

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ITALO MORA GUARNASCHELLI SOBRINHO**

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E DIREITOS DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise do delito de estupro de
vulnerável sob a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência**

**Juiz de Fora
2017**

ITALO MORA GUARNASCHELLI SOBRINHO

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E DIREITOS DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise do delito de estupro de
vulnerável sob a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Prof.(a) Dr.(a) Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

ITALO MORA GUARNASCHELLI SOBRINHO

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise do delito de estupro de vulnerável sob a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2017.

RESUMO

O presente artigo visa a analisar a compatibilidade entre o crime de estupro de vulnerável praticado em face de pessoa com deficiência mental (artigo 217-A, § 1º, *primeira parte*, do Código Penal) e os direitos sexuais assegurados à pessoa com deficiência mental pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15). Questiona-se se a autonomia sexual ora assegurada pelo Estatuto teria o condão de revogar o tipo penal em comento, incorrendo no instituto jurídico do *abolitio criminis*. A resposta para a problemática é de que o Estatuto reforça a necessidade da análise acerca do discernimento acerca do consentimento por parte da pessoa com deficiência mental para a prática do ato sexual, inexistindo contradição entre as normas estudadas, e, conseqüentemente, não havendo que se falar em *abolitio criminis* do artigo 217-A, § 1º, *primeira parte*, do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Estupro de Vulnerável. *Abolitio criminis*. Direitos sexuais. Vulnerabilidade Penal.

ABSTRACT

This article aims to analyze the compatibility between the rape of vulnerable person practiced in the face of a person with a mental disability (article 217-A, §1º, first part of Penal Code), and the sexual rights assured to the person with mental disability by the Disabled Person Statute. It is questioned if the sexual autonomy now assured by the statute would have the power to revoke the criminal type in comment, incurring in the legal institute of the *abolitio criminis*. The answer to the problem is that the Statute reinforces the need for analysis about the discernment about the consent of a person with mental disability to the practice of the sexual act, there being no contradiction between the norms studied and, consequently, not having to speak in article *abolitio criminis* of the article 217-A, §1º, first part of Penal Code.

KEYWORDS: Disabled Person Statute. Rape of vulnerable person. *Abolitio criminis*. Sexual rights. Criminal vulnerability.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	06
2 – O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	07
3 – A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	09
4 – A VULNERABILIDADE PENAL	11
5 – CAPACIDADE CIVIL E VULNERABILIDADE	13
6 – O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	13
7 – A QUESTÃO DA COMPATIBILIDADE	14
8 – CONCLUSÃO	17
9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	18

1 – INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, a autonomia, a liberdade, os anseios e os desejos das pessoas com deficiência mental foram severamente reprimidos. Neste contexto, a sociedade (e o legislador) desprezou completamente os desejos sexuais das pessoas com tais características, ignorando o fato de as mesmas serem sujeitos de direitos.

A promulgação da Lei 13.146/15, que ficou conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD, doravante), consagrou, por meio do artigo 6º, inciso II e do artigo 8º, os direitos sexuais das pessoas com deficiência. Vejamos:

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.

(...)

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. (grifou-se; BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015).

Assim, o presente estudo visa a analisar um possível impacto da promulgação do EPD na seara do Direito Penal, qual seja, a compatibilidade entre os direitos sexuais assegurados às pessoas com deficiência mental e o crime de estupro de vulnerável.

Nesta toada, questiona-se de que modo tal previsão normativa trazida pelo EPD se compatibilizaria (ou não) com o crime de estupro de vulnerável, no qual a vítima é pessoa com deficiência mental, previsto no artigo 217-A, § 1º, *primeira parte*, do Código Penal:

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. (grifou-se; BRASIL. DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Conforme bem suscitado por Rogério Sanchez Cunha, “se o deficiente é plenamente capaz para ‘exercer direitos sexuais e reprodutivos’, qual a razão para rotulá-lo como vulnerável e, portanto, incapaz de consentir para o ato sexual? Existe uma contradição entre os documentos legais?”¹

Visando a responder tal indagação, foi realizado um estudo teórico de revisão acerca do tema, através de pesquisa bibliográfica, em especial em livros e sites jurídicos.

O marco teórico do presente estudo é a ideia da valorização da *dignidade-liberdade* em detrimento da *dignidade-vulnerabilidade* da pessoa com deficiência mental.²

Além da introdução e conclusão, o presente artigo foi dividido em seis partes. Inicialmente, foram feitas considerações gerais acerca do EPD. Em seguida, foi analisada a autonomia dos ramos de Direito Penal e Direito Civil. Após, foi estudado o conceito da “vulnerabilidade penal”, para então ser feito um paralelo entre tal vulnerabilidade e a capacidade civil. Em seguida, foram feitas considerações gerais acerca do crime de estupro de vulnerável. Por último, entrou-se na discussão propriamente dita entre a compatibilidade dos direitos sexuais assegurados à pessoa com deficiência mental e o crime de estupro de vulnerável.

2 – O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

No dia 6 de julho de 2015 foi publicada a Lei 13.146/15, que ficou conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. A referida lei define a pessoa com deficiência, no seu artigo 2º, como sendo “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras,

¹ CUNHA, R. S. O crime de estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2016. Disponível em: <https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 06 de outubro de 2017.

² TARTUCE, F. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em 06 de outubro de 2017.

pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”³

O EPD consagra os valores previstos na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A referida Convenção foi aprovada no nosso ordenamento jurídico pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, na forma de Emenda Constitucional, nos termos do que preceitua o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal/88. Dentre os principais propósitos consagrados na referida Convenção e adotados pelo EPD, temos a necessidade de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”⁴

Neste viés, o artigo 3º da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência preceitua os princípios máximos a serem observados no tratamento às pessoas com deficiência. Ilustro:

Os **princípios** da presente Convenção são:

a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;

b) A não-discriminação;

c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;

e) A igualdade de oportunidades;

f) A acessibilidade;

g) A igualdade entre o homem e a mulher;

h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (grifou-se; Nova Iorque, 2007)

Percebe-se, assim, a consagração da ideia da autonomia e liberdade das pessoas com deficiência, até então tão reprimidas em razão de um discurso predominante acerca da vulnerabilidade delas.

³ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015).

⁴ O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. (NOVA IORQUE, CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, Artigo 1, 2007).

Assim, ao ratificar a Convenção, “o Brasil assumiu o desafio de harmonizar seu arcabouço legal e adequar suas políticas públicas com a definição de deficiência consagrada pela Convenção”⁵

Com base em tais valores (princípios e propósitos previstos nos artigos 2º e 3º da Convenção), o EPD transformou de modo significativo o tratamento jurídico da pessoa com deficiência. Tais mudanças ocorreram, em especial, no âmbito do Direito Civil. A mudança de maior impacto foi aquela referente à teoria das incapacidades: os deficientes mentais deixaram de ser absolutamente incapazes para serem, em regra, capazes. Desse modo, só serão considerados relativamente incapazes quando não puderem exprimir vontade.⁶

O que se percebe, do que até aqui foi exposto, é que o EPD consagrou a chamada quarta fase da história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência:

A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência pode ser compreendida em quatro fases, a saber: 1) fase de eliminação - em que se propagava uma política eugênica pela qual a pessoa com deficiência era símbolo de impureza ou mesmo de castigo divino; 2) **fase de assistencialismo - pautada pela misericórdia caridosa, na qual a pessoa com deficiência, observada pela perspectiva médica, era entendida como alguém que carecia de cuidados;** 3) fase da integração - em que a pessoa com deficiência é tolerada no seio social; 4) **fase da inclusão - em que a pessoa com deficiência, concebida como sujeito detentor de direitos, é inserida no meio social.**⁷ (grifou-se)

Percebe-se que a fase do assistencialismo fora aquela consagrada pelo discurso da *dignidade-vulnerabilidade*, enquanto que na última fase (da inclusão, que nos encontramos hoje) consagrou-se a *dignidade-liberdade*, sendo a fase da integração tipicamente transitória. O EPD trouxe, definitivamente, a fase da inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵ Relatório feito pelo Grupo de Trabalho para análise de Projetos de Lei, conforme Portaria SDH/PR nº 616/2012. Disponível em:

http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf. Acesso em 06 de outubro de 2017.

⁶ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...)

II - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (...) (BRASIL. Lei 10.406, de 10 janeiro de 2010).

⁷ TISESCU, Alessandra Devulsky da Silva; SANTOS, Jackson Passos. Apontamentos históricos sobre as fases de construção dos Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=24f984f75f37a519>>. Acesso em: 06 de outubro de 2017.

3 – A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de adentrarmos ao problema central do presente artigo, necessário esclarecer acerca da eventual possibilidade de uma norma eminentemente de caráter civil, tal como é o EPD, produzir efeitos no âmbito penal. Mais especificadamente, insta analisar se a norma de caráter civil teria capacidade de revogar (tacitamente, no presente caso) um tipo penal, produzindo o instituto conhecido como *abolitio criminis*.

Apesar da autonomia dos ramos do Direito, este é caracterizado por ser uno e, portanto, indivisível. Neste sentido:

O direito deve ser definido e estudado como um grande sistema, em que tudo se harmoniza no conjunto. A divisão em ramos do direito é meramente didática, a fim de facilitar o entendimento da matéria, vale dizer: questão de conveniência acadêmica.⁸

A unidade do ordenamento é ainda reforçada pelo movimento neoconstitucionalista, que tomou força no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em que pese a noção de que a hierarquia entre as normas já estava presente desde antes da CF/88, esta consolidou não apenas a hierarquia do ponto de vista formal, mas também axiológico.

Neste viés, GUSTAVO BINENBOJM preceitua:

(...) toda legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra.⁹

Desse modo, visando a coerência do sistema, certamente não podem haver no ordenamento jurídico brasileiro normas que se contradizem. Aplicam-se, nestes casos, as clássicas técnicas de superação das antinomias, representadas pelos seguintes brocardos jurídicos: *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* e *lex specialis derogat generali*.

⁸ LENZA, P. Direito Constitucional esquematizado. 16ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁹ BINENBOJM, G. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.. P. 62.

Verificando-se que o Direito é uno, no caso da existência de normas antinômicas de caráter civil e penal, perfeitamente possível a revogação da norma penal pela norma civil. Importante trazer um exemplo hipotético de simples compreensão. Suponhamos que entre em vigor uma norma que regularize o comércio de drogas, sem, entretanto, revogar expressamente o artigo 33 da Lei 11.343/06. Considerando a antinomia das normas e aplicando o critério temporal, restará tacitamente revogado o tipo penal em apreço, ocorrendo a abolição do crime de tráfico ilícito de entorpecentes por uma norma eminentemente civil.

No caso aqui estudado, a compreensão acerca da ocorrência da revogação do crime de estupro de vulnerável, no tocante à vítima deficiente mental, não é de tão simplória compreensão quando comparado ao exemplo acima exposto. Entretanto, diante de todo exposto, verifica-se a possibilidade (abstratamente falando) de a norma prevista no artigo 6º, inciso II e artigo 8º, ambas do EPD, revogar o artigo 217-A, § 1º, *primeira parte*, do Código Penal.

4 – A VULNERABILIDADE PENAL

Visando à análise da situação de vulnerabilidade do deficiente mental, insta definir o conceito de “vulnerável” presente no *nomem juris* do artigo 217-A do Código Penal.

Segundo Eudes Quintino de Oliveira Cunha, o vulnerável é aquela pessoa que, por diversas e variadas razões, não possui condições iguais às do cidadão comum (homem médio).¹⁰

Já Cezar Roberto Bittencourt, comparando a definição das vulnerabilidades etárias previstas no artigo 217-A, caput (menor de 14 anos) e a do artigo 218-B (menor de 18 anos), ambos do Código Penal, conclui que “o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável”.¹¹

¹⁰ OLIVEIRA JUNIOR, E. Q. O conceito de vulnerabilidade no direito penal. 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2146510/o-conceito-de-vulnerabilidade-no-direito-penal-eudes-quintino-de-oliveira-junior>>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

¹¹ BITTENCOURT, C. R. O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

Diante da dificuldade e da falta de coerência legislativa ao definir o que seria a vulnerabilidade que adjetiva o *status* de determinada pessoa (vítima), outra conclusão não resta senão a de que a vulnerabilidade penal deve ser interpretada caso a caso.

Ao interpretar cada hipótese de vulnerabilidade, deve-se analisar se trata de uma presunção absoluta de vulnerabilidade ou relativa.¹² Na figura prevista no *caput* do artigo 217-A do Código Penal (vítima menor de 14 anos), a maioria da doutrina e jurisprudência entende que basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com a vítima menor para que o crime reste configurado, não se admitindo discussão acerca do consentimento da vítima no ato sexual, ainda que a mesma tenha discernimento para tanto. Trata-se, portanto, de presunção absoluta de vulnerabilidade.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, fixou o seguinte entendimento:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (3ª Seção. REsp 1.480.881-PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/8/2015 - Informativo 568)

Todavia, alguns autores divergem deste entendimento, tal como NUCCI, entendendo tratar-se de presunção relativa do menor de 14 anos. Vejamos:

Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato 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 sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio das intervenções mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de seu consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14.

¹² Na vulnerabilidade absoluta, a vítima é considerada vulnerável e não se admite prova em contrário. Já na vulnerabilidade relativa, a presença de tal circunstância pessoal deve ser comprovada. Admite-se, desse modo, prova em contrário.

A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.¹³

Assim, voltando ao tema central deste artigo, questiona-se se no caso do parágrafo único, primeira parte, do artigo 217-A do Código Penal haveria presunção absoluta ou relativa da vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental. Para descobrir a resposta, o EPD assume relevância ímpar acerca do tema.

5 – CAPACIDADE CIVIL E VULNERABILIDADE

De maneira sucinta, Sílvio Rodrigues assevera que “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos”.¹⁴

A vulnerabilidade penal, apesar de não confundir-se com a capacidade civil, está ligada com esta na medida em que ambos os conceitos analisados se baseiam na ideia de proteção à pessoa.

O EPD notadamente conferiu plena capacidade para as pessoas com deficiência mental, excetuando-se a hipótese da impossibilidade de exprimirem sua vontade. Assim, regra geral, a pessoa com deficiência mental exerce plena capacidade, “o que visa a sua total inclusão social, em prol de sua dignidade. Valorizando-se a dignidade-liberdade, deixa-se de lado a dignidade-vulnerabilidade” (TARTUCE, 2016, p. 129).

Apesar de surgirem diversas críticas a respeito de que a “revolução na teoria das incapacidades” gerada pelo EPD teria deixado o deficiente mental desprotegido pelo ordenamento brasileiro, ressalta-se que, em cada caso, analisar-se-á se aquela pessoa portadora de deficiência mental terá o necessário discernimento para exprimir vontade. Em caso negativo, haverá a necessidade da assistência, não havendo que se falar em desproteção do deficiente mental.

6 – O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável surgiu, no Código Penal, com a promulgação da Lei 12.015/09. Antes da referida lei, o ato sexual com pessoa vulnerável configurava,

¹³ NUCCI, G. S. Crimes contra a dignidade sexual. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.P. 37-38.

¹⁴ RODRIGUES, S. Direito Civil. Volume 1. 34ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 41.

dependendo do caso concreto, estupro (artigo 213, CP) ou atentado violento ao pudor (artigo 214, CP), com presunção de violência prevista na norma de extensão do artigo 224 do Código Penal (alínea *b*, no caso da pessoa com deficiência mental)¹⁵. Este dispositivo foi expressamente revogado pela Lei 12.015/09, subsumindo-se a conduta ao disposto no artigo 217-A do Código Penal.

O artigo 217-A, caput, CP, conforme adiantado, estabelece o estupro de vulnerável como sendo a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso com menor de 14 anos. O parágrafo primeiro do tipo penal estende a classificação do estupro de vulnerável a outras duas situações: “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 (*primeira situação*), ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (*segunda situação*)” (BRASIL, 1940).

Assim, para além da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, o Código Penal a estende àquelas pessoas que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, em razão de deficiência mental ou que não podem oferecer resistência, por qualquer causa.

Desse modo, sob a nova ótica do valor da dignidade-liberdade conferida às pessoas com deficiência mental, sobretudo à liberdade sexual prevista no artigo 6º, inciso II e artigo 8º do EPD, como conciliar o crime de estupro de vulnerável no tocante à vítima com deficiência mental com os novos valores previstos pela EPD? Teria ocorrido *abolitio criminis*?

7 – A QUESTÃO DA COMPATIBILIDADE

Como visto, a deficiência mental, por si só, não tem o condão de gerar a incapacidade civil do indivíduo, sendo necessário que ele não possa exprimir sua vontade. Do mesmo modo ocorre quanto à questão da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável. A deficiência mental só tornará a pretensa vítima vulnerável se, e somente se, esta não tiver o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Historicamente, todavia, não foi este o tratamento dado à matéria. Sob a ótica da *dignidade-vulnerabilidade* da pessoa com deficiência mental, esta sempre foi vista como

¹⁵ Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: (...) b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância (...) (BRASIL. Decreto Lei nº 2.848/40. Revogado pela Lei 12.015/09).

alguém incapaz de viver normalmente em comunidade, sendo condenada à reclusão social.

Nesta toada, o legislador “acabou por preterir a necessidade sexual das pessoas com deficiência, seja para se subtrair ao debate temático, seja porque simplesmente fechou os olhos para essa realidade latente e não deu a devida importância ao tratamento da questão.”¹⁶

Desse modo, o legislador contribuiu, inicialmente, por colocar a pessoa com deficiência mental à margem da sociedade.

Sob a ótica da *dignidade-liberdade* das pessoas com deficiência mental, BITTENCOURT assevera:

Tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade.¹⁷

Partindo da premissa de que a pessoa com deficiência mental possui as condições necessárias para tomar as rédeas de sua própria vida, tal qual uma pessoa “comum”, inclusive quanto às escolhas sexuais, nos resta saber se esta autonomia esvazia o conteúdo da norma protetora do artigo 217-A, parágrafo único, *primeira parte*, do Código Penal.

A resposta é negativa. Na verdade, os direitos sexuais consagrados pelo EPD apenas reforçam o conteúdo da referida norma protetora, conforme será visto doravante.

Ao reconhecer os direitos sexuais à pessoa portadora de deficiências, o EPD nada mais fez senão reconhecer que “essas pessoas também estão sujeitas a desejos, aspirações, vontades e necessidades típicos de qualquer ser humano reputado ‘normal’, verdadeiramente abrindo os olhos da sociedade para essa realidade, que já não pode mais ser ignorada”.¹⁸

De modo a consertar erros históricos, o legislador adequou o tratamento à matéria sob a ótica da *dignidade-liberdade*.

¹⁶ MENEZES, R. O estupro de vulnerável frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59422/o-estupro-de-vulneravel-frente-ao-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/5>>.. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

¹⁷ BITTENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte especial. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 106.

¹⁸ MENEZES, R. O estupro de vulnerável frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59422/o-estupro-de-vulneravel-frente-ao-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/5>>.. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

Neste sentido, retornando à discussão acerca da presunção absoluta ou relativa acerca da vulnerabilidade da vítima do estupro de vulnerável, desta vez no tocante à pessoa com deficiência mental, outra resposta não resta senão a de que, neste caso, não há qualquer presunção de vulnerabilidade, seja absoluta ou relativa.

Não há a presunção absoluta da vulnerabilidade pois, como vimos, a deficiência mental por si só não gera vulnerabilidade, sendo necessário que a pessoa não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Também não há presunção relativa da vulnerabilidade. Conforme valores consagrados pelo EPD, a pessoa com deficiência mental é, via de regra, uma pessoa como outra qualquer, sujeito de direitos, possuindo a liberdade para gerir sua vida sexual. Assim, o que deverá ser comprovado é a sua vulnerabilidade, e não a comprovação de que a pessoa não é vulnerável. Neste diapasão, incumbirá ao Ministério Público, quando do processo penal, demonstrar que a pretensa vítima não tinha o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Neste sentido:

No caso do deficiente mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nesta condição, como ocorre no caso do menor de quatorze anos. Aqui, caracteriza-se o crime se o agente mantiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento. É imprescindível, portanto, ao contrário do que se verifica no caput, apurar concretamente se a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental tinha ou não discernimento para a prática do ato.¹⁹

Desse modo, não há que se falar em *abolitio criminis* do crime de estupro de vulnerável quando a vítima é pessoa com deficiência mental. O grande benefício trazido pela norma inculpada no artigo 6º, inciso II, do EPD é de consagrar a melhor interpretação cabível ao crime do artigo 217-A, parágrafo único, *primeira parte*, do Código Penal. Tal interpretação da norma incriminadora deverá ser no sentido de que, a princípio, a pessoa com deficiência mental possui plena capacidade para a prática de atos sexuais, devendo ser comprovado quando a mesma não possuir o necessário discernimento para a prática do ato sexual. Esta constatação visa a não tolher, injustificadamente, a possibilidade de as pessoas nestas condições virem a ter uma vida sexual que supra seus desejos. Sob o escopo de proteção, não pode a norma incriminadora vir a se tornar uma verdadeira punição às pessoas com deficiência mental.

¹⁹ CUNHA, R. S. O crime de estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2016. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

Importante destacar, de contraponto, que o próprio EPD, não abandonando totalmente a ótica da dignidade-vulnerabilidade, consagra a proteção da pessoa com deficiência mental contra qualquer forma de exploração. Vejamos:

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, **exploração**, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. (grifou-se; BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015).

Assim, o fundamental para o operador de direito será saber distinguir a pessoa com deficiência, enquanto pessoa plenamente capaz de manter relações sexuais, de modo consentido, daquele enfermo mental vítima de exploração sexual de alguém.

Neste viés, preceitua SOARES:

Com efeito, são situações totalmente distintas aquela em que o sujeito faz sexo com um deficiente mental, de forma consentida e discernida, daquela em que esse mesmo sujeito aproveita-se da enfermidade mental, para usar o deficiente, inepto para o ato, apenas como objeto sexual da sua própria lascívia.²⁰

Ressalta-se a importância do EPD no tratamento da temática. É errôneo afirmar que o EPD em nada interfere na seara dos crimes contra a dignidade sexual. Muito pelo contrário. O EPD foi de tamanha importância para dar contornos mais claros e precisos acerca do tratamento normativo do estupro de vulnerável. Abandona-se de vez as presunções de violência e vulnerabilidades da pessoa com deficiência mental, tal como aquela prevista pelo revogado artigo 244, alínea *b*, do Código Penal. Além disso, a promulgação do EPD impõe ao aplicador do direito uma análise minuciosa acerca da real vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental no caso concreto, sob pena de condenar tal pessoa a viver uma vida tolhida de direitos sexuais, reprimida em seus desejos mais íntimos.

8 – CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se a compatibilidade entre os direitos sexuais assegurados pelo EPD, em seu artigo 6º, inciso II e artigo 8º, e o crime de estupro de vulnerável contra pessoas com deficiência mental (artigo 217-A, §1º, *primeira parte*, do Código Penal). Assim, o conflito analisado inicialmente demonstrou-se meramente aparente. Não há que se falar, portanto, de *abolitio criminis*.

²⁰ SOARES, J. C. O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental: análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5185, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60387>>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

Mais do que isso, foi observado que os direitos sexuais assegurados no EPD (até então ignorados) incorreram em importante contribuição na análise do crime ora analisado, de modo a reforçar que a interpretação e aplicação do tipo penal em comento não podem ser meramente objetivas, havendo a necessidade de que a ausência de discernimento por parte da pessoa com deficiência mental reste demonstrada, abandonando-se de vez a presunção de vulnerabilidade da pretensa vítima.

O presente estudo possui grande relevância prática, em especial no processamento de crimes que envolvam o assunto, levando em conta o risco de serem cometidas arbitrariedades, tais como a repressão dos direitos sexuais das pessoas com deficiência mental ou, ainda, de permitir que tais pessoas sejam exploradas sexualmente por eventuais abusadores.

Salienta-se a necessidade de serem aperfeiçoados os instrumentos probatórios, tais como a composição de equipes multidisciplinares (psicólogos, conselheiros tutelares, psiquiatras, peritos, entre outros) visando ao diálogo destes com os operadores do Direito, de modo que o crime em comento seja observado com o devido cuidado e sensibilidade que o tema merece.

Por fim, importante frisar a ascensão de um novo tratamento dispensado à pessoa com deficiência e sua repercussão nos mais variados ramos do Direito, de modo a garantir sua autonomia como corolário do princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF/88), representada pelo binômio *dignidade-liberdade*.

9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte especial**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, C. R. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CUNHA, R. S. **O crime de estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2016. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENEZES, R. **O estupro de vulnerável frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59422/o-estupro-de-vulneravel-frente-ao-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/5>>.

NUCCI, G. S. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA JUNIOR, E. Q. **O conceito de vulnerabilidade no direito penal**. 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2146510/o-conceito-de-vulnerabilidade-no-direito-penal-eudes-quintino-de-oliveira-junior>>.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**. Volume 1. 34ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SOARES, J. C. **O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental: análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5185, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60387>>.

TARTUCE, F. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC**. Parte II. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>.

TISESCU, Alessandra Devulsky da Silva; SANTOS, Jackson Passos. **Apontamentos históricos sobre as fases de construção dos Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência**. 2014. Disponível em: <
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=24f984f75f37a519>>.