

A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM CASO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Ellen Drumond de Paula Capucho¹
Alexsandrina Ramos de Carvalho Souza²

RESUMO

A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e, conseqüentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxeram modificações significativas ao ordenamento jurídico, notadamente ao crime de estupro de vulnerável. O presente artigo discorrerá sobre os novos conceitos elencados pela referida Convenção e pela Lei nº 13.146/15; a alteração da Teoria das Incapacidades prevista no Código Civil e os seus reflexos no Código Penal, bem como, elencará os principais julgados sobre o tema. A discussão gira em torno da interferência estatal na intimidade das pessoas portadoras de deficiência, cuja prática sexual é, muitas vezes, de suma importância para o desenvolvimento pessoal, destacando os aspectos positivos e otimistas da prática sexual. Sendo assim, considerando a relevância do Estatuto da Pessoa com Deficiência no instituto da capacidade civil, como por exemplo, sobre as questões familiares e sexuais, surge os seguintes questionamentos: a pessoa com deficiência mental faz jus ao direito de liberdade sexual? Considerando as alterações trazidas pela Convenção de Nova York ao Código Civil, que passou a considerar as pessoas com transtorno mental capazes para praticar atos da vida civil, o indivíduo que se relaciona sexualmente com estes deficientes responderá pelo crime de estupro de vulnerável, mesmo havendo consentimento para a prática sexual? Um deficiente mental teria discernimento para consentir um ato sexual? Quando se trata da lei penal, a pessoa com deficiência deixa de ser vulnerável? Como técnica de pesquisa, utilizou-se a revisão bibliográfica e jurisprudencial. Concluiu-se que a vulnerabilidade dos enfermos e deficientes mentais é relativa. Apesar de ser indispensável os cuidados especiais, é essencial que se entenda que eles também carecem de necessidades sexuais, portanto existe necessidade de analisar o caso concreto, comprovando-se por perícia que a vítima realmente tem o necessário discernimento para a prática do ato.

PALAVRAS-CHAVE: estupro de vulnerável; deficientes; estatuto; autonomia; liberdade sexual.

ABSTRACT

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and, consequently, the Disabled Persons Statute, have brought significant changes to the legal system, notably to the crime of rape of the vulnerable. This article will discuss the new concepts listed in the aforementioned Convention and in Law 13,146 / 15; the amendment of the Theory of Disabilities provided for in the Civil Code and its

1 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale). Governador Valadares - MG.

2 Doutoranda em Ciências da Comunicação pela Unisinos. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC-BH. Pós-graduada lato sensu em Direito Penal e Processual Penal. Professora da graduação e pós-graduação da Fadivale. Advogada.

effects on the Criminal Code, as well as the main judges on the subject. The discussion revolves around state interference in the privacy of people with disabilities whose sexual practice is, often of paramount importance for personal development, highlighting the positive and optimistic aspects of sexual practice. Therefore, considering the relevance of the Statute of the Person with Disabilities in the institute of civil capacity, such as on family and sexual issues, the following questions arise: Does the mentally retarded person have the right to sexual freedom? Considering the changes brought by the New York Convention to the Civil Code, which considered that people with mental disorder capable of practicing acts of civil life, the individual who sexually relates to these disabled people will respond for the crime of rape of vulnerable, even if there is consent for sexual practice? Would a mentally retarded person have the discretion to consent to a sexual act? When it comes to criminal law, does the person with disabilities cease to be vulnerable? As a research technique, the bibliographical and jurisprudential review was used. It was concluded that the vulnerability of the sick and mentally handicapped is relative. Although special care is indispensable, it is essential to understand that they also lack sexual needs, so there is a need to analyze the specific case, proving by skill that the victim really has the necessary discernment for the practice of the act.

KEYWORDS: rape of vulnerable; disabled; statute; autonomy; sexual freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 2.1 REFLEXOS DA LEI Nº 13.146/15. 3 CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEIS E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. 3.1 MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL. 3.2 DISTINÇÃO ENTRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA E A VULNERABILIDADE ABSOLUTA E VULNERABILIDADE RELATIVA. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho contempla o tema sobre os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência em relação ao crime de estupro de vulnerável, previsto como crime hediondo. O Estatuto alterou a teoria das incapacidades do Código Civil e passou a considerar capaz a pessoa com deficiência mental, reconhecendo o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/15, tem como fundamento a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186, de julho de 2008, de acordo com o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, e promulgados pelo Decreto Presidencial nº 6.949 de 25 de agosto de 2009.

A referida lei trouxe grande mudança na capacidade civil da pessoa com deficiência, dando a ela mais autonomia sobre sua vida particular e, lhe garantindo a proteção necessária através dos institutos da Tomada de Decisão Apoiada e Curatela, quando lhes for imprescindível.

A Convenção de Nova York teve como objetivo a promoção, proteção e assegurar o exercício pleno e igualitário de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, resguardando o respeito pela sua dignidade.

O Estatuto das Pessoas com Deficiência, regulado na Lei 13.146/15, prevê a condição única destas pessoas e dispõe um novo tratamento que visa a integração social e o desenvolvimento pessoal.

Vale ressaltar a importância deste Estatuto na sociedade, tendo em vista que a política empregada durante décadas no Brasil foi a de exclusão e negação de direitos das pessoas com deficiência.

A supracitada lei trouxe inúmeras mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, o reflexo importante no Código Civil, tornando as pessoas com deficiência mental absolutamente capazes para exercer seus direitos da vida civil, conforme preceitua o artigo 6º:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2017a, p. 2, grifo nosso)

Com tal declaração, o Estatuto alterou vários dispositivos legais vigentes. Contudo, alguns aspectos que não foram discutidos, assim, estabeleceram conflitos normativos, como por exemplo, os crimes contra a dignidade sexual, mais especificamente o estupro de vulnerável.

Neste artigo analisar-se-á o conflito instaurado entre o disposto no artigo 217-A do Código Penal, e a nova regra sobre capacidade civil apresentada pelo próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência. O artigo 217-A prevê que:

Estupro de vulnerável

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.

§ 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, 2017e, p. 44, grifo nosso)

Questiona-se, portanto: o indivíduo que se relaciona sexualmente com o deficiente mental responderá por estupro de vulnerável, mesmo havendo o consentimento na prática sexual?

O tema abordado servirá para combater o preconceito social relativo ao exercício da sexualidade por pessoas portadoras de deficiência mental. A importância deste tema, portanto, está em valorizar os aspectos positivos e otimistas da prática sexual destas pessoas.

Observar-se-á os novos conceitos apresentados pela Lei 13.146/15, que assegura a igualdade e a não discriminação das pessoas com deficiência mental ou física, promovendo condições de igualdade e visando a inclusão social, bem como a cidadania.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência contemplou o princípio da dignidade da pessoa humana e acarretou respeitáveis conquistas na esfera cível e penal. Contudo, apesar das grandes conquistas, um ponto frágil não foi observado pelo legislador, que são os crimes contra a dignidade sexual, o que gera indeterminações jurídicas e sociais.

A pesquisa se utilizará de doutrinas, jurisprudências e artigos científicos sobre o tema.

2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem como fundamento a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.º 186, de julho de 2008, de acordo com o procedimento previsto no § 3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, e promulgados pelo decreto presidencial n.º 6.949/2009.

É o primeiro diploma internacional sobre direitos humanos que foi recepcionado com status de emenda constitucional, considerando que foi aprovado com o quórum qualificado em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros.

O intuito da Convenção de Nova York foi o de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e igualitário de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade.

Diante disso, o Estado tem esta responsabilidade de integrar esses direitos na sociedade e concretiza-los adequadamente para dignidade do indivíduo.

Contextualizando o caminho da pessoa portadora de deficiência, até os tempos atuais, observa-se marcas negativas, sendo que, por muito tempo, foram interditas à participação na sociedade e renegadas a direitos mínimos.

As políticas de ações afirmativas tentam empregar movimentos de inclusão social para derrubar não só as barreiras culturais, mas sociais também. Equivocadamente, a sociedade emprega um conceito de inaptidão, frente aos simples atos da vida civil. Ignoram totalmente a vontade, o desejo, opiniões de quem, por muitos anos, foi calado pela sociedade e pelo Estado.

A Convenção instaurou um avanço social quando introduziu, no seu artigo 12, item 2, que *“os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”* (BRASIL, 2017c, p. 7, grifo nosso).

Daí, percebe-se que, verdadeiramente, não foi o Estatuto que modificou a Teoria das Incapacidades prevista no Código Civil, mas sim a própria Convenção que foi aprovada com status de norma constitucional.

O antigo Decreto nº 914/93 conceituava pessoa portadora de deficiência como

[...] aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que geram incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (BRASIL,2017g, p.1, grifo nosso).

O que seria “padrão normal”? Em resposta a este questionamento, o Decreto nº 3.298/99 introduziu a diferenciação entre deficiência permanente e incapacidade. Apesar do avanço, ainda assim, não classificou a concepção de “normalidade”.

A Convenção trouxe uma alteração conceitual substancial, reconhecendo-se a interferência de fatores ambientais e socioeconômicos no exercício da cidadania em condições de igualdade com os demais. Tal alteração mostra que a sociedade e o Estado devem agir com o objetivo de melhorar a infraestrutura e comportamento em relação às pessoas portadoras de deficiência, com práticas inclusivas e promoção do desenvolvimento das capacidades individuais.

Observa-se, portanto, a importância deste Estatuto que regulamenta uma Convenção, com toda autonomia da lei maior.

Assim, nasce o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), aplicando especificamente as normas internacionais, alterando significativamente o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 REFLEXOS DA LEI Nº 13.146/15.

Como vimos no tópico anterior, a importância desta temática para a sociedade brasileira gerou preocupação constitucional e internacional, na Convenção, para tratar dos direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o Congresso viu a necessidade de promulgar uma legislação geral, que inovasse os conceitos e a tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

O comportamento da sociedade em face às pessoas com deficiência sofreu forte evolução social, passando a exclusão social para inclusão social. Na sociedade primitiva religiosa, a imperfeição física acompanhava a ideia de que o deficiente não era imagem e semelhança de Deus, onde eram sacrificadas por isto.

Com o desenvolvimento cultural da sociedade, estes comportamentos e pensamentos passaram a mudar.

Neste sentido, Sassaki (2006, p. 33):

Pois a integração social, afinal de contas, tem consistido no esforço de inserir na sociedade pessoas com deficiência que alcançaram um nível de competência compatível com os padrões sociais vigentes. A integração tinha e tem o mérito de inserir a pessoa com deficiência na sociedade, sim, mas desde que ela esteja de alguma forma capacitada a superar barreiras físicas, programáticas e atitudinais nela existentes. Sob a ótica dos dias de hoje, a integração constitui um esforço unilateral tão somente da pessoa com deficiência e seus aliados (a família, a instituição especializada e algumas pessoas da comunidade que abracem a causa da inserção social), sendo que estes tentam torná-la mais aceitável no seio social [...].

A deficiência, no momento da inclusão, passa a ser um dever coletivo da adaptação às diferenças.

Para incluir todas as pessoas, a sociedade deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é que precisa ser capaz de atender às necessidades de seus membros. O desenvolvimento (por meio da educação, reabilitação, qualificação profissional, etc) das pessoas com deficiência deve ocorrer dentro do processo de inclusão e não como um pré-requisito para estas pessoas poderem fazer parte da sociedade, como se elas “precisassem pagar ‘ingresso’ para integrar a comunidade” (CLEMENTE FILHO, 1996, p. 4 apud SASSAKI, 2006, p. 40).

Ademais, além da inclusão social, o grande reflexo da Lei nº 13.146/15 foi que a pessoa com deficiência não mais se classifica como incapaz no Código Civil Brasileiro, à luz da Convenção de Nova York, artigo 6º e 84, que prevê que:

Art. 6º A deficiência **não afeta a plena capacidade civil da pessoa**, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2017f, p. 3, grifo nosso)
[...]

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado **o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas**. (BRASIL, 2017f, p. 17, grifo nosso)

Nas palavras de Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 21):

Como salienta LILIA PINTO NARQUES, “uma sociedade, portanto, é menos excludente, e, conseqüentemente, mais inclusiva, quando reconhece a diversidade humana e as necessidades específicas dos vários segmentos sociais, incluindo as pessoas com deficiência, para promover ajustes razoáveis e correções que sejam imprescindíveis para seu desenvolvimento pessoal e social, “assegurando-lhes as mesmas oportunidades que as demais pessoas para exercer todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. É dentro deste paradigma da inclusão social e dos direitos humanos que devemos inserir e tratar a questão da deficiência. O desafio atual é promover uma sociedade que seja para todos e onde os projetos, programas e serviços sigam o conceito de desenho universal, atendendo, da melhor forma possível, às demandas da maioria das pessoas, não excluindo as necessidades específicas de certos grupos sociais, dentre os quais está o seguimento das pessoas com deficiência” (A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada/Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria Paiva Vital – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008, p. 27).

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o deficiente deixa de figurar no rol de incapacidade absoluta do Código Civil, passando a figurar apenas no rol de incapacidade relativa (art. 4º, III). E, por força do art. 114, do Estatuto, a redação dos arts. 3º e 4º, do Código Civil passou a ser:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

[...]

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2017c, p. 1)

O conceito de capacidade, portanto, foi ampliado, reconstruído, em perspectiva inclusiva, com o princípio da dignidade da pessoa humana, visando a capacitação e a inclusão efetiva do deficiente na sociedade brasileira.

3 CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEIS E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.

Os impasses no ordenamento que geram conflitos jurídicos, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Penal tornam-se evidentes quando da análise do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, que trata do estupro de vulnerável.

O artigo 217-A do Código Penal introduziu o crime de estupro de vulneráveis, que prevê que “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menos de 14 (quatorze) anos” tem pena de 8 a 15 anos de reclusão e no §1º prevê que “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” (BRASIL, 2017e, p. 44-45).

Com isso, ocorreu a revogaçãodo artigo 224 do Código Penal, que presumia, nesses casos, a violência em razão dos menores de quatorze anos, vítimas alienadas ou “débeis mentais” e quem não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Percebe-se que, antes da vigência do Estatuto, eram usados termos inadequados, evidenciando a inferioridade social e jurídica do deficiente mental.

Muito se debateu sobre a presunção absoluta ou relativa, que será, inclusive, o próximo tópico deste artigo, o que resultava no fato de que, dependia do magistrado averiguar os casos especificamente, para determinar decisões diversas para os casos da mesma natureza jurídica, levando em consideração a experiência sexual anterior do menor, por exemplo.

Desde a década de 80, os tribunais brasileiros, principalmente os superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, a, do Código Penal. O questionamento era no sentido de que a sociedade está em constante transformação e desenvolvimento e que os menores de 14 anos, talvez, não exijam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal de 1940.

No entanto, o legislador optou por incluir, nessa classificação de pessoas que são absolutamente inimputáveis, quais sejam, menores de 14 anos, ou 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.

A violência representa uma das maiores ameaças à humanidade, segundo Bitencourt (2015, p. 95) e, diante disso, retrata a trajetória humana através dos tempos, e que é intrínseca à existência da própria civilização. Diante deste contexto histórico, vê-se as raízes culturais, marcadas pela violência familiar (violência conjugal, maus-tratos infantis, abuso sexual), que é um fenômeno complexo que atinge todas as classes sociais.

O impasse que se coloca, portanto, diz respeito ao novo entendimento do Código Civil (introduzido pela Convenção Internacional e regulamentado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), que as pessoas portadoras de deficiência possuem capacidade e direitos que não podem ser negados e o Código Penal não pode retirar a autonomia dada por este dispositivo com restrição quanto à prática sexual.

3.1 MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o delito que se convencionou denominar estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra na vítima, estabeleceu que a prática sexual com menores de 14 anos, independente de consentimento, configurará estupro de vulnerável.

Neste sentido, Nucci (2009, p. 37 apud GRECO, 2013, p. 533) preleciona que, mesmo após a edição do novo tipo penal, a discussão ainda se mantém, dizendo que:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepultada a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

A antiga redação do revogado artigo 224, “b”, do Código Penal, mencionava a alienação e debilidade mental. Hoje, a nova redação menciona enfermidade ou deficiência mental, padronizando, assim, os conceitos que já haviam sido adotados pelo Código Civil, no instituto das incapacidades.

Contudo, o Código Penal não especificou que deficiência mental é essa ou até que grau de deficiência configura crime de estupro de vulnerável. A não especificação da deficiência declarará o deficiente mental ao onanismo para sempre?

Segundo Bitencourt (2015, p. 101, grifo nosso):

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, vulnerabilidade absoluta e a outra relativa; aquela se refere ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A); esta se refere ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-A). **Em outros termos, o legislador consagra uma vulnerabilidade real e outra equiparada.** Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, **nas respectivas minoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.** Nos dois dispositivos, por fim, o legislador cria hipóteses de interpretação analógica (ou que por qualquer outra causa,

não pode oferecer resistência) que, no entanto, deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas.

O enfermo e o deficiente mental foram tratados pelo legislador como objetos e não como sujeitos de direitos, ignorando totalmente que tais pessoas são atribuídas de sentimentos, aspirações, desejos, vontades e direitos, inclusive fundamentais, e que, também, por isso, merecem, no mínimo, tratamento igualitário, isto é, similar aos indivíduos ditos como “normais”.

A eventual deficiência mental, por certo, embora inspire cuidados especiais, não suprime o atributo da sexualidade, pelo contrário, pode, inclusive, aflorar-lhes com mais intensidade, especialmente pela dificuldade de controlá-la ou de valorá-la contextualmente. Esses cuidados especiais não podem e não devem ficar a cargo do Direito Penal, por exigir conhecimentos específicos que, a nosso juízo, estariam mais afeitos aos profissionais especializados, tais como psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, terapeutas, etc.

Segundo Bitencourt (2015, p. 108) diz que:

Em uma pesquisa de campo, as psicólogas Patrícia Francisca de Brito e Cleide Correia de Oliveira, examinando como profissionais da saúde concebem a sexualidade de doentes mentais, particularmente, daqueles violentos ou internados em manicômios, chegaram a seguinte conclusão: “Por todos os resultados aqui apontados evidenciamos, a negação e repressão da sexualidade o doente mental, e como comprovação dessa negação os próprios profissionais citam a intensa verbalização que o doente mental expressa, esta seria a única forma que lhes é permitida de exercer a sua sexualidade. Acreditamos que as concepções que os profissionais carregam consigo a respeito da sexualidade dos doentes mentais influenciam diretamente na forma de ver e agir frente a esse sujeito. Para que se alcance a promoção da saúde mental desses indivíduos não se pode ignorar esse aspecto da sua subjetividade, do contrário seria infrutífero o tratamento assistencial, pois o homem, vai muito além da sua dimensão física e, portanto, o tratamento deve transcende-la”.

O Código Penal está criminalizando pesadamente qualquer contato carnal do cidadão com pessoas portadoras de deficiência mental, tornando-as proibidas e impedidas de exercer livremente o direito fundamental à sexualidade, condenadas ao onanismo.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA E A VULNERABILIDADE ABSOLUTA E VULNERABILIDADE RELATIVA

Com a evolução da pesquisa, se faz necessária a distinção entre a presunção absoluta e relativa e a vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa.

O legislador utiliza o conceito vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos nos autorizam a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa.

No final de 2017, o STJ editou a Súmula 593, que conferiu caráter absoluto à vulnerabilidade do menor de 14 anos, portanto, agora mais do que nunca, está consolidado que a prática sexual com menor de 14 anos, independente de consentimento, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente, configurará estupro de vulnerável. Contudo, na referida súmula, nada se falou a respeito dos deficientes mentais, de forma que, nesta seara ainda cabe discussão.

O legislador consagra a vulnerabilidade real e outra equiparada. Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, nas respectivas menoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, “ou a quem, 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”. Nos dois dispositivos, por fim, o legislador cria hipóteses de interpretação analógica (ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência) que, no entanto, deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas.

Pode-se afirmar, portanto, que há três modalidades de vulnerabilidade: a) real (menor de quatorze anos); b) equiparada (do enfermo ou deficiente mental); c) por interpretação analógica (quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência).

Desta forma, impõe-se a conclusão de que a presunção de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal é relativa, recomendando avaliação criteriosa. No entanto, para realizar a melhor interpretação dessa peculiaridade, recomenda-se

saber que a presunção absoluta ou relativa não se confunde com vulnerabilidade absoluta ou relativa.

Na presunção absoluta e presunção relativa de vulnerabilidade questiona tão somente a natureza da presunção legal, ou seja, se é caso de presunção absoluta ou de presunção relativa, independentemente da gravidade ou natureza da própria vulnerabilidade que, claramente, não é objeto de exame nesse primeiro juízo valorativo.

Na presunção absoluta de vulnerabilidade admite-se que a vítima é, claramente, vulnerável e ponto final; não se questiona esse aspecto, ele é incontestável, trata-se de presunção *juris et jure*, que não admite prova em sentido contrário. Já a presunção relativa de vulnerabilidade, a vítima pode ser vulnerável, ou pode não ser, devendo-se examinar cautelosamente a situação para constatar se tal circunstância pessoal se faz presente ou não. Em outros termos, a vulnerabilidade deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada, admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, tratando-se, portanto, de presunção *juris tantum*.

Nas duas hipóteses descritas acima não se discute o grau ou intensidade da vulnerabilidade, mas tão somente se a presunção é absoluta ou relativa, ou seja, se a presunção admite prova em sentido contrário ou não.

Agora, quando se fala em vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, não se trata de discussão acerca de presunção absoluta ou relativa de vulnerabilidade, como na hipótese anterior, pois essa avaliação já foi feita em primeiro momento. Aqui se parte do pressuposto que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão. Trata-se de um segundo juízo de cognição, valorando o quantum de vulnerabilidade que a vítima apresenta.

Depois na análise detalhada sobre a vulnerabilidade e presunção, observa-se que, diante da contradição normativa aqui estudada, surgem respostas para os questionamentos desse trabalho.

Vê-se que, por mais que o Estatuto garanta os direitos subjetivos, como aqueles sexuais e reprodutivos, não significa que o Código Penal produza interferências nos direitos assegurados a esses indivíduos. O exercício desses direitos pressupõe que o deficiente tenha capacidade de entender a implicação dos atos praticados, o que não ocorre com aqueles que tenham a consciência afetada

por alguma enfermidade, deficiência intelectual ou, como no Código Civil, aquele que por causa transitória não puder exprimir sua vontade ou permanente limitadora.

É certo que, quando esses casos chegam a juízo, o discernimento da vítima deve ser apreciado pelo juiz, tendo em vista a impossibilidade de mera análise subsuntiva / lógico-dedutiva dos enunciados jurídicos.

Neste sentido, alguns tribunais têm adotado o posicionamento de análise do caso concreto para melhor julgamento da causa através da realização de perícia médica para analisar se o deficiente tinha discernimento para consentir o ato sexual.

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - **ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VÍTIMA INTERDITADA - APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.146/15 - RECONHECIMENTO DE "ABOLITIO CRIMINIS" - ATIPICIDADE DA CONDUTA** - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.- O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei nº 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, **é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento.**- As disposições do art. 6º do referido Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo, razão pela qual, não se trata, no caso em comento, de reconhecer o "abolitis criminis" (art. 217-A, § 1º, do CP), tampouco a atipicidade da conduta do condenado. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0637.14.001814-3/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2016, publicação da súmula em 25/01/2017) (MINAS GERAIS, 2017, grifo nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA **DEFICIÊNCIA MENTAL DA VÍTIMA**. ABSOLVIÇÃO. Não havendo comprovação de que a **vítima**, à época do fato, não possuía o necessário discernimento para a prática do ato, não está configurada a tipicidade do delito previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal. Apelação provida. (Apelação Crime Nº 70050841105, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 25/10/2012) APELAÇÃO CRIMINAL. 217-A, CAPUT, C/C § 1º, E ART. 147 C/C ART. 61, INCISO II, B, AMBOS C/C ART. 61, INCISO II, G, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEPOIMENTO JUDICIAL DA VÍTIMA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO. MÉRITO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENFERMIDADE OU DEFICIÊNCIA MENTAL DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. AMEAÇA. CRIME ISOLADO. MANUTENÇÃO. Não há de se falar em nulidade, se a sentença recorrida, calcada no conjunto probatório dos autos, notadamente nas declarações prestadas pela vítima durante o inquérito, corroboradas pelos depoimentos das testemunhas de acusação, na fase processual, concluíram que ficou demonstrado nos autos a efetiva prática dos delitos imputados ao recorrente. Preliminar rejeitada. No mérito, tenho que merece prosperar a pretensão defensiva que persegue a absolvição do apelante, não pela

alegada insuficiência de provas do fato criminoso, mas por atipicidade de sua conduta. **Encerrada a instrução criminal restou demonstrado que a situação da vítima no momento dos fatos não pode ser enquadrada na hipótese de vulnerabilidade prevista no artigo 217-A e § 1º do Código Penal, seja porque já contava com 16 (dezesseis) anos de idade na ocasião dos fatos, seja porque não há no caso qualquer das circunstâncias previstas no referido § 1º e que caracterizam a vulnerabilidade. As palavras da ofendida, não deixam claro que não tivesse o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, tampouco que não conseguisse expressar o seu consentimento.** O tipo penal em comento exige que a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. **Não foi realizada durante a instrução processual nenhuma perícia para comprovar a ausência do necessário discernimento**, baseando-se a juíza apenas nos relatórios juntados no inquérito para condenar o réu como incurso no § 1º do artigo 217-A do Código Penal. O relatório informativo do CAPSi (pastas 23/25) é pobre, realizado a partir do que falou a adolescente. Tal documento não se presta a comprovar a "enfermidade ou deficiência mental", pois é ato médico e deve, para comprovação legal, ser realizado na forma descrita em lei. Malgrado o AECD carreado aos autos (pastas 32/33), tenha constatado a presença de vestígios de desvirginamento recente, não logrou demonstrar a ausência do necessário discernimento da adolescente para consentir com a prática sexual, decorrente da impossibilidade de oferecer resistência (pelo acometimento de transtornos psiquiátricos). Não se pode olvidar também que a prova oral não é conclusiva a esse respeito. Conquanto os depoimentos das testemunhas de acusação sugiram que a ofendida seria incapaz de oferecer resistência às investidas do acusado, lamentavelmente não foi possível averiguar sinais sobre sua condição mental em juízo. Assim, cotejando os elementos acima expostos, tem-se que a conduta imputada ao apelante não se enquadra nas hipóteses de vulnerabilidade previstas no artigo 217-A e § 1º do Código Penal - a) sujeito passivo menor de 14 anos, b) portador de enfermidade ou deficiência mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato e c) sujeito passivo que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência - , sendo, portanto, atípica. Remanescendo a condenação pelo crime de ameaça, impõe-se reconhecer o cumprimento da pena, já que o acusado foi preso em flagrante no dia 30/05/2015 (pastas 56/57) e, assim permaneceu até os dias de hoje, ou seja, por tempo superior à própria pena aplicada (1 mês e 15 dias de detenção). PROVIMENTO PARCIAL (TJ-RJ - APL: 00057972620148190045 RJ 0005797-26.2014.8.19.0045, Relator: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, Data de Julgamento: 10/12/2015, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/12/2015 14:00) (RIO DE JANEIRO, 2017, grifo nosso).

Observa-se que o judiciário exerce a função principal de apurar o caso concreto, atento à incapacidade e em defesa da integridade física e dignidade das pessoas em situação de vulnerabilidade. Entretanto, algumas situações são de primeira necessidade, como por exemplo, o laudo psicológico, descartando os casos de vulnerabilidade comprovada, bem como a incapacidade.

Ademais, ressalta-se que no processo penal, o ônus da prova é incumbido ao Ministério Público, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, ou seja, não se pode tratar o acusado como se fosse o autor do ato ilícito.

Observa-se ainda que, o depoimento das pessoas com deficiência de ordem intelectual ou mental, pode ser demasiadamente prejudicado, tendo em vista que as vítimas podem não ter consciência que sofreram qualquer tipo de abuso; são facilmente manipuláveis; e por ser muito comum que os interrogadores não tenham um preparo necessário para este tipo de abordagem, como um psicólogo ou psiquiatra.

Resulta-se, portanto, no descrédito da palavra da vítima. Contudo, há também um outro ângulo, como por exemplo, sabe-se que grande parte das demandas não chegam a juízo, seja por limitações de ordem estrutural ou cultural. Sendo assim, fica difícil determinar o nível de consciência de um indivíduo antes da prática sexual e a forma que se pretende um relacionamento amoroso com uma pessoa portadora de deficiência sem que seja acusado posteriormente por estupro de vulnerável.

Cria-se um espaço para situações que a própria vítima tomada pelo desejo e a iniciativa para prática sexual estaria contribuindo para o seu estupro, pois aos olhos da justiça, presume-se a sua vulnerabilidade e, por conseguinte, o crime de estupro.

Conclui-se, portanto, que o caso depende da ponderação humana sobre assuntos não consensuais, sobretudo, de estrutura culturais, bastante diferentes, refletindo a complexidade das relações sociais.

4 CONCLUSÃO

Diante dos princípios elencados em razão da consagração das garantias constitucionais, internacionais, juntamente com os avanços sociais, houve necessidade de considerar os direitos das pessoas com deficiência, notadamente, seus direitos sexuais, baseados na dignidade, no desenvolvimento e a liberdade sexual dos indivíduos.

As inovações trazidas pela Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, conferiu uma série de direitos e instituiu diversas alterações, notadamente no direito civil, alterando

substancialmente o artigo 3º do Código Civil, para estabelecer que as pessoas portadoras de deficiência não seriam mais consideradas absolutamente incapazes, mas sim capazes de exercer os atos da vida civil. Estes direitos não podem ser negados pelo Código Penal, que não podem retirar a autonomia dada por estes dispositivos com restrição quanto à prática sexual.

Por outro lado, por mais que o Estatuto garanta os direitos subjetivos, como aqueles sexuais e reprodutivos, não significa que o Código Penal produza interferências nos direitos assegurados a esses indivíduos. O exercício desses direitos pressupõe que o deficiente tenha capacidade de entender a implicação dos atos praticados, o que não ocorre com aqueles que tenham a consciência afetada por alguma enfermidade, deficiência intelectual ou, aquele que por causa transitória não puder exprimir sua vontade ou permanente limitadora.

Quando os casos de práticas sexuais que envolvem deficientes mentais chegam a juízo, o discernimento da vítima deve ser apreciado pelo juiz, tendo em vista a impossibilidade de mera análise subsuntiva / lógico-dedutiva dos enunciados jurídicos.

Neste sentido, a melhor solução para a garantir a dignidade sexual das pessoas com deficiências e protegê-las ao mesmo tempo, é a solução adotada por alguns tribunais de análise do caso concreto e a realização de perícia médica para analisar se o deficiente tinha discernimento para consentir o ato sexual.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte especial**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. v. 4.

BRASIL. Decreto lei nº 3.298/99. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Portal da legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 01 set. 2017a.

_____. Decreto legislativo nº 186/08. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Portal da legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 01 set. 2017b.

_____. Decreto lei nº 6.949/09. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Portal da legislação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 set. 2017c.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil brasileiro. **Portal da legislação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 set. 2017d.

_____. Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o código penal brasileiro. **Portal da legislação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2017e.

_____. Lei nº 13.146/15. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Portal da legislação.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 01 set. 2017f.

_____. Decreto nº 914/93. Instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e outras providências. Revogado em 1999. **Portal da legislação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm>. Acesso em: 01 set. 2017g.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte especial.** 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Pesquisa jurisprudenciais. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=11&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=estupro%20vulner%E1vel%20defici%Eancia&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 01 out. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal:** parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 2 v.

NUCCI, Guilherme. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à Lei 12.015/09. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Pesquisa jurisprudenciais. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/275123392/apelacao-apl-57972620148190045-rj-0005797-2620148190045>>. Acesso em: 01 out. 2017.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão:** construindo uma sociedade para todos. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Editora Método, 2011.