Brasil foi o estupro ocorrido contra uma jovem, que estava alcoolizada, após a realização de um show de música no estádio Mineirão, na cidade de Belo Horizonte/MG. Na situação em questão, conforme narrado pelo jornal Estado de Minas, a vítima, de 22 anos, foi encontrada desacordada e seminua em um campo de futebol na manhã de 30/07/2023. Ela resolveu ir embora do local às 2 horas da manhã. A jovem teria ingerido grande quantidade de bebida alcoólica e, na volta do show, os amigos dela a colocaram, sozinha, em um carro de aplicativo e compartilharam a localização da viagem com o irmão dela. O sistema de segurança instalado em um estabelecimento ao lado do prédio da moça mostra o momento em que o carro de aplicativo chega à residência desta. De acordo com o boletim de ocorrência policial, o motorista desceu do carro e interfonou inúmeras vezes na residência da jovem, contudo, o irmão dela não atendeu. Assim, segundo a Polícia Militar, o motorista pediu ajuda a um homem que passava na rua para retirar a mulher de dentro do veículo e a colocou sentada na calçada. Após o abandono, a vítima foi levada por um terceiro homem a um campo de futebol, local onde este consumou o delito de estupro.

Após a narrativa dos fatos, surgem dúvidas acerca da responsabilidade de cada um dos envolvidos no caso. Conforme veiculado nos sítios de informação, o Ministério Público ofereceu denúncia imputando o crime de estupro de vulnerável em face do homem que levou a vítima até o campo de futebol e do motorista de aplicativo. Já o amigo da jovem e o motoqueiro que auxiliou o motorista foram denunciados por terem realizado o delito de omissão de socorro. Os crimes cometidos pelos outros três denunciados retratam o conceito de crimes por omissão, na forma própria e imprópria. O motorista do aplicativo responde



como coautor do delito de estupro, em sua modalidade comissiva por omissão, pois este figurava como garantidor da vítima, visto que, com seu comportamento anterior (abandonou a jovem na calçada e esta não possuía o discernimento necessário), criou o risco da ocorrência do resultado. É certo que o motorista inobservou o dever de cuidado em relação à jovem, e torna-se, portanto, omissor, comprovado o motivo em que este foi denunciado pelo Ministério Público.

Já em relação ao motoqueiro e ao amigo da jovem, ocorreu a imputação do crime de omissão de socorro, um exemplo clássico dos delitos omissivos próprios, pois eles não tomaram atitude quando deveriam e podiam sem prejuízo próprio, tendo suas condutas omissivas caráter de mero exaurimento do crime de estupro, visto que os omitentes não foram responsáveis pelo resultado ocorrido, mas sim por não tê-lo impedido. Assim, a conduta é demonstrada quando o amigo da moça a coloca em um carro de aplicativo sozinha, dando margem à possibilidade de ocorrerem diversas situações perigosas com ela, e, quanto ao motoqueiro, quando ele coloca a moça completamente inconsciente em uma via pública.

Ato contínuo, outro caso envolvendo a figura do omissor em crimes de estupro de vulnerável ocorreu em Tarauacá, no Acre. Uma babá foi condenada pelo crime de estupro de vulnerável, por omissão imprópria em face do delito cometido contra uma criança de 1 ano e 3 meses. A denúncia do Ministério Público informa que a ré teria cometido o crime de estupro de vulnerável, mediante omissão imprópria, “agindo em concurso e identidade de propósitos” com um adolescente de 17 anos de idade à época, o qual supostamente teria mantido conjunção carnal e, posteriormente, matado a vítima por “asfixia mecânica”. Segundo a denunciante, a conduta perpetrada por ela seria agravada por sua condição de babá da menor, a qual teria, como pressupostos, “o dever e o poder de proteção, cuidado e vigilância sobre a criança”, sendo, assim, sua “garantidora”, nos termos do CP.

Assim, resta demonstrado que ocorre a penalização do omissor nos casos de estupro de vulnerável quando este tinha o dever de evitar o resultado, mas não o faz, gerando, por conseguinte, o evento danoso à vítima indefesa.

5 OMISSÃO



Os crimes entabulados pelo Direito Penal brasileiro possuem classificações específicas em detrimento do seu *modus operandi*. Nesse sentido, entre as diversas classificações, existe a possibilidade de o crime cometido ser derivado da omissão ou da comissão.

Segundo preceitua o nobre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 330):

O Direito Penal contém normas proibitivas e normas imperativas (mandamentais). A infração das normas imperativas constitui a essência do crime omissivo. A conduta que infringe uma norma mandamental consiste em não fazer a ação ordenada pela referida norma. Logo, a omissão em si mesma não existe, juridicamente, pois somente a omissão de uma ação determinada pela norma configurará a essência da omissão.

Os delitos comissivos ocorrem através da realização de certo tipo de ação, como por exemplo, o roubo, previsto no artigo 157 do CP. Assim, este crime somente se concretizará quando o tipo penal for executado, ou seja, quando ocorrer a subtração de coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Entretanto, os crimes omissivos se corporificam quando o agente deixa de realizar algo, se abstém de determinado ato, sendo explicitado esse conceito nos casos de omissão de socorro, nos termos do artigo 135 do CP.

Além disso, as duas classificações possuem ramificações, sendo estas modalidades a comissiva por omissão e a omissão por comissão. Portanto, é cediço que cada tipo penal possui sua particularidade e suas classificações que delimitam a forma como este será realizado e analisado. Deste modo, o presente trabalho tem o feito de analisar as implicações dos delitos de estupro em sua modalidade comissiva por omissão e as responsabilidades inerentes ao garantidor em face da vítima juridicamente vulnerável.

5.1 CONCEITO

No Direito Penal brasileiro existem normas que proíbem certas atitudes e outras que ordenam ações a serem realizadas pelo agente. Os crimes omissivos se classificam em



omissivo próprio e omissivo impróprio. O primeiro pode ser exemplificado através dos delitos de mera conduta, ou seja, são aqueles em que ainda não ocorreu o resultado naturalístico, mas a mera possibilidade de realização é repudiada pelo CP, como por exemplo a omissão de socorro. Já os omissivos impróprios são considerados crimes de resultado, ou seja, independem da sua consumação. Assim, pode-se definir a incidência da omissão quando o agente deixa de praticar ato determinado no dispositivo legal desrespeitado.

5.2 PRÓPRIA

Os crimes omissivos próprios podem ser definidos como um descumprimento dos dispositivos que exigem que o agente realize determinadas atitudes, ou seja, pode se configurar quando ocorre a inobservância das normas imperativas. Assim, o agente não realiza atitudes quando deveria e podia sem seu próprio prejuízo, tendo sua conduta omissiva caráter de mero exaurimento deste, visto que o omitente não será responsável pelo resultado ocorrido, mas sim por não tê-lo impedido, salvo se a lei dispuser qualificadora ou majorante pelo resultado, como ocorre na incidência de omissão de socorro. Veja-se:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. (BRASIL, 1940).

Logo, no exemplo supracitado, a simples renúncia contribui para a consumação do crime. Entretanto, em razão da abstenção, a vítima pode sofrer lesões graves ou ir a óbito, rechaçando a influência da omissão no resultado e evidenciando o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Desse modo, o agente será penalizado por crime omissivo próprio; e o inesperado resultado morte ou lesão grave, nessa hipótese, constituirá somente uma majorante da pena do crime de omissão de socorro, como prevê o artigo 135 do CP, devendo ocorrer o juízo hipotético de acréscimo, que consiste na vistoria da influência da



conduta do omitente com o resultado natural ocorrido, sendo este classificado como crime de mera conduta, por se dispensar o resultado naturalístico.

Nesse sentido, segundo entendimento doutrinário do Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 330):

Nesses crimes omissivos basta a abstenção, é suficiente a desobediência ao dever de agir para que o delito se consuma. O resultado que eventualmente surgir dessa omissão será irrelevante para a consumação do crime, podendo representar somente o seu exaurimento, pois responderá pelo resultado quem lhe deu causa, que, na hipótese, não foi o omitente; pode em alguns casos, quando houver previsão legal, configurar uma majorante ou uma qualificadora.

Portanto, o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado gerado por esta omissão em regra não exige que se analise o nexo causal, visto que o crime se consuma simplesmente com o ato de deixar de realizar algo que o ordenamento jurídico repute.

5.3 IMPRÓPRIA

A omissão imprópria ou delitos comissivos por omissão ocorre quando o agente possui o dever de garantir que o resultado danoso não ocorra, ou seja, evitar que exista a prática do tipo penal, mas não o faz. Assim, estes delitos possuem classificação de crime material, que exige o resultado naturalístico que se pretende evitar se consumando o exposto no tipo penal.

Nos termos do Código Penal Brasileiro, o delito ora analisado possui alguns elementos para sua consumação, quais sejam: a) a abstenção da atividade que a norma impõe; b) a superveniência do resultado típico em decorrência da omissão; e c) a existência da situação geradora do dever jurídico de agir (figura do garantidor). Além disso, esta modalidade delituosa também pode ser notada quando se imputa um tipo penal de ação ao omitente como se ele tivesse realizado o resultado, em razão de deixar de realizar algo quando este era obrigado legalmente, como nos casos de estupro de vulnerável e danos ambientais.



Segundo André Luís Callegari, em seu livro “Teoria geral do delito e da imputação objetiva”:

Nesses delitos, não basta, dessa forma, o não fazer, visto que são delitos de resultado, devendo, portanto, com o não fazer, ocorrer a produção do resultado. São aqueles delitos em que o sujeito, mediante uma omissão, permite a produção de um resultado posterior, que os condiciona. Nesses crimes, em geral, a simples omissão não constitui crime. (CALLEGARI, 2014, p. 225).

Deste modo, por exigir que ocorra um resultado naturalístico, a presente conduta é analisada observando-se o nexos de causalidade. Em razão de não ter ocorrido uma ação propriamente dita, tal nexos é inferido através de uma ficção jurídica, pois a lei estabelece a prática da ação, contudo esta não é realizada para se evitar o evento danoso, gerando, portanto, o nexos jurídico entre a conduta e o resultado, mas não uma demonstração fática deste.

Nestes termos, Muñoz Conde e García Arán esclarecem que:

O delito de comissão por omissão é um crime de resultado, no qual o resultado produzido deve ser imputado ao sujeito da omissão; fala-se de “causalidade da omissão”, embora realmente a omissão não possa ser entendida como componente causal de qualquer resultado, já que a causalidade exige que se ponha em marcha uma força desencadeante que por definição inexistente na omissão. O que importa na comissão por omissão é a constatação de uma causalidade hipotética, isto é, a possibilidade fática que teve o sujeito de evitar o resultado. Se se der como certo ou, pelo menos, como provável que, se o sujeito tivesse realizado a ação mandada, o resultado não se teria produzido, poder-se-á, então, imputar o resultado ao sujeito da omissão. (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2007 p. 258-259).

Isto posto, de acordo com a plenária da “I Jornada de Direito e Processo Penal”, de 2020, coerentemente no Enunciado 29, acordaram que: “A responsabilidade a título de omissão imprópria deve observar a assunção fática e real de competências que fundamentam a posição de garantidor”. Logo, é possível inferir que tal conduta ocorre quando o agente, obrigado por lei, se abstém de realizar algo para impedir o resultado naturalístico. Nesse limiar, este será penalizado como se tivesse realizado a ação exposta no tipo penal, corroborando o nexos de causalidade com sua conduta responsável pelo evento danoso.



5.4 GARANTIDOR

A figura do garantidor pode ser definida como aquele que tem por obrigação legal o dever de evitar um evento danoso, observando-se o dever de cuidado e zelo pelo objeto jurídico tutelado por este, nos termos do artigo 13, § 2º do CP:

Art.13. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (BRASIL, 1940)

Esmiuçando o dispositivo analisado, se observa que, para a configuração do delito de omissão imprópria, é preciso três requisitos frente à figura do garantidor, a saber: poder agir, evitabilidade do resultado e dever de impedir o resultado. O poder de agir se explicita na possibilidade física do garante de impedir o resultado. Em alguns casos, essa probabilidade é extinta, como quando acontece a coação física irresistível, não podendo se configurar a omissão de agir, visto que o garantidor não possui vontade própria, uma vez que esta se encontra viciada. Já a evitabilidade do resultado consiste na efetividade da ação a ser realizada pelo garante, ou seja, se realmente o resultado somente ocorreria se este se abstivesse de algo. Por fim, o dever de impedir o resultado se demonstra através da existência do dever de impedi-lo, em outras palavras, que seja o garantidor da sua não incidência.

Destarte, o dispositivo 13, § 2º do CP elenca quem são as pessoas que têm o dever jurídico de evitar o evento danoso, exercendo o papel de garante, a saber: (a) quem tem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e (c) quem, com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O preceituado no tópico (a) pode ser inferido na relação dos pais perante seus filhos, visto que eles possuem o dever jurídico e moral de cuidar/zelar pelo bem-estar destes, sendo inclusive tal obrigação elencada no artigo 1.634 do Código Civil, em razão da existência do poder familiar. Já o exposto na alínea (b) é exemplificado através das pessoas que, em razão



da sua profissão ou posição, possuem o dever de impedir a incidência do evento danoso. Nesses casos, pode se evidenciar através da figura dos médicos, enfermeiros, salva-vidas e guias turísticos. Em outros termos, tal resultado decorre da inobservância do dever de cuidado, pautado na negligência desses agentes.

Outrossim, o contido na alínea (c) se manifesta quando o garante, em razão de sua conduta, desenvolve uma relação de perigo, causando a possibilidade de ocorrência do evento danoso e não impedindo que este se conclua. Logo, pode ser evidenciada a hipótese em questão, conforme exemplo doutrinário, quando um nadador convida um amigo para efetuar a travessia de um rio e, no meio do percurso, o nadador constata que seu convidado não tem mais forças para prosseguir e, ao invés de ajudá-lo, deixa-o para trás, continuando o trajeto até o fim. Essa pessoa, portanto, criou a situação de perigo e, mesmo podendo e devendo, não impediu que o resultado danoso lograsse êxito.

Nesse sentido, segundo Miguel Reale Júnior:

Os elementos normativos que integram o tipo penal comissivo por omissão constituem, portanto, [...] a designação de um sujeito ativo próprio, pois autor só será aquele que possua o dever de agir, oriundo das três situações acima mencionadas”. (REALE JÚNIOR, 2003 p. 261).

Ademais, com a consumação do delito comissivo por omissão, em razão da abstenção do garantidor, este será penalizado como se estivesse realizado a ação descrita no tipo penal desrespeitado, ou seja, ocorrerá a responsabilização do agente por um delito originariamente praticado por uma ação, como nos casos de homicídio, por exemplo. Isso ocorre em razão do nexos causal entre a omissão e o resultado, sendo este um nexos causal jurídico, conforme explicitado anteriormente.

Portanto, os requisitos fáticos-jurídicos que delimitam a função do garantidor constituem o delito omissivo impróprio, os quais possuem disciplinaridade somente na modalidade dolosa, devendo a omissão conter os elementos intelectual (conhecimento dos fatos) e volitivo (vontade de se abster), que caracterizam a categoria dolosa. Logo, o agente deve ter consciência da sua condição de garantidor da não ocorrência do resultado. O erro sobre os pressupostos fáticos dessa condição constitui erro de tipo, e o erro sobre o dever de



impedir o resultado constitui erro de proibição, quando inevitável, com as respectivas consequências.

6 A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NOS CASOS DE ESTUPRO

Este capítulo traz uma abordagem acerca do crime de estupro de vulnerável elencado no artigo 217-A do CP e analisa a extensão do conceito e aplicabilidade da vulnerabilidade. Tem o objetivo de identificar quais são os tipos de vulnerabilidade existentes no ordenamento jurídico, bem como no CP, sobretudo para a ocorrência do crime em análise. Explicar-se-á, também, sobre o dever do Estado para com a proteção do indivíduo vulnerável, bem como sobre os seus direitos. Para isso, será necessária a análise da legislação brasileira, como a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, além de doutrinas, jurisprudências e reflexões concebidas durante o processo de estudo.

Os crimes sexuais foram introduzidos à Lei nº 12.015/2009 após intenso debate, com o propósito de proteger a dignidade sexual dos indivíduos e permitir o exercício da liberdade sexual. Entretanto, observou-se a necessidade de tutelar também a intangibilidade sexual de certo grupo de pessoas, que se encontram em um estado de fragilidade, gerando debates acerca de quem seriam os considerados vulneráveis. Na etimologia da palavra, o termo vulnerabilidade tem a origem latina “vulnus”, que significa “ferida”. Assim sendo, o vulnerável é aquele passível de ser ferido. É um estado no qual o indivíduo se encontra numa patente de fragilidade em relação a doenças, relações agressivas ou impactos sociais.

O ordenamento jurídico dispõe de diversos tipos de vulnerabilidades, e isso se deve à pluralidade social e cultural existente no território brasileiro. Pode-se citar a vulnerabilidade decorrente da idade, saúde, deficiência, situação financeira, estado mental, dentre outros. É, portanto, um conceito passível de diversas interpretações, cuja percepção nem sempre é fácil, sendo necessário um estudo aprofundado sobre a temática, de modo a garantir que uma pessoa que se encontre nesse estado tenha seus direitos resguardados. “Isso posto, a vulnerabilidade deve ser interpretada a partir de uma interface com o princípio da igualdade e peculiaridade.” (BRETAS, 2020, p. 41).



De Jesus (2015) afirma que a vulnerabilidade dar-se-á quando a vítima não puder, por qualquer causa, oferecer resistência. Pouco importa que a causa seja obra do agente ou não. É necessário, entretanto, que seja provada a impossibilidade completa de resistência. Exemplos: enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, sono mórbido, síncope, desmaio, estado de embriaguez alcoólica, delírio, estado de embriaguez ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes, soporíferos, etc. (DE JESUS, 2015).

Em primeira análise, o artigo 217-A do CP aduz sobre a vulnerabilidade em indivíduos menores de 14 anos. A respectiva idade foi considerada um marco histórico pelos cientistas da área da saúde — e, portanto, de aspecto biológico, porque somente após essa idade a pessoa constrói maturidade sexual e capacidade para o consentimento, deixando, então, de ser vulnerável neste contexto, como esclarece a promotora de justiça Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho:

Boa parte dos profissionais da área de saúde e das ciências humanas tem definido a faixa etária acima de 14 anos de idade como a fase da puberdade conceituada esta como o conjunto de transformações psicofisiológicas ligadas à maturação sexual, daí a escolha desta idade como marco a partir do qual se instala, no terreno sexual, a capacidade de consentir, pelo legislador brasileiro. (CARVALHO, 2005).

Para além do artigo, é importante salientar que o crime de abuso sexual contra pessoas menores de 14 anos independe do consentimento, sendo este um fator que não deve ser acolhido como argumento de defesa pelo ordenamento jurídico. A Súmula nº 593, de 2017, do STJ, é sucinta ao expor que:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017).



Em seguida, o parágrafo primeiro pondera sobre o indivíduo 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. Segundo Fuhrer (2009), relativo à enfermidade e deficiência mental, a vulnerabilidade ocorre através da falta de discernimento, como o conhecimento das consequências sociais, físicas e morais que envolvem o relacionamento sexual. Já consoante àquele que não pode oferecer resistência, seja pelo consumo de álcool, drogas ou substâncias em quantidade que incapacite o consentimento, ou pelo fato de a vítima ser idosa, são também estados nos quais o indivíduo se encontra num estado vulnerável (FUHRER, 2009).

A impossibilidade de resistência pode se dar também por motivo de força maior, situação em que o agente impede a vítima de se defender utilizando de força ou emprego de instrumentos para consumir o delito. Ainda sobre a eventualidade de a pessoa não poder oferecer resistência, remete-se, a título de exemplo, ao famoso caso Mariana Ferrer, que conta que, em 2018, enquanto trabalhava como promotora de eventos numa festa em Florianópolis/SC, teve sua bebida adulterada, e, dopada, foi conduzida por um homem que a levou para uma área privativa. Ela diz não se lembrar nada, mas foi confirmado que os dois mantiveram relações sexuais, conforme noticiado pela rede de televisão CNN. Sem adentrar ainda mais ao caso, e apesar de o acusado ter sido absolvido, indubitável é dizer que a narrativa dos fatos alegados pela autora revela uma clara hipótese tipificada no crime de estupro de vulnerável.

O Estado deve sempre atuar frente a situações de vulnerabilidade e tomar medidas protetivas tais quais a promoção de políticas sociais, aplicação da lei, prestação de assistências, dentre outros. Dessa forma, deverá agir de modo a prevenir e evitar novas ocorrências contra essa parcela social, visando garantir a segurança e o bem-estar de todos, direitos estes fundamentais, conforme se infere na Constituição Federal.

Nesse diapasão, o professor Hugo Bretas, em seu livro “O idoso no sistema jurídico”, aduz que:



Para construir um microsistema, sempre leciono aos alunos sobre a necessidade de constatação de que existem personagens espalhados pelo cenário brasileiro que são especialmente frágeis. Nesse cenário, tão somente um olhar solidário permite caminhar por “águas tranquilas” na ciência do Direito. (BRETAS, 2020, p. 125).

Nesse sentido, nada obsta em ratificar o dever do Estado em proteger as pessoas vulneráveis, visando resguardar todos os seus direitos, como já citado neste trabalho, colaborando, assim, para o constante e interminável processo de humanização. Aduzimos, então, que o estudo da vulnerabilidade busca tutelar os direitos das pessoas hipossuficientes em relação ao homem médio, principalmente quando se envolvem questões sobre a liberdade sexual e a sua forma de exercê-la. Assim, no tocante ao crime de estupro de vulnerável, observa-se a vulnerabilidade decorre do fator de idade e de fatores que impossibilitem ao indivíduo oferecer resistência ou consentir o ato, seja por incapacidade física ou mental, visando o Estado proteger a integridade física, emocional e moral destas pessoas, em razão de seu discernimento não ser igual ao do homem médio, devendo ocorrer punição para quem desrespeita e se aproveita de sua vulnerabilidade.

7 A RESPONSABILIDADE PENAL DO OMISSO SOBRE A OCORRÊNCIA DE ABUSO SEXUAL CONTRA PESSOAS VUNERÁVEIS

O capítulo irá abordar a temática principal do artigo em estudo, sendo este a responsabilidade do omissor sobre a ocorrência de abuso sexual contra pessoas vulneráveis, debatendo sobre a situação-problema e a responsabilidade penal que o agente garantidor (intitulado como omissor) possui sobre a ocorrência do abuso sexual. Destarte, será analisada também a situação fática de forma científica, mediante a jurisprudência.

Para que se possa fazer a análise do cometimento do abuso sexual contra pessoas vulneráveis, deve-se ter em mente sua tipificação penal, o artigo 217-A do CP, principal vertente do crime de estupro, o qual se encontra expresso no artigo 213 do mesmo ordenamento jurídico. O delito, por se tratar de uma vertente do crime de estupro, apresenta semelhanças em suas qualificadoras, porém estas não se igualam, de modo que em ambos os



delitos o processo transcorre por meio de ação penal pública incondicionada, interposta pelo Ministério Público, não dependendo da representação do ofendido.

Porém, quando praticado contra pessoas vulneráveis, a conduta típica trata-se da conjunção carnal em si ou da prática de atos libidinosos, sem a necessidade do uso de grave ameaça ou violência, pois nesses casos se observa a vulnerabilidade da vítima para cometimento do crime, visto que ele se consuma em razão da menoridade da vítima (menor de 14 anos) ou de sua deficiência mental, enfermidade ou falta de discernimento no ato criminoso.

Nesse sentido, atenta-se para o fato de que a vulnerabilidade da vítima pode ser momentânea ou permanente, podendo a ausência do discernimento sobre a prática do ato sexual, ocorrer de forma eventual bem como de forma atemporal, ocorrendo em razão da agente passiva não possuir a liberdade de escolha sexual, objeto jurídico do delito, bem como a integridade física da vítima qual se dá por meio da violação de seu corpo, objeto material da conduta, sendo estes detentores da proteção do Estado.

Esta última hipótese encontra-se abordada de forma direta no tópico 4 do presente artigo, onde podemos analisar o caso de uma jovem e em decorrência do uso exacerbado de bebidas alcoólicas. A moça decidiu voltar do evento de carro de aplicativo, acabando por ficar desacordada durante o trajeto. Desse modo, ao chegar no local de destino indicado, o motorista tentou acordá-la, mas, sem êxito, tentou entrar em contato com alguém em sua residência, porém nesta também não obteve sucesso. Assim, ao avistar um indivíduo em uma moto, este pediu sua ajuda para colocar a moça na calçada e assim o fez. Desse modo, a jovem foi deixada sozinha e, após isso, surgiu um homem que, ao se deparar com a vítima desacordada e caída, a carregou e levou para um campo de futebol situado a algumas quadras dali, onde se consumou o delito de estupro contra vulnerável.

Ao analisar o caso concreto, pode-se notar de forma clara que o motorista do carro de aplicativo poderia ter evitado a consumação do delito praticado pelo autor, uma vez que a ação dolosa exercida por este, mediante ajuda do condutor da motocicleta, de retirar a vítima de dentro do veículo, foi o ápice para a ocorrência do delito, porque o autor, ao se deparar com a jovem naquela situação, aproveitou-se da condição momentânea de vulnerabilidade



desta para a execução do delito. Observa-se que o delito girou em torno da conduta do motorista, o que faz com que este seja o agente garantidor da ação, e que esta, para acontecer, dependeu da omissão dele como sua figura de garantidor.

Porém, como no caso em análise a conduta ocorre de forma dolosa, uma vez que o agente garantidor, por não fazer a devida projeção dos riscos decorrentes de sua conduta, submete o vulnerável ao risco do cometimento do delito, surge o questionamento acerca da responsabilidade penal do agente ao deixar a vítima vulnerável à mercê da prática do delito. Nesse diapasão, é possível inferir que é plenamente possível que o motorista responda pelo delito de estupro de vulnerável nos termos do 13º, §2º do CP, pois seu comportamento anterior criou o risco para o resultado danoso, em razão de saber das condições em que a vítima se encontrava e mesmo assim a deixou sozinha na rua durante a madrugada. Logo, responderá pelo mesmo crime que o autor fático do crime cometido.

Nesse sentido, leciona o doutrinador Cleber Masson:

Crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão: o tipo penal aloja em sua descrição uma ação, uma conduta positiva, mas a omissão do agente, que descumpra seu dever jurídico de agir, acarreta a produção do resultado naturalístico e a sua consequente responsabilização penal. As hipóteses do dever de agir foram previstas no art. 13, § 2º, do Código Penal: (a) dever legal; (b) posição de garantidor; e (c) ingerência. (MASSON, 2019, p. 172).

Dessa forma, é possível inferir que o doutrinador faz uma abordagem sucinta e clara, baseada na jurisprudência e na legislação sobre a penalização do agente garantidor nos casos em que a ocorrência do delito e sua consumação foram provenientes do fato de que o agente não exerceu seu dever legal de garantir a proteção do indivíduo vulnerável. Logo, nesse limiar, surge a ocorrência da responsabilização penal do omissor sobre a ocorrência do abuso sexual contra vulnerável, um tema de extrema relevância para a sociedade, bem como um importantíssimo objeto de estudo acadêmico, mediante o fato de que, infelizmente, condutas omissivas como estas ocorrem todos os dias em nossa sociedade, haja vista que esta se encontra cada mais individualista, fazendo com que o agente que outrora tinha o dever de proteção não o faça.



Desse modo, a modalidade criminal ora analisada possui relevância jurídica e moral, pois basicamente retrata o dever dos indivíduos em cuidar e proteger seus familiares, idosos e pessoas que necessitam de uma atenção e vigilância maior.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho analisou a tipologia do crime elencado no artigo 217-A do CP, que retrata sobre o estupro de vulnerável, além da figura do garantidor, do omissor e do vulnerável. A emblemática presente se refere a duas infrações regulamentadas no CP, sendo o crime de estupro de vulnerável, no qual a conduta típica efetiva-se pelo constrangimento da vítima em estado vulnerável, ao obrigá-la a praticar conjunção carnal ou atos libidinosos; e os denominados crimes comissivos por omissão, no qual o primeiro se efetiva somente em razão da omissão do agente garantidor.

Ao objetivar maior proteção e assistência aos vulneráveis vítimas de estupro, o legislador optou por, em 2018, alterar a forma de oferecimento de denúncia, passando ambas as formas de estupro a serem de ação penal pública incondicionada, não importando mais a representação do ofendido. Tal mudança legislativa teve o intuito de proporcionar maior segurança jurídica e efetiva aplicabilidade das penas, pois em muitos casos os autores dos delitos são pessoas do convívio da vítima, o que dificultada sua responsabilização.

Entende-se como vulneráveis os menores de 14 anos e os indivíduos em estado de enfermidade ou deficiência mental e ingestão de substâncias, fatores estes que impossibilitam a capacidade para consentir ou resistir ao ato imputado. Tal delito fere os objetos jurídicos respaldados pelo Estado, tais como a dignidade sexual, liberdade sexual e integridade física. De maneira excepcional, a infração praticada contra menores de 14 anos não se configura demanda de liberdade sexual, visto que é uma hipótese em que a vítima não possui ciência sobre o ato sexual.

O estudo de caso abordou a polêmica situação do “caso Uber”, em que o motorista de aplicativo, figura jurídica do omissor, na posse do dever legal de cuidar e zelar pela passageira



em estado claro de vulnerabilidade em decorrência do uso de bebida alcoólica, deixou de agir em detrimento desta e, portanto, responde objetivamente pelo crime.

Conclui-se, dessa forma, que a responsabilidade do omissor perante o cometimento de abuso sexual contra vulneráveis será imputada sobre o próprio agente garantidor, pois, tendo o dever legal de tutelar o bem jurídico, absteve-se, gerando causa sem a qual o crime poderia ser evitado. O omissor, portanto, responderá por abuso sexual de vulnerável.

REFERÊNCIAS

Almeida, J. Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**, Revista dos Tribunais, 1995.

ANTUNES, Amanda; RODRIGUES, Fernanda. Mulher estuprada após show de pagode: advogado de motorista comenta denúncia por omissão. **Itatiaia**, Belo Horizonte, 25/10/2023. Disponível em: <https://www.itatiaia.com.br/editorias/cidades/2023/10/25/mulher-estuprada-apos-show-de-pagode-advogado-de-motorista-comenta-denuncia-por-omissao>. Acesso em: 30 out. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 1, parte Geral (arts. 1º a 120). 28. ed., SaraivaJur, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRETAS, Hugo Rios. **O idoso no sistema jurídico**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral, vol. 1, 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368>. Acesso em: 15 de outubro de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Enunciado 29 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal CJF/STJ**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f7ae58c7f1a1cc4abe9273a0f971ba2a>. Acesso em: 22 out. 2023.

DE JESUS, Damásio. **Direito Penal: Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública**, 23. ed. Parte Especial 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2022.

MARI, João de. Justiça mantém absolvição de acusado de estupro Mariana Ferrer. **CNN**, São Paulo, 07/10/2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/justica-mantem-absolvicao-de-acusado-de-estuprar-mariana-ferrer/>. Acesso em: 25 de outubro de 2023.



MARIZ, Clara. Jovem que estava em show no Mineirão é abandonada e estuprada em BH. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 30/07/2023. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2023/07/30/interna_gerais,1536041/jovem-que-estava-em-show-no-mineirao-e-abandonada-e-estuprada-em-bh.shtml. Acesso em: 30 out. 2023.

MASSON, Cleber, **Direito Penal Esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H/ Cleber Masson. 7. ed. ver., atual e. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MESTIERE, João. **Do delito de estupro**, ed. única, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: parte general, p. 258-259; Buenos Aires, 2007.

MUNOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal; parte especial**. 15. ed. Valencia, editora tirant lo blanch, Buenos Aires, 2004.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal comentado**. Guaracy Moreira filho. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 13. ed. ver., atual e. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 2. Editora Forense, 2003.

SILVA, Marisya Souza. **Crimes hediondos & progressão de regime prisional**. 3. ed. Curitiba, Juruá, 2016.