



O Crime de Estupro de Vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

Jessé Roberto Matos da Silva¹; Edson Oliveira da Silva²; José Roniel Moraes Oliveira³

Resumo: O presente trabalho busca discutir as disposições do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), especificamente no que concerne a liberdade do deficiente mental para manter relações sexuais. À luz do método de abordagem dedutivo e do procedimento de pesquisa documental bibliográfica, realizou-se uma análise sistemática das disposições legais mencionadas, a fim de demonstrar que o conflito entre as normas é apenas aparente e que o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, sendo necessário, na verdade, apurar, em cada caso, se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça determinado indivíduo ocasiona a falta de discernimento para consentir com a prática do ato sexual. Destaca-se, ainda, ao longo de todo trabalho, que a liberdade sexual é um dos direitos da personalidade e é uma das vertentes do Princípio da Dignidade Humana.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Deficiência mental. Estupro de vulnerável. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Liberdade sexual.

The Crime of Rape of a Vulnerable Person and the Statute of Persons with Disabilities

Abstract: The present work seeks to discuss the provisions of article 217-A, § 1º, of the Penal Code in relation to the Statute of Persons with Disabilities (Law n. 13.146/2015), specifically with regard to the freedom of mentally disabled people to have sexual relations. In light of the deductive approach method and the bibliographical documentary research procedure, a systematic analysis of the aforementioned legal provisions was carried out, in order to demonstrate that the conflict between the norms is only apparent and that the Statute of Persons with Disabilities in no way interferes in characterizing the crime of rape of a vulnerable person, it is necessary, in fact, to determine, in each case, whether the illness or mental disability that a certain individual suffers from causes the lack of discernment to consent to the

¹ Estudante do Curso de Graduação em Direito da AGES. Bacharel em Administração Pública pela Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF). Licenciado em Letras: Língua Portuguesa e suas Literaturas pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR) E-mail: jesseroberto@yahoo.com.br;

² Estudante do Curso de Graduação em Direito da AGES. Bacharel em Administração pela Faculdade Capim Grosso (FCG). Bacharel em Serviço Social pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: edson_pepeu@hotmail.com;

³ Orientador – Professor na Faculdade AGES de Jacobina (BA). Mestre em Direitos Humanos (Universidade Tiradentes). E-mail: jose.roniel@ages.edu.br.

practice of the sexual act. It is also highlighted throughout the work that sexual freedom is one of the rights of personality and is one of the aspects of the Principle of Human Dignity.

Keywords: Human dignity. Mental disability. Rape of vulnerable people. Statute of Persons with Disabilities. Sexual freedom.

Introdução

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem como principal objetivo promover e assegurar, de forma igualitária, o exercício das liberdades e dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, a fim de garantir a cidadania e a inclusão social de tais pessoas. É um diploma legal lei que trouxe grande avanço na proteção da dignidade das pessoas a quem se destina. Foi publicada em julho de 2015 e, desde dezembro do mesmo ano, encontra-se em vigor.

Dentre as várias e relevantes alterações trazidas pela aludida norma, o estatuto revogou o inciso II, do art. 3º, do Código Civil, que taxava os deficientes mentais como absolutamente incapazes, significa dizer que, por conta desta lei, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil não são mais considerados como absolutamente incapazes. Hoje, conforme preconiza o artigo 4º do Código Civil, essas pessoas serão consideradas relativamente incapazes apenas se não puderem expressar sua vontade.

Indo mais além, de forma inovadora, em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a lei prevê, no artigo 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; assim como para conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória.

Entretanto, de modo aparentemente adverso, o artigo 217-A do Código Penal tipifica o crime de estupro de vulnerável e, em seu § 1º, iguala aos vulneráveis a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual. Além, disso, no § 5º do mesmo artigo, tem-se a previsão de que as penas em decorrência

do cometimento de tal delito devem ser aplicadas independentemente se a vítima consentiu com o ato ou do fato de ela já ter mantido relações sexuais em momento anterior.

Desse modo, enquanto a Lei n. 13.146/2015, conforme disposto no seu art. 1º, é “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, até mesmo no que diz respeito à dignidade e à liberdade sexual, surge um aparente conflito com a disposição legal dos §§ 1º e 5º, do artigo 217-A, do Código Penal.

Analisando superficialmente, pode-se concluir que a norma penal impede que a pessoa com deficiência mental pratique atos sexuais, tornando o Direito Penal contraditório em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, em violação direta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em sua vertente dignidade sexual.

Por isso, à luz do método de abordagem dedutivo e do procedimento de pesquisa documental bibliográfica, espera-se, com o presente trabalho, realizar uma análise sistemática das disposições legais mencionadas, a fim de demonstrar que o conflito entre as normas é apenas aparente e que o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, sendo necessário, na verdade, apurar, em cada caso, se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça determinado indivíduo ocasiona a falta de discernimento para consentir com a prática do ato sexual.

Liberdade Sexual como Corolário da Dignidade a Pessoa Humana

Preambularmente, deve ser destacado que não há como conceber a ideia de tratar de liberdade ou dignidade sexual sem, minimamente, trazer à baila a raiz, o nascedouro, a fonte jurídica da tutela deste bem jurídico, que se encontra estampado no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal:

Art 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana [...] (BRASIL, 1988, p. 01).

Ora, este não é apenas um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, mas é o princípio que orienta a Constituição Federal, é um metaprincípio, o “princípio dos princípios”,

o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais, e, conseqüentemente, toda e qualquer norma do ordenamento jurídico brasileiro deve tê-lo como norte.

Nessa trilha, veja-se o magistério do Ministro Luís Roberto Barroso:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas (BARROSO, 2018, p. 152).

A dignidade da pessoa humana é, portanto, baliza em que se estrutura toda e qualquer norma. Uma das vertentes deste princípio é a dignidade sexual, como bem ensina Maria Berenice Dias:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual.

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

(...)

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana. Entre eles não se pode deixar de incluir e enxergar a presença do direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza.

A sexualidade é, assim, um elemento integrante da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem o direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o indivíduo humano – e, mais amplamente, o próprio gênero humano – não se realiza, do mesmo modo quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.

(...)

Está na hora de o Estado – que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana – deixar de sonegar o timbre jurídico – a juridicidade – a tantos cidadãos que têm direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade (DIAS, 2021, P. 01).

De acordo com Oliveira (2003), no processo de construção da personalidade de um indivíduo, entre muitos objetivos, está implícita a felicidade. Uma vez que o sexo e a sexualidade são formas de se conseguir alegria e prazer, desenvolver essa sexualidade é também buscar a felicidade, ou seja, o direito à felicidade. Exatamente por isso a sexualidade está diretamente ligada com a dignidade, e, logicamente, com o direito da personalidade, formando a integralidade do ser e, pela isonomia jurídica, se estendendo a pessoa com deficiência.

O direito referente à sexualidade é parte integrante da personalidade de cada ser humano, um elemento essencial e fundamental de nossa humanidade. Nesta linha, os direitos sexuais têm como objeto e fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana no que se diz respeito às questões relacionadas com o sexo, portanto, podemos afirmar que os direitos sexuais são uma espécie de direitos humanos (DIAS, 2012).

Sobre o tema, vejam-se as lições de Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (2015):

Portanto, a liberdade sexual é uma das expressões mais caras da dignidade da pessoa humana e, se exercida com poder de autodeterminação entre adultos, é a feição máxima do que aqui se denomina dignidade sexual, direito inerente à pessoa humana e tutelado pelo sistema de direitos fundamentais existentes. Desta maneira, é completamente desarrazoada e sem legitimidade alguma qualquer intervenção penal cujo objetivo seja exclusivamente moral no âmbito da sexualidade humana (p. 04).

Na mesma trilha, o autor Emiliano Borja Jiménez, com sapiência e clareza, ensina:

Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais (JIMÉNEZ, 2011, p. 156).

Cabe, pois, a seguinte observação: dignidade da pessoa humana é gênero, da qual a dignidade sexual é espécie. Assim, não há como se imaginar que, atingindo a dignidade sexual de outrem não se estará também, violando a dignidade de sua pessoa.

A Lei n. 13.146/2015 e o Reconhecimento de Direitos Sexuais aos Portadores de Deficiência

Partindo da premissa que a liberdade sexual é um direito inerente ao ser humano, decorrente do basilar princípio da dignidade da pessoa humana, surge a indagação: Por que é tão complicado para a família e para a sociedade aceitar que uma pessoa com deficiência possa ter um relacionamento sexual?

A sexualidade da pessoa com deficiência é barbarizada ou ridicularizada, por causa de um pensamento arcaico de que os deficientes são seres assexuados e que não possuem desejos os quais as pessoas “comuns” têm. Sobre isso, Bortolozzi (2006) explica que:

Talvez a maior dificuldade em aceitar a sexualidade de alguém com alguma deficiência esteja no fato de que as pessoas se incomodam com a ideia de “sexo”, desconsiderando que tal ideia “genitaliza” o conceito mais amplo que é a sexualidade. Aquele que foge aos padrões de normalidade e, mais ainda, aos padrões de “perfeição”, são atribuídos tabus, mitos, crenças e concepções relacionadas a proibição do prazer no ato sexual e a procriação, esquecendo-se da capacidade amar e ser amado, esquecendo-se do desejo erótico, atributos inerentes ao ser humano e preservados sob quaisquer condições de limitação (p. 33).

Foi nesse contexto que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), trouxe em seu art. 6º que: “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;”. Isso porque não é possível dentro do estado democrático de direito não se reconhecer a sexualidade existente em cada corpo que possua algum tipo de deficiência. A negação de exercer direitos sexuais à pessoa com deficiência, além de revelar total discriminação, resulta em evidente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em boa hora adveio ao mundo jurídico a Lei n. 13.146/2015, a fim de assegurar às pessoas com deficiências não apenas o direito à sexualidade, mas diversas outras garantias. Sobre as inovações trazidas pela aludida lei, discorre o civilista Fábio Ulhôa Coelho (2016):

Até 2015, o deficiente mental era considerado incapaz, relativa ou absolutamente. Isto não significava propriamente exclusão, mas representava uma fonte de preconceitos. Se o deficiente mental não tem discernimento necessário à prática de atos da vida civil, ele não deixa de ser, antes disso, um cidadão com direitos assegurados pela ordem jurídica: acesso a serviços de saúde, à educação adequada à sua condição etc. Ao classificar o deficiente mental entre os incapazes, a lei procurava unicamente protegê-lo, determinando sua representação ou assistência por alguém presumivelmente de sua confiança e sem interesse em prejudicá-lo.

A deficiência mental é um conceito extremamente largo que abarca um sem-número de estados com significativas diferenças. Distinguem-se, quanto ao nível de inteligência do deficiente, três níveis de deficiência mental: profunda ou severa (Quociente de Inteligência até 35), moderada (QI entre 36 e 52) e leve (QI entre 53 e 70). Quanto ao aproveitamento, os deficientes mentais classificam-se em totalmente dependentes (necessitam de assistência permanente, inclusive nos atos mais simples, como vestir e comer, e não têm noção de perigos relacionados a fogo, altura, trânsito), adestráveis (podem executar algumas tarefas simples e cotidianas, têm noção de certos perigos e são capazes de aprendizados rudimentares) ou educáveis (podem aprender, embora com muito atraso, esforço e lentidão, a ler e realizar operações matemáticas singelas; comunicam-se e podem trabalhar) (In: ARAUJO, 1994:31/34).

A pessoa com deficiência mental não é mais incapaz, a não ser nas demais hipóteses de incapacidade previstas em lei. Assim, se for ébrio habitual ou viciado em tóxico, ou mesmo pródigo, ela pode ter a interdição decretada.

Também será incapaz se não puder exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente. Inclui-se nesta hipótese, por exemplo, da deficiência profunda ou severa, que torna os deficientes totalmente dependentes da assistência alheia até a morte. Pode ser também o de alguns casos de deficiência moderada. Já se a deficiência mental é leve e não inibe, por completo, o discernimento, o deficiente não poderá ter a interdição decretada, porque se encontra em condições de exprimir a vontade. Ademais, determinados graus superiores de deficiência mental leve não impedem a pessoa de dispor de seus bens e interesses diretamente, ou de administrá-los, desde que não envolvam decisões complexas. Nessa hipótese, não há fundamento para suprimir ou limitar a capacidade do deficiente mental educável (COELHO, 2016, p. 188).

E, na mesma trilha, ensina Flávio Tartuce (2017):

Repise-se que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a sua dignidade humana. Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade (p. 71).

Vê-se, então, que a ideia matriz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi conferir à pessoa doente ou deficiente mental o reconhecimento de autonomia para os atos da vida civil, desde que não comprovado no caso específico e de forma concreta, a necessidade de assistência ou até mesmo de representação.

A Lei n. 13.146/2015 representa a conquista de um tratamento igualitário entre a pessoa com deficiência e as demais pessoas como sujeitos de direito. Esse diploma legal destina-se a promover a igualdade da pessoa com deficiência em relação às demais, visando sua inclusão social, até mesmo no que toca ao quesito sexualidade.

Crimes sexuais contra Vulneráveis e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

O crime “estupro de vulnerável”, previsto no art. 217-A do Código Penal, incluído como crime contra a dignidade sexual a partir da alteração trazida pela Lei n. 12.015/2009, teve a presunção de violência renomeada para vulnerabilidade. A referida lei revogou, dentre outros, o artigo 224 do Código Penal e suas alíneas, que traziam as hipóteses quando se presumia a violência, ou seja, quando a vítima: “[...] a) Não é maior de 14 anos; b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Atualmente as hipóteses que caracterizam vulnerabilidade podem ser extraídas do parágrafo primeiro do art. 217-A, ou seja, o menor de 14 anos; aquele que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para o ato ou ainda, aquele que por

qualquer outra causa não possa oferecer resistência. Assim, para configurar a prática delituosa descrita, deverá haver conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com alguma das pessoas aqui mencionadas.

Nesse caso, ter-se-ia três possibilidades para se entender se ocorrera um abuso sexual contra a suposta vítima. A primeira é a idade precoce de um dos participantes da relação sexual, mesmo com o seu consentimento ou conhecimento de parentes. A segunda possibilidade seria uma debilidade mental, que impedisse ou que fizesse com que a vítima estivesse em erro, imaginando que tal ato seria normal ou aprovado juridicamente. E a última circunstância, seria o uso de qualquer meio ou outra causa que impossibilitasse sua defesa, como estar drogada ou algo parecido.

Aqui nos interessa tratar da segunda possibilidade, isto é, a parte do dispositivo que criminaliza a prática sexual com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Quando comparamos a aludida norma contida no Código Penal, que equipara o deficiente mental ao incapaz para os atos da vida sexual, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que garante o direito à sexualidade aos deficientes mentais, pode surgir a dúvida de como é possível compatibilizar tais normas. Entretanto, não estamos diante de uma antinomia, mas apenas de um conflito aparente.

É que, como ensina Damásio de Jesus (2020):

Quanto aos possuidores de déficit intelectual, é preciso que se trate de pessoa completamente desprovida de compreender a natureza do ato praticado, algo que exige comprovação pericial. O agente, ademais, deve conhecer o estado doentio da vítima, não bastando o dolo eventual. Se a debilidade mental não era perceptível desde logo, o fato é atípico.

(...)

A deficiência mental deve ser comprovada pericialmente, não sendo suficiente sua alegação (p. 178).

Assim, não se pode concluir da leitura do § 1º, do art. 217-A, do Código Penal, que toda relação sexual praticada com deficiente mental trata-se de estupro de vulnerável. O dispositivo deixa claro que para que o fato seja considerado crime é necessário que a pessoa com deficiência não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Sobre o tema, veja-se as elucidativas lições do professor Rogério Greco (2019):

Além do critério biológico (enfermidade ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para

a prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos inimputáveis, previstos pelo art. 26, caput, do Código Penal.

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Existem pessoas que são portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental que não deixaram de constituir família. Assim, mulheres portadoras de enfermidades mentais, por exemplo, podem, tranquilamente, engravidar, serem mães, cuidarem de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalharem, estudarem etc.

Assim, não se pode confundir a proibição legal constante do § 2º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.

Portanto, repetindo, somente aquele que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual é que pode ser considerado como vítima do delito de estupro de vulnerável (p. 103).

Desse modo, o ponto crucial da questão reside no discernimento da pessoa com deficiência para consentir ou não com a prática do ato sexual, pois os crimes contra a dignidade sexual têm como escopo proteger a própria liberdade de autodeterminação sexual.

Para que possa ser mensurada a existência ou não de discernimento para a prática sexual pela pessoa com deficiência mental, a lei não estabeleceu parâmetros objetivos. Por isso, as condições do deficiente mental devem ser analisadas caso a caso, por profissional da área, a fim de que seja determinado se ela possui ou não discernimento suficiente necessário para os atos sexuais.

Quanto a isso, imperioso trazer à baila os ensinamentos de Cleber Masson (2022):

Com a entrada em vigor da Lei 13.146/2015, surgiu uma interessante questão: como ficam os delitos sexuais contra vulneráveis, notadamente o estupro, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo em vista que este diploma legislativo, em seu art. 6º, inc. II, assegura o direito à gerência da vida sexual às pessoas com deficiência?

A resposta é simples: nada mudou. A Lei 13.146/2015 contempla diversas modalidades de deficiências. Mas, para fins dos crimes sexuais, interessa especialmente a de índole mental. E nesse contexto é importante destacar que o Código Penal não impede a gestão da vida sexual da pessoa com deficiência mental. Um indivíduo com essa enfermidade pode namorar, casar, constituir família etc. Enfim, ele tem o direito de amar e de ser amado. O que a lei penal veda é o abuso dessa situação, ou seja, alguém se valer da vulnerabilidade da vítima para com ela manter qualquer tipo de relação sexual (p. 61).

Disso extrai-se que o objetivo tanto do Código Penal como do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o de preservar, ao máximo, a autonomia do deficiente, mas respeitando-se as limitações do caso concreto. E sobre tal questão, o mesmo Cleber Masson esclarece que:

A enfermidade ou deficiência mental pode ser permanente ou temporária, congênita ou adquirida. O fundamental é acarretar a eliminação do discernimento para a prática do ato. Em razão disso, exige-se perícia médica para demonstrar tanto sua existência (enfermidade ou deficiência mental) como seus efeitos (exclusão do discernimento para a prática do ato).

Consagrou-se, portanto, o sistema biopsicológico: para aferição da vulnerabilidade não basta a causa biológica (enfermidade ou deficiência mental), pois também se exige a afetação psicológica do ofendido (ausência de discernimento para o ato sexual).

No revogado art. 224, b, do Código Penal, existia a explicação no sentido de que somente se reconhecia a presunção de violência derivada do retardo mental “se o agente conhecia esta circunstância”. Embora a Lei 12.015/2009 tenha se olvidado de igual fórmula, é inquestionável que apenas se pode falar em vulnerabilidade quando alguém praticou com a vítima o ato sexual consciente da sua enfermidade ou deficiência mental, sob pena de consagração da responsabilidade penal objetiva.

Finalmente, o legislador perdeu ótima oportunidade para reparar um velho equívoco. Não é suficiente, para caracterização da vulnerabilidade, a existência da enfermidade ou deficiência mental, ainda que o agente conheça essa circunstância. É imprescindível o aproveitamento dessa situação pelo sujeito.

A interpretação literal da lei, da forma em que se encontra redigida, retira dos portadores de enfermidades ou deficiências mentais o direito de amar, em flagrante oposição à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, inc. III).

Pelo dispositivo legal em análise, tais indivíduos não têm direito à vida sexual, pois quem com eles se relaciona comete um delito, normalmente o estupro de vulnerável. E não se questiona que inúmeras pessoas, nada obstante os problemas mentais, casaram-se, tiveram filhos, constituíram autênticas famílias e, principalmente, vivem felizes com seus companheiros.

Destarte, o art. 217, § 1.º, 1.ª parte, do Código Penal deveria ter sido assim redigido, e desta forma há de ser lido: “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, desde que conheça e se aproveite desta circunstância” (MASSON, 2022, p. 60).

Em síntese, pode-se dizer, à vista das disposições da Lei n. 13.146/2015 e do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, que resta plenamente garantida a autonomia e a liberdade sexual aos deficientes mentais, desde que estes possuam o necessário discernimento para exercê-las.

Considerações Finais

A pesquisa desenvolvida observou que o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) alterou de forma importante a aferição da capacidade civil da pessoa natural do sistema jurídico brasileiro, ao mesmo tempo que cuidou de garantir o livre exercício dos direitos fundamentais as pessoas com deficiência, inclusive no que concerne ao direito à liberdade sexual, que se enquadra com uma das vertentes do próprio direito da dignidade da pessoa humana.

Partindo de tal ponto e da análise do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, seja no estudo das inovações da capacidade civil dos enfermos mentais, seja na investigação do tema do

“Estupro de Vulnerável” na seara penal, é possível perceber que a doença mental, por si só, não tem o condão de conferir ao seu portador incapacidade para a prática de atos sexuais.

Bem verdade que de uma leitura rápida do dispositivo do Código Penal acima referido pode se extrair a ideia de que a prática sexual com a pessoa portadora de deficiência mental é vedada e que tal norma conflita com as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Mas, ao longo do presente trabalho restou esclarecido que há apenas aparente antinomia, pois o Código Penal criminaliza tão-somente o ato de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Com isso, foi possível constatar que o intuito da lei penal não é proibir pessoas que possuam enfermidade ou deficiência mental de se relacionarem e manterem relações sexuais, mas de proteger a pessoa com deficiência que, por condição excepcional, não possui o discernimento para exercer de forma plena a liberdade sexual inerente ao ser humano.

Desse modo, é necessário diferenciar a pessoa que é portadora de deficiência mental, mas que forma consentida e consciente praticou o ato sexual, daquela pessoa com deficiência que utilizada pelo agente que se aproveitou de sua condição mental para com ela satisfazer a própria lascívia. Nesta última hipótese estaríamos diante de uma conduta criminosa, vedada pela lei, mas a primeira situação é plenamente protegida pela legislação pátria.

Conclui-se, portanto, que a fim de compatibilizar as disposições do artigo 217-A, §§ 1º e 5º, do Código Penal com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, deve-se compreender que somente resta vedado e se caracterizará crime quando o agente de aproveitar da situação e da condição de deficiência mental da pessoa para com ela manter prática sexual, isto é, o crime ocorre quando a relação sexual ou outro ato libidinoso é praticado com o deficiente mental que não possui discernimento suficiente para consentir com o ato, sendo que a existência ou não de tal discernimento deve ser aquilutado caso a caso, de acordo com a situação concreta, por profissional devidamente habilitado.

Assim sendo, resta claro que não se pode impedir, de forma generalizada, que a pessoa com deficiência mental exerça plenamente sua personalidade, que engloba a dignidade e a liberdade sexual, não se podendo esquecer que a atividade sexual contribui para a saúde psíquica, quando consentida e com afeto. Impedir que a pessoa com deficiência mental goze plenamente do seu direito à liberdade sexual seria o mesmo que retirar-lhe uma parcela de sua dignidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BORTOLOZZI, Ana Cláudia M. **Sexualidade e Deficiências**. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Vol. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. 1.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 27/12/2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/24/Liberdade+sexual+e+direitos+humanos>. Acesso em: 19 nov. 2023.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **A incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais**. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2019. Vol. 3.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Vol. 3.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**. 2. ed. Valência: Tirant to Blanch, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial** (arts. 213 a 359-T). 12. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. Vol. 3.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. **Crimes contra a dignidade sexual e prostituição: uma necessária releitura para a proteção dos trabalhadores do sexo**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b7_e5d59efb318841. Acesso em: 19 nov 2023.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.



Como citar este artigo (Formato ABNT):

SILVA, Jessé Roberto Matos da; SILVA, Edson Oliveira da; OLIVEIRA, José Roniel Moraes. O Crime de Estupro de Vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Id on Line Rev. Psic.**, Dezembro/2023, vol.17, n.69, p. 371-383, ISSN: 1981-1179.

Recebido: 20/11/2023; Aceito 25/11/2023; Publicado em: 30/12/2023.