

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM FACE DE DEFICIÊNCIA MENTAL:
CONFLITOS ENTRE O CÓDIGO PENAL E O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA**

Eziléia Gabriela Miranda Souza de Araujo Cavalcanti Gargel

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM FACE DE DEFICIÊNCIA MENTAL:
CONFLITOS ENTRE O CÓDIGO PENAL E O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA**

Eziléia Gabriela Miranda Souza de Araujo Cavalcanti Gargel

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Ms. Fernanda de Matos Lima Madrid.

Presidente Prudente/SP

2018

**O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM FACE DE DEFICIÊNCIA MENTAL:
CONFLITOS ENTRE O CÓDIGO PENAL E O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA**

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Fernanda de Matos Lima Madrid

Florestan Rodrigo do Prado

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2018.

Dedico este trabalho aos meus filhos, Giovana Lyssa e Gabriel, que mesmo sem saberem e entenderem foram a inspiração de todo meu esforço, e que tiveram que dividir minha atenção com meus estudos durante toda essa jornada. Dedico também à minha avó Elza, que no decorrer dessa minha caminhada partiu, deixando um vazio em meu coração e uma saudade sem fim. Amo vocês.

Ninguém poderá construir em teu lugar as pontes que precisaras passar para atravessar o rio da vida, ninguém exceto tu. Existem, por certo, inúmeras veredas e pontes, e semideuses que se oferecerão para levar-te do outro lado do rio; mas isso te custaria a tua própria pessoa: tu te hipotecarias e te perderias. Existe no mundo um único caminho, por onde só tu podes passar. Para onde leva; segue-o.

F. NIETZSCHE

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, sem Ele eu não teria forças para essa longa jornada;

Agradeço também ao meu esposo, Henrique, que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades sendo sempre presente na minha ausência nos cuidados dos nossos filhos;

Agradeço aos meus pais, que sempre me incentivaram e me apoiaram em todas as minhas decisões, e que nunca deixaram de acreditar que eu era capaz;

À minha professora e orientadora Fernanda Madrid, pela paciência na orientação, compreensão, amizade e incentivo, que tornaram possível a conclusão desta monografia;

Às minhas amigas de trabalho e da vida, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas, e toda ajuda, mesmo que indiretamente, durante todo o processo da minha formação.

Só tenho gratidão a todos vocês!

RESUMO

As questões relativas à incapacidade por doença mental sempre suscitaram questionamentos na doutrina e jurisprudência, uma vez que não haveria capacidade civil plena à prática dos atos da vida civil, entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro, questiona-se, trataria os doentes mentais como objetos, sendo irrelevante sua vontade. Ocorre que, com o advento da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), garantiu-se uma série de direitos aos deficientes, dentre eles a liberdade sexual. Entretanto, esta plena garantia deu azo à discussão a respeito dessa liberdade sexual e o crime de estupro de vulnerável, do artigo 217-A do Código Penal. Este trabalho científico, portanto, tem como objetivo, por meio do método científico dedutivo, concluir se há ou não incompatibilidade entre os dois institutos, além de responder outras questões relativas à incapacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Estupro de Vulnerável. Doença Mental. Incapacidade Civil.

ABSTRACT

Issues related to incapacity for mental illness have always raised questions in doctrine and jurisprudence, since there would be no full civil capacity for the practice of acts of civil life, however, the Brazilian legal system, it is questioned, would treat the mentally ill as objects, his will being irrelevant. It happens that, with the advent of Law 13.146 (Disabled Persons Statute), a series of rights for the disabled were guaranteed, including sexual freedom. However, this full guarantee gave rise to the discussion regarding this sexual freedom and the crime of rape of vulnerable, art. 217-A of the Penal Code. This scientific work, therefore, aims, through the deductive scientific method, to conclude whether or not there is incompatibility between the two institutes, in addition to answering other questions related to disability.

KEYWORDS: Statute of the Person with Disabilities. Rape of Vulnerable. Mental disease. Civil Disability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 BREVE ESTUDO ACERCA DA DEFICIÊNCIA MENTAL	12
2.1 Do conceito de deficiente mental	12
2.2 Dos fatores históricos da deficiência mental	13
2.3 Classificação acerca da deficiência mental	17
2.3.1 Deficiência mental	18
2.3.2 Deficiência auditiva	19
2.3.3 Deficiência visual.....	20
2.3.4 Deficiência física	20
2.3.5 Deficiência múltipla.....	21
2.4 Epidemiologia.....	21
2.5 Etiologia.....	21
2.6 Diagnóstico.....	22
2.7 Capacidade civil do deficiente mental	22
2.8 Do tratamento.....	25
2.9 Da sexualidade do deficiente mental.....	25
3 DO CRIME DE ESTUPRO	28
3.1 Do conceito de estupro.....	29
3.2 Dos aspectos históricos do estupro.....	30
3.2.1 Evolução histórica do delito de estupro nas correntes legislações brasileiras .	32
3.3 Análise legal do crime de estupro	36
3.3.1 Da tipicidade objetiva e subjetiva	37
3.3.2 Das formas qualificadas	38
3.3.3 Da pena e da ação penal	39
3.4 Do estupro de vulnerável.....	39

3.5 Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018.....	41
4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS SEXUAIS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA	42
4.1 Histórico normativo de proteção à pessoa portadora de deficiência	42
4.2 Da convenção internacional dos direitos das pessoas com deficiência	45
4.3 Do conflito entre a vulnerabilidade da pessoa portadora de deficiência e o crime de estupro de vulnerável	49
4.4 Da análise jurisprudencial acerca da relativização da vulnerabilidade penal	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

Em 6 de janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei 13.146 de julho de 2015, consubstanciando, assim, o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência. A norma em questão trouxe consigo uma enorme gama de direitos, os quais foram reluzidos à legislação infraconstitucional com sua promulgação, isto porque, seu próprio artigo 1º exara a ideia de que a norma 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.

Antes do início da vigência de tal norma, havia, em nosso ordenamento jurídico, uma plena harmonia na questão tratativa das pessoas portadoras de necessidades especiais e o resto do ordenamento jurídico.

Ocorre que, a partir da vigência do Estatuto, ocasionou-se a suscitação de questão relativa à deficiência e o Código Penal, uma vez que este tutela, em seu artigo 217-A, a dignidade e a liberdade sexual de pessoas que não têm o necessário discernimento para o consentimento em atos dessa natureza, e, aquele, revogou dispositivo do Código Civil, no sentido de tornar as pessoas com deficiência de absolutamente para relativamente incapazes – e, portanto, aptos a atos da vida civil.

Assim, o presente trabalho científico se presta à análise da questão suscitada através do método científico dedutivo; em primeiro momento, analisar-se-á a capacidade civil, com o objetivo de declarar quais são os considerados capazes, e qual o critério adotado pelo legislador na seara civil, seja ele cronológico, psicológico ou biopsicológico.

Posteriormente, esgotada a discussão a respeito da capacidade civil, breve análise do crime pertinente ao trabalho científico, o de Estupro de Vulnerável – prescrito no artigo 217-A, do Código Penal –, será realizada e, consigo, perquirir-se-á quem é considerado sujeito passivo do crime após a promulgação do Estatuto de Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de julho de 2015).

Por fim, questionar-se-á sobre a possibilidade de conciliação entre o direito ao próprio corpo, à sexualidade das pessoas com deficiência e a legalidade penal: estaria, o Código Penal, reafirmando o instituto da capacidade absoluta, revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, presumindo seu déficit intelectual, ou estaria o Estatuto, ao buscar igualdade formal e material, ignorando

situações em que se deve considerar crime a relação sexual com pessoa com deficiência?

A metodologia utilizada no presente ensaio científico é o dedutivo, através do qual há a análise de questões gerais acerca do tema escolhido.

2 BREVE ESTUDO ACERCA DA DEFICIÊNCIA MENTAL

O presente capítulo detém o condão de clarear questões de caráter psicológico-sociológico com o intuito de que, a partir das considerações tecidas neste, possamos, sobretudo entender quem é atingido pelo conceito jurídico de deficiente mental. Ainda, abordam-se outros fatores, tais como sua história, classificação, epidemiologia, etiologia, diagnóstico, tratamento e sua sexualidade.

2.1 Do conceito de deficiente mental

Afinal, qual o conceito de deficiência mental? Quais suas classificações e graus? Quem é abarcado pelo conceito? Estas e outras questões serão respondidas com o transcorrer desta seção.

Etimologicamente, a deficiência mental é conceituada como: “1 - Em que há deficiência. [...] 3 - Que ou quem apresenta deformação física ou insuficiência de uma função física ou mental; que ou quem apresenta uma deficiência.”¹

No entanto, utilizar-se do conceito apresentado simplificando a enfermidade não é o que objetiva este trabalho monográfico, isto porque um breve conceito não retrata com fidedignidade a realidade da deficiência mental, vez que esta apresenta vasta gama de causalidades com múltiplos aspectos. Desta forma, faz-se necessária a análise de diversos conceitos, abordando-se os aspectos relevantíssimos ao presente trabalho.

De acordo com Krynski (1969) *apud* Assumpção; Sprovieri (2005, p. 26): [...] “a deficiência mental não corresponde a uma moléstia única, mas a um complexo de síndromes que têm como única característica comum a insuficiência intelectual”.

A definição com maior aceitação, em conformidade com o entendimento de Amaral e D’Antonio (2007, p. 62), é a cedida pela American Association of Mental Retardation (AAMR), em 1992, como sendo:

¹ Conceito retirado do site: <https://dicionariodoaurelio.com/deficiente>

Funcionamento intelectual significativamente abaixo da média, coexistindo com limitações relativas a duas ou mais das seguintes áreas de habilidades adaptativas: comunicação, autocuidado, habilidades sociais, participação familiar e comunitária, autonomia, saúde e segurança, funcionalidade acadêmica, de lazer e de trabalho. Manifesta-se antes dos 18 anos de idade

Tal definição traz a coexistência de dois fatores elementares à caracterização da deficiência mental, quais sejam: o funcionamento intelectual e o comportamento adaptativo do indivíduo.

Concebe-se por funcionamento intelectual significativamente abaixo da média aquele em que o indivíduo apresenta comportamento intelectual menor do que o esperado para determinada idade; para tanto, considera-se como deficiente o indivíduo que apresenta Quociente de Inteligência (QI) inferior a 70, média apresentada pela população.

A seu turno, o comportamento adaptativo é aquele que se refere à funcionalidade do indivíduo, aplicando-se a diversos contextos da vida, compreendidos em fatores psicológicos, sociais e culturais. O deficiente mental apresenta déficits nesses comportamentos, não apresentando o desempenho esperado para sua idade, sexo e grupo social, resultando muitas vezes na exclusão social do meio em que vive.

Dessarte, conclui-se que a deficiência mental diz respeito à redução da inteligência relacionada a um prejuízo no comportamento adaptativo, gerando consequências nos âmbitos social e pessoal do indivíduo deficiente mental.

2.2 Dos fatores históricos da deficiência mental

Os aspectos históricos da deficiência mental, isto é, como era considerado em tempos antiquíssimos, são os teores desta subseção secundária.

O deficiente mental, desde a Idade Antiga, era conhecido. Segundo Assumpção e Sprovieri (2000, p. 01) *apud* Krynski (1977):

sua história é longa, uma vez que as primeiras notícias se reportariam ao longínquo código de Hamurabi, por volta de 2100 a. C., e ao Papiro Terapêutico de Tebas, de 1552 a. C., podendo-se ainda encontrar referências no Talmud, no Alcorão e na Bíblia.

No mesmo período antiquíssimo, estas pessoas eram rejeitadas pela sociedade, ou ainda sequer eram consideradas como indivíduos pela sociedade (CORRÊA, 2005, p. 87).

O mesmo doutrinador acima colacionado se refere à Grécia quando diz que os deficientes eram sacrificados ou escondidos; notadamente em Esparta – por volta do século IV a.C. –, as crianças deficientes físicas ou mentais eram consideradas subumanas, e dessa forma eram lançadas em precipícios, uma vez que não eram aptas à convivência na sociedade espartana (CORRÊA, 2005, p. 88).

Noutro espaço, a Itália não se prestava ao sacrifício das crianças com deficiência; em verdade, estas eram postas em cestas sob a margem do rio Tibre, onde escravos e pessoas pobres as criavam posteriormente, utilizando-as como objeto de exploração para a prática de esmola. Corrêa (2005, p. 88), afirma que a prática chegou ao seu ápice quando os italianos começaram a raptar crianças e a mutilá-las, para então servirem como pedintes.

Posteriormente, no período Medieval, as epidemias de peste bubônica, difteria e influenza devastaram a Europa após seu constante crescimento urbano, deixando graves sequelas aos sobreviventes, os quais muitas vezes sofriam mazelas deixadas pelas doenças, tais como incapacidades físicas e más formações congênita (estas eram vistas como sinais da ira divina). Aranha (2000, p. 9) explicita que a deficiência passou a ter conotação religiosa, uma vez que seus portadores eram considerados expiador da culpa divina e de sua vingança.

Ocorre que, em razão da conotação divina concedida às pessoas com deficiência, estas não poderiam mais ser exterminadas, uma vez que detinham alma e eram escrituras divinas.

Ainda no período da Idade Média, em razão do poder obtido pela Igreja Católica, esta iniciou um dos períodos mais tristes da história da humanidade: perseguição, caça e extermínio de seus dissidentes, sob o argumento de extermínio da heresia. A Inquisição Católica, sob o manto da Igreja, utilizou-se da prática de severas punições como forma de repressão à sua ameaça; muitas foram às mortes dos indivíduos deficientes mentais, equiparados a endemoninhados (ARANHA, 2000, p. 11).

Posteriormente, a partir do século XVIII, novas ideias acerca da natureza da deficiência surgiram. Neste período, a tese da organicidade ganhou

espaço, a qual prescreve que as deficiências são causadas exclusivamente por fatores naturais, e não por fatores espirituais, favoreceu o entendimento de que ela é um distúrbio médico, e não espiritual. Aranha (2008, p. 13) ensina que os primeiros locais de tratamento dos indivíduos deficientes surgiram neste espaço histórico, caracterizados, entretanto, “como locais para confinar, mais do que tratar, os pacientes que fossem considerados doentes, que estivesse incomodando a sociedade, ou ambos”.

Após o século XVIII é que os indivíduos começaram a se organizar, a partir da proposição de medidas e ações que objetivavam o melhor atendimento a estas pessoas – sendo que os primeiros locais foram na Europa, e, posteriormente, nos Estados Unidos da América (CORRÊA, 2005, p. 92).

Sob a ótica brasileira, o atendimento às pessoas com deficiência era deixado de lado até o século XIX. Foi a partir daqui que: quanto à deficiência visual, no ano de 1854, o imperador D. Pedro II fundou o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, o qual teve seu nome substituído posteriormente por Instituto Benjamin Constant; e, em 1857, o Imperial Instituto dos Surdos-Mudos foi fundado, atualmente chamado de Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES). A respeito dos institutos, Aranha (2000, p. 23), explicita:

Ambos foram criados pela intercessão de amigos ou pessoas institucionalmente próximas ao Imperador, que atendeu às solicitações, dada a amizade que com eles mantinha. Essa prática do favor, da caridade, tão comum no país naquela época, instituiu o caráter assistencialista que permeou a atenção à pessoa com deficiência, no país, e a educação especial, em particular, desde seu início.

Dessarte, o mínimo de dignidade às pessoas com deficiência começa a ser dado às pessoas com deficiência por meio da visão assistencialista do país. Melhores condições de vida, portanto, foram concedidas a esses indivíduos.

Foi então na década de 1940 que as iniciativas ao atendimento especializado ao deficiente físico começaram com a criação de uma classe especial na Escola Mista do Pavilhão Fernandinho da Santa Casa de Misericórdia, no estado de São Paulo.

Já em 1954, fora fundada na cidade do Rio de Janeiro a primeira Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), a qual detém, atualmente, mais de 1.300 entidades associadas (CORRÊA, 2005, p. 30).

Assim, mudou-se a concepção da deficiência, de metafísico para o biológico, conduzindo uma relação concreta entre a sociedade e as pessoas com deficiência.

A partir daí as instituições se especializaram na prestação de atendimento às pessoas com deficiência, por meio da prestação acessível dos serviços possíveis (SASSAKI, 2003, p. 54). É o que demonstra Aranha (2008, p. 15):

Entidades financiadas pelo poder público passam a oferecer à pessoa com deficiência um amplo leque de modalidades de serviços, na sua maior parte em ambiente segregado, mantendo-os disponíveis até que esta fosse considerada “pronta” para sua integração na comunidade.

A década de 1970 fora importante, tanto nacional quanto internacionalmente à pessoa com deficiência, uma vez que tratados, convenções e legislações que atingiriam a pessoa com deficiência foram constituídos em sociedade, representando avanço na inclusão da pessoa com deficiência.

Declarados e aprovados em Assembleia Geral da ONU foram as declarações dos direitos das pessoas com deficiência mental (1971) e dos direitos as pessoas portadoras de deficiências (1975). Analisando-as, verifica-se a preocupação em promover serviços e inserir as pessoas com deficiência na sociedade, tornando suas vidas as mais semelhantes possíveis das demais pessoas. Destacam-se os trechos a seguir:

Sempre que possível o deficiente mental deve residir com a sua família, ou em um lar que substitua o seu, e participar das diferentes formas de vida em sociedade [...] Se for necessário interna-lo em estabelecimento especializado, o ambiente e as condições de vida nesse estabelecimento devem se assemelhar ao máximo aos da vida normal (Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental, ONU Resolução 2856, de 20/12/1971).

As pessoas portadoras de deficiências têm o direito a tratamento médico e psicológico apropriados, os quais incluem serviços de prótese e órtese, reabilitação, treinamento profissional, colocação no trabalho e outros recursos que lhes permitam desenvolver ao máximo suas capacidades e habilidades e que lhes assegurem um processo rápido e eficiente de integração social (Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, ONU Resolução nº 30/84, de 09/12/1975)

A Organização Mundial de Saúde (OMS) publica então a Classificação Internacional de Impedimentos, Deficiências e Incapacidades, indicando que as três possibilidades existem em cada pessoa com deficiência, mas “essas restrições não

lhes retiram o valor, o poder de tomar decisões, de assumir o controle de sua vida e de ter responsabilidades” (GUGEL, 2006, p. 27).

No Brasil, ano de 2015, fora aprovado e promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o qual representara importante avanço social, fazendo com que, ao menos formalmente, todos possam usufruir de oportunidades iguais.

2.3 Classificação acerca da deficiência mental

Ampla é a classificação acerca da deficiência mental, porquanto não há de se falar que não corresponde a uma ruptura no desenvolvimento intelectual do indivíduo, impossibilitando sua classificação como patologia. Em verdade, a deficiência mental do próximo ao anormal ao francamente anormal, de acordo com o potencial adaptativo do indivíduo em questão, que se representa através de sua capacidade intelectual. Entretanto, a conceituação de inteligência é um tanto quanto conturbada, uma vez que diversos autores se prestam a conceituá-la, de acordo com Kanner (1972, p. 142):

- 1) Capacidade do organismo de adaptar-se de modo conveniente a situações novas (Stern, 1914);
- 2) Conjunto de processos de pensamento que constituem a adaptação mental (Binet, 1916);
- 3) Propriedade de combinar de outro modo normas de conduta, de modo a poder atuar melhor em novas situações (Wells, 1917);
- 4) Faculdade de produzir reações satisfatórias, do ponto de vista da verdade ou da realidade (Thorndike, 1921);
- 5) Capacidade de realizar atividades caracterizadas por serem: a) difíceis; b) complexas; c) abstratas; d) econômicas; e) adaptáveis a certo objetivo; f) de valor social; g) carentes de modelos, assim como de mantê-las em circunstâncias que requeiram concentração de energias e resistência às forças afetivas (Stoddard, 1943);
- 6) O grau de eficácia que tem nossa experiência para solucionar nossos problemas presentes e prevenir futuros (Goddard, 1945);
- 7) O total de todos os dons mentais, talentos e perícias úteis nas adaptações às tarefas da vida (Jaspers, 1945).

Ponto entre comum entre todas as definições é a capacidade do indivíduo de se adaptar ou agir de modo satisfatório diante de situações novas para, assim, lidar com o meio ambiente. É necessário, portanto, que consiga resolver os problemas que lhe são apresentados de modo satisfatórios.

A capacidade de solucionar problemas é medida fundamentalmente influenciada pelo aprendizado, que pode ser definido, segundo Rich (1988, p. 44), como:

[...] a mudança do comportamento diante de uma situação dada, incorrida por suas experiências repetidas naquela situação, desde que essa mudança de comportamento não possa ser explicada com base em tendências de respostas nativas, maturação ou estados temporários do paciente.

Todos estes fatores influenciam na maior ou menos deficiência dos indivíduos, podendo aquela ser conceituada legalmente como “toda perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (art. 3º I, Decreto nº 3.298/1999).

O mesmo Decreto ainda traz os conceitos de deficiência permanente e incapacidade, conceitos estes que importam ao trabalho monográfico:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

[...]

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

É importante que haja também a exploração dos tipos de deficiência legalmente considerados, quais sejam: mental, visual, auditiva, física e múltipla.

2.3.1 Deficiência mental

Como foi visto, a conceituação da deficiência mental é tarefa árdua, isto porque trata de indivíduos os quais não detêm anomalias que podem ser de diversos tipos. Assim, é necessário que haja a utilização dos conceitos legais.

A deficiência mental é conceituada legalmente, o art. 4º, IV, do supramencionado decreto, como:

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

Este tipo de deficiência se manifesta antes dos 18 anos e se caracteriza como exarado acima, por registrar um funcionamento intelectual significativamente abaixo da média, com limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas ou da capacidade do indivíduo em responder adequadamente às demandas da sociedade.

Tal deficiência pode ainda apresentar os níveis leve (estas pessoas podem desenvolver habilidades escolares e profissionais, inclusive provendo sua manutenção, necessitando, entretanto, de ajuda e orientação em situações sociais diferentes daquelas a que estão acostumados), moderado (a capacidade do indivíduo é insuficiente de seu desenvolvimento social), severo (o desenvolvimento motor e o desenvolvimento de linguagem são mínimos) e profundo (há um retardo intenso, e a capacidade sensorial é mínima).

São exemplos de deficiência mental: a Síndrome de Down, a Síndrome de Angelman, a Síndrome de Tourette e a Síndrome de Asperger.

2.3.2 Deficiência auditiva

Legalmente, a deficiência auditiva é conceituada como “perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz” (art. 4º, II, do Decreto nº 3.298/1999).

Este tipo de deficiência se divide entre a perda do tipo neuro-sensitivo e a perda do tipo condutivo. Este permite o tratamento médico ou cirúrgico. Na maioria dos casos o indivíduo utiliza o aparelho de surdez e apresenta problemas de reabilitação relativamente simples; aquele, entretanto, apresenta maiores problemas para sua perfeita reabilitação.

2.3.3 Deficiência visual

Caracterizada como a limitação ou perda das funções básicas do globo ocular e do sistema visual, esta também pode ser conceituada legalmente.

É conceituada legalmente pelo decreto supramencionado como:

Art. 4º, III – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Decreto nº 3.298/1999)

Os deficientes visuais, apresentam perda total ou parcial da visão em grau que necessitam de métodos Braille como meio de leitura e escrita, ou outros recursos que visam seu auxílio.

Há os parcialmente cegos, os quais possuem resíduos visuais que lhes permitem ler textos impressos à tinta, desde que empreguem recursos didáticos e equipamentos especiais para sua educação, e o daltonismo, que resulta da sensibilidade diminuída a certas faixas do espectro.

2.3.4 Deficiência física

Também chamada de deficiência motora, é uma limitação do funcionamento físico-motor de um ou de mais membros, inferiores e/ou superiores.

Legalmente é conceituada no art. 4º, I, do Decreto nº 3.298/1999:

alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções (art. 4º, I, do Decreto nº 3.298/1999).

Refere-se à falta de membro ou de parte dele e à perda ou redução da capacidade motora.

Podem ser divididas entre: a) congênitas (aquelas que acompanham o indivíduo desde a concepção) e b) adquiridas (todas que vierem a se estabelecer ou afetar os modos de ser do físico ao longo de sua existência).

2.3.5 Deficiência múltipla

Este tipo de deficiência se caracteriza pelo retardo mental ser associado à outra incapacidade física.

A Fundação Educacional do Distrito Federal – FEDF a define como sendo aquela em que o indivíduo apresenta distúrbios graves e profundos.

Assim, pois, a deficiência é múltipla quando o indivíduo detém mais de uma enfermidade, como por exemplo, uma deficiência física associada a uma deficiência visual, ou deficiência mental associada à deficiência visual, entre outras.

2.4 Epidemiologia

Não há estudos que consigam definir a frequência populacional da deficiência mental. Dispomos, portanto, de dados projetivos, organizados e coletados em outras realidades, as quais não podem ser aplicadas de forma adequada à área jurídica.

As melhores estimativas, segundo a OMS (1985), da deficiência mental com nível intelectual abaixo de 50 em países desenvolvidos sugerem uma prevalência ao redor de 3 a 4:1.000 pessoas. Usualmente, estima-se que a deficiência mental leve (QI entre 50 e 70) ocorra em 2 a 3 das pessoas, mas esses dados só devem ser levados em consideração ao ser observadas as características da região estudada e o meio socioeconômico.

2.5 Etiologia

De modo geral, a etiologia da doença mental, segundo a OMS (1968), pode ser subdividida em fatores: preconceptivos, perinatais, pós-natais e causas desconhecidas.

Os primeiros fatores antes da concepção envolvem causas genéticas e ambientais, chamados fatores preconceptivos. Sua importância é grande, uma vez que, embora o cérebro da criança sobreviva ao efeito de diversos agentes nocivos (infecções, traumatismos, radiação, etc.), seus efeitos nem sempre são inócuos.

De outro modo, os fatores perinatais envolvem a problemática decorrente do atendimento materno-infantil, representada, sobretudo pela anóxia neonatal. São fatores decorrentes de uma estrutura de saúde carente e não privilegiada.

Os fatores pós-natais são aqueles que acontecem após o nascimento, são subdivididos entre: infecções (como meningite, sarampo, e outras infecções), fatores químicos (ação de elementos tóxicos que provocam lesão cerebral na criança, como por exemplo, intoxicação de medicamentos), nutricionais (carência nutricional que levam ao retardo mental quando extensas e crônicas) e traumatismo crânio-encefálico (pode vir a ocorrer por acidentes, quedas, acarretando um déficit intelectual).

2.6 Diagnóstico

Os deficientes mentais devem ser submetidos a uma bateria de avaliações que possibilita o esclarecimento da provável etiologia do quadro. A pesquisa, no entanto, é um tanto quanto extensa, começando por exames físicos visando à trajetória gestacional e obstétrica.

Após o exame físico, devem ser encontradas malformações primárias do sistema nervoso central. De outro modo, a pesquisa de infecções congênitas é de fundamental importância, uma vez que, de acordo com Newell (1987, p. 59), cerca de 2% dos casos são por elas provocados.

2.7 Capacidade civil do deficiente mental

Tratar de capacidade civil remonta ao Código Civil pátrio, legislação que exprime aqueles que detêm ou não capacidade civil, sendo esta plena ou limitada.

O termo “capacidade”, civilmente falando, diz respeito à personalidade jurídica, que por sua vez se subdivide entre capacidade de direito (ou gozo) e capacidade de fato (ou de exercício).

A primeira é própria do ser humano, adquirida com o nascimento com vida e é perdida com sua morte; é inata à personalidade, oriunda da personalidade individual.

Por sua vez, a segunda é a aptidão para exercer por si só os atos da vida civil, por critérios de discernir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial; só é adquirida com a plenitude da consciência e da vontade.

Quando há capacidade de direito, mas não há de fato, diz-se que a capacidade civil é limitada, sendo o indivíduo denominado incapaz, necessitando de outrem que substitua e auxilie sua vontade.²

A seu turno, os artigos 3º e 4º do Código Civil pátrio estabelecem quem são os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes, respectivamente.

Os primeiros, assim, sendo absolutamente incapazes, não podem exercer os atos da vida civil pessoalmente e só poderão agir por meio de representação ou tutoria.

A partir da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foram revogados todos os incisos do artigo 3º do Código Civil, que tinha como redação:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Passou-se a estabelecer a seguinte redação: “artigo 3º, Código Civil – são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Dessarte, no sistema privado brasileiro, a pessoa absolutamente capaz maior de idade não existe. Não há que se falar, portanto, em ação de interdição absoluta no sistema civil brasileiro, uma vez que os menores não são interditados.

² Os recém-nascidos, por exemplo, terão somente a capacidade de direito, pois esta é condicionado ao nascimento com vida; podem, assim, exercer o direito de herança, entretanto, não há capacidade de fato, ou seja, não podem exercer o direito de propor qualquer ação.

Via de regra, as pessoas com deficiência, as quais tratavam o artigo 3º do Código Civil são consideradas plenamente capazes, uma vez que o legislador visou sua plena inclusão social em prol de sua dignidade.

A fim de que se demonstre tal afirmação, vale destacar o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual elucida que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

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.

Os incisos acima delineados demonstram a preocupação do legislador em manter a dignidade humana das pessoas com deficiência.

Por outro lado, o artigo 4º do Código Civil apresenta os relativamente incapazes, os quais deverão ser assistidos. Veja-se:

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.

Diz-se que são relativamente incapazes em razão de sua capacidade para a realização de alguns atos da vida civil – é, portanto, limitada de acordo com sua limitação.

Importa, no entanto, para o presente trabalho científico, que os deficientes detêm – em razão das alterações que atualmente vigem no ordenamento brasileiro – capacidade civil plena.

2.8 Do tratamento

O tratamento da pessoa com deficiência mental é baseado em terapia medicamentosa e terapias alternativas.

Os principais médicos que atuam nessa área são psiquiatras e neurologistas, entre outros especialistas.

Outras formas de tratamento da deficiência mental são realizadas por meio de terapias, e dentre estas estão a Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Psicologia, e Psicopedagogia. Estes profissionais podem atuar por meio de terapias convencionais, em clínicas, consultórios e/ou domicílios, e conjuntamente com outros métodos e abordagens, como equoterapia, hidroterapia, *Pedia Suit*, Método *Pecs*, integração sensorial, entre outros.

É importante ressaltar que toda forma de tratamento é individualizada, que cada pessoa de ser submetida por uma anamnese e em seguida por uma avaliação, para então ser encaminhadas às terapias adequadas as suas necessidades.

2.9 Da sexualidade do deficiente mental

A sexualidade da deficiência mental é um tema que causa muito espanto e curiosidade na sociedade em geral, despertando os mais diversos sentimentos possíveis.

Assim como qualquer pessoa, o deficiente mental também precisa manifestar sua sexualidade, porém, o modo como isto é feito pode ser constrangedor. Esta situação precisa ser tratada de forma correta, de maneira a trazer benefícios para o mesmo. Já a repressão desse ato, não fará com que este comportamento cesse, pode por outro lado, deixá-lo mais agressivo e angustiado.

Quando bem instruída e orientada, a sexualidade beneficia o desenvolvimento afetivo, oportunizando a capacidade de se relacionar, desenvolvendo assim a autoestima e uma melhor adequação à sociedade.

A respeito da sexualidade Almeida (2010, p. 01) diz:

A sexualidade é um dos aspectos essenciais para o equilíbrio psicossomático e o desenvolvimento integral do ser humano. No caso da sexualidade das pessoas com deficiência mental, o preconceito e a

discriminação colaboram para uma perspectiva de que a pessoa com deficiência não tem direito a exercer a sua sexualidade porque não é capaz.

A sexualidade deve ser encarada como uma maneira de expressar a afetividade, ademais, é primordial na formação da personalidade do ser humano, e as expressões de sexualidade dos deficientes mentais não devem ser repreendidas, mas sim abordadas como algo natural.

É preciso entender e assentir a sexualidade como ferramenta de relacionamento e não exclusivamente como ato sexual.

O desenvolvimento sexual do deficiente mental é pouco conhecido, sobretudo pelo fato de que, como apresenta um déficit relativo aos mecanismos de repressão e autocrítica, fruto de seu déficit cognitivo, suas relações interpessoais se processam de forma alterada de modo que qualquer manifestação de sua sexualidade é vista, e como tal catalogada e tratada, no âmbito dos distúrbios de conduta.

Isso ocorre porque o deficiente é imaginado como uma eterna criança, sem os padrões de crítica e valores que lhe permitam desfrutar o mundo adulto. Assim, suas manifestações de sexualidade são vistas, primeiro, com surpresa e, a seguir, com o medo decorrente das ideias que as consideram como imprevisíveis e incontroláveis.

O desenvolvimento não se refere apenas à maturação física e suas funções; inclui também a compreensão de si próprio e das reações emotivo-intelectuais às mudanças corporais, bem como sua apreciação sobre os papéis sexuais e sociais culturalmente adequados.

A conduta sexual, portanto, será mais ou menos elaborada de acordo com o grau de deficiência intelectual que o indivíduo possui vez que esse déficit lhe proporciona maior dificuldade na organização de seu ser e, em consequência, de sua relação com o mundo.

Conforme Bortolozzi e Ribeiro (2011, n.p.), o preconceito a respeito da sexualidade da pessoa com deficiência mental, criou-se um serie de mitos:

1. Pessoas com deficiência são assexuadas: não têm sentimentos, pensamentos e necessidades sexuais;
2. Pessoas com deficiência são hiperssexuadas: seus desejos são incontroláveis e exacerbados;

3. Pessoas com deficiência são pouco atraentes, indesejáveis e incapazes para manter um relacionamento amoroso e sexual;
4. Pessoas com deficiência não conseguem usufruir o sexo normal e têm disfunções sexuais relacionadas ao desejo, à excitação e ao orgasmo;
5. A reprodução para pessoas com deficiência é sempre problemática porque são pessoas estéreis, geram filhos com deficiência ou não têm condições de cuidar deles.

É perceptível nos mitos citados acima a maneira preconceituosa que as pessoas têm de compreender a sexualidade do indivíduo com deficiência mental, o que dificulta a vida sexual e afetiva desses indivíduos. Diante disso é necessária a desmistificação desse tema para se possa ter realmente uma sociedade inclusiva.

Os direitos sexuais detêm o objetivo de promover a liberdade: a liberdade de gerar ou não um feto, de escolher quantos irá gerar e de ter a vida sexual em sua privacidade. Agindo sobre a dignidade da pessoa humana, em que fica responsável o Estado por caucionar meios para a saúde sexual, faz-se necessário notar que estes direitos constituem direitos humanos, e por consequência são estendidos como direitos fundamentais.

3 DO CRIME DE ESTUPRO

A função sexual decorre de instinto de significância profunda, primordial e infinita dos seres vivos monocelulares ou pluricelulares, vertebrados e invertebrados, inferiores e superiores, com o intuito de buscar a continuidade da espécie através da reprodução. Esta é sua finalidade causal.

Conjuntamente à função sexual, o instinto sexual é, a princípio, destinado à função reprodutora; vê-se, no entanto, a possibilidade de seu uso para a satisfação do prazer genésico – isto nos seres que se traduzem em maior complexidade.

Na medida em que é instinto humano, a sexualidade e a relação sexual não devem ser analisadas tão-somente por seu aspecto biológico, isto é, também pelas óticas social e jurídica, vez que ambos são traçados de característica em comum: regram valor ao aceitável e ao inaceitável.

Alessandra Greco e João Rassi (2010, p. 120) ensinam:

[...] cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é “certo” ou “errado” no comportamento sexual e, estabelecido o mínimo de valoração sobre o que é “certo” ou “errado”, “positivo” ou “negativo” na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época.

Desta feita, os parâmetros utilizados à adequação das leis à conduta sexual aceitável dos indivíduos devem ser mutáveis – adequando-se e alterando-se a esta ou àquela cultura e época.

Estabeleceu-se, a partir daí, ao longo da história, limites os quais se responsabilizaram por limitar a manifestação inata do homem, perfazendo-se de controle social, leis, moral e religião para tanto; a disciplina que o fez, notadamente, foi o direito penal – é o ilustrado por Alessandra Greco e João Rassi (2010, p. 123).

O presente ramo do direito guarda preocupação com tema, porquanto se relaciona a outros fatores, tais como o adultério, a prostituição, a sociedade, e todos os bens jurídicos tutelados pelo direito que envolve a sexualidade.

3.1 Do conceito de estupro

O crime de estupro é classificado como um tipo de crime sexual. Entretanto, suas origens remontam expressões em latim, demonstrando a antiguidade do crime.

O vocábulo “estupro” é derivado da expressão latina *stuprum*, conforme ensina Costa Junior (1999, p. 254):

No direito romano equivalia a qualquer congresso sexual indevido, compreendendo inclusive a pederastia e o adultério. Não deixa de ser uma forma especial de constrangimento ilegal, em que a tutela recai, primacialmente, sobre os costumes.

Antes da alteração legislativa trazida pela Lei nº 12.015/2009, o Código Penal previa o estupro em seu artigo 213 como sendo “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: pena – reclusão, de seis a dez anos”.

Nos dizeres de Mirabete (2006, p. 452), “trata-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal”.

Caracteriza-se, portanto, ao ato de obrigar, forçar a vítima – do sexo feminino –, por violência ou grave ameaça, a praticar com o agente a conjunção carnal.

Como sendo crime, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual.

Entende-se por liberdade sexual a vontade livre de que é portador o indivíduo, sua autodeterminação no âmbito sexual, ou seja, a capacidade do sujeito (PRADO, 2014, p. 1025-1026):

De dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si, como no concernente à escolha de seu parceiro, [...] na capacidade de se negar a executar ou tolerar a realização por parte de outro, atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente.

A liberdade sexual se configura como uma parcela da liberdade pessoal, sendo, porém, tutelada de modo autônomo.

Diante da atual redação do artigo 213 do Código Penal, podem ser visualizadas duas modalidades de conduta, ou seja, “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça [...] a ter conjunção carnal; e [...] ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Tem-se base para que, brevemente, o crime seja estudado em seu aspecto histórico.

3.2 Dos aspectos históricos do estupro

A liberdade sexual sempre deteve proteção desde os povos antigos, isto porque o estupro era considerado crime, possuindo severas penas para o agente; além de ser um comportamento reprovável à sociedade.

Vê-se o que acima se exarou a partir da legislação mosaica:

[...] se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem, o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 siclos de prata ao seu pai. (PRADO, 2010, p. 596-597).

A penalidade trazida pela legislação mosaica demonstra a severidade do crime, podendo ocorrer ao agente: sua lapidação, apedrejamento, casamento do agente com a vítima, ou até mesmo pagamento de um dote ao pai da vítima para que este conseguisse posteriormente um casamento para sua filha, vez que no período mencionado, o papel da mulher era exclusivamente a reprodução e a manutenção do lar e da família (PRADO, 2010, p. 599-600).

Por sua vez, o Código de Hamurabi descrevia em seu artigo 130: “[...] se alguém viola mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre”.

No antigo Egito, o estupro recebia a pena de mutilação, nos dizeres de E. Magalhães Noronha (2005, p. 421); na Grécia, o estupro era punido com pena

de multa e, posteriormente, foi apenado com pena de conforme – nos relatos de Renato de Mello Jorge Nogueira (*apud* Noronha, 2005, p. 422).

Surgido o termo *stuprum* no Direito Romano, este era possuidor de dois sentidos, quais sejam: o *lato sensu* englobava qualquer ato impudico contra homem e mulher, e o *stricto sensu* abrangia somente o coito com a mulher virgem ou casada, mas honesta. O *stuprumviolentum* situava-se na modalidade de *crime vis*, sendo delito reprimido pela *Lux Julia de vi publica*, possuindo pena capital, conforme ilustra Regis Prado (2014, p. 1027).

Ainda no Direito Romano, o crime era classificado como (PRADO, 2014, p. 1027):

[...] *violentum* e *voluntarium*, dividindo-se o último em *proprium*, caso ocorresse a *defloratio* do ato sexual e *improprium*, na hipótese de não ter ocorrido tal resultado. Denominavam *stuprumqualificatum* as cópulas carnavais precedidas de violência, fraude e sedução.

Dessarte, a classificação para o estupro englobava o violento e o voluntário: estese subdividia em próprio – havendo defloração no ato sexual –, e impróprio, quando tal não ocorrida. As cópulas carnavais precedidas de violência, fraude e sedução eram tipificadas como espécie de estupro qualificado.

No Direito Germânico, o delito detinha pena mais severa; por outro lado, no Canônico, só restaria configurado o estupro nos casos em que a mulher fosse virgem – caso contrário não haveria crime. (PRADO, 2014, p. 1030)

A seu turno, o Direito Espanhol punia a presente infração penal com pena de morte: a *Fuero Viejo*, a qual castigava com pena capital, ou com a chamada de *declaración de enemistad*, que permitia a decretação de morte do agente por seus familiares. (PRADO, 2014, p. 1030)

Por fim, quanto ao Direito Francês, havia distinção entre o crime de estupro e de rapto violento. Aquele constituía emprego de força contra virgem, mulher ou viúva, com o intuito de obtenção de conjunção carnal; este, por sua vez, consistia na subtração violenta de mulher, virgem ou viúva, de qualquer idade, com a finalidade de abusá-las contra sua vontade. Entretanto, com o advento do Código de 1810, modificou-se o conceito, onde o rapto passou a ser destinado à subtração de menores. (PRADO, 2014, p. 1030).

3.2.1 Evolução histórica do delito de estupro nas correntes legislações brasileiras

Até o ano de 1500, as sociedades existentes, no que hoje é o território brasileiro, encontravam-se ainda na fase da vingança privada, com a presença do talião e da perda da paz (NUCCI, 2005, p. 60)³. Neste período, o rapto e o adultério da mulher eram punidos, no geral, de formas muito severas, apesar das diferenças de tratamento estabelecidas pelas diversas tribos (PIERANGELI, 2001, p. 42). Entretanto, estas manifestações de direito ditas primitivas, que se constituem nos primeiros movimentos da evolução histórica da pena (BITTENCOURT, 2007, p. 45), não tiveram qualquer papel na formação do direito penal brasileiro (TELES, 2004, p. 61)⁴, cujas origens podem ser delimitadas na legislação portuguesa imposta na colônia (PIERANGELI, 2001, p. 45)⁵.

No Brasil Colonial, os primeiros traços legislativos que entraram em vigor foram as Ordenações Afonsinas (1500-1514)⁶ e as Manuelinas (1514-1603), seguidas das Ordenações Filipinas (1603-1916). As duas últimas fundavam-se em preceitos religiosos, os quais confundiam o crime com o pecado e com a ofensa

³Perda da paz é como se convencionou chamar a expulsão do agente delincente do grupo a que pertencia como forma de punição, nos primeiros movimentos da história da evolução da pena. Isso porque a penalização das condutas violadoras das regras dos grupos visava a aplacar as iras dos deuses. Para entender o significado da perda da paz, é valorosa a lição de Von Hentig, ao afirmar que *“em condiciones de vida primitivas sólo hay grupos, compuestos de miembros, no individuos. Los gigantes, los devoradores de hombres y los ciclopes podían vivir solitarios por sí mismos. Pelo los hombres corrientes solamente unidos podían hacer frente a la prepotencia de las fuerzas de la naturaleza, y a los enemigos humanos, fieras y fantasmas. Únicamente manteniéndose reunidos obtenían protección y seguridad. Nacen instintos gregarios, la tendencia al hogar, al conformismo y a la concidencia. Por eso la separación coactiva de un miembro del grupo no es sólo un peligro mortal, sino también un profundo trauma psíquico”*. (HENTIG, Hans Von. **La pena**. Vol. I. Traduzido por José María Rodríguez Devesa. Madrid: Escape-Calpe, 1967, p. 117). Assim, punia-se o violador da regra para que o grupo não fosse punido pelos deuses. A punição, como regra, consistia na “expulsão do agente da comunidade, expondo-o à sua própria sorte”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60).

⁴TELES, Ney Moura. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004, p. 61. Como ensina Bruno: “as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país em nada influíram, nem então, nem depois, sobre a nossa legislação penal” (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. T. I. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97).

⁵ Sobre a constituição e legislação portuguesa que, posteriormente fora trazida para a Colônia, ver, dentre outros:

⁶Curiosamente, afirma Pierangeli que “as Ordenações Afonsinas nenhuma aplicação tiveram no Brasil, pois, quando em 1521, foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, nenhum núcleo colonizador havia se instalado no nosso país”.

moral, punindo-se severamente os hereges, os apóstatas, os feiticeiros e os benzedores com penas cruéis⁷. (FRAGOSO, 2003, p. 70).

As Ordenações Filipinas previam no Livre V, Título XIII, o estupro voluntário de mulher virgem, que acarretava para o aturo a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima⁸. Caso o autor não dispusesse de bens, era açoitado e degredado, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo. O estupro violento foi inserido no Título XVIII⁹ e era reprimido com a pena capital. A pena de morte subsistia ainda que o autor se casasse com a ofendida após o crime. (PIERANGELI, 2003, p. 72).

Vigendo até 1830, as Ordenações Filipinas foram sucedidas do Código Criminal do Império, na medida em que, por influência da Escola Clássica, significou o início da história da codificação penal brasileira. (PIERANGELI, 2003, p. 72).

O Código Criminal do Império de 1830 caracterizou-se pelo esboço de uma individualização da pena, pela existência de atenuantes e agravantes, e por um julgamento especial para os menores de 14 anos; todavia, a pena de morte ainda se encontrava prevista¹⁰.

Referenciado Códex elencou vários delitos sexuais sob a rubrica genérica de “estupro”. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação.

⁷ Segundo Fragoso: “A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldades. Eram previstas: a pena de morte natural (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); morte natural cruelmente (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juizes); morte natural pelo fogo (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); morte natural para sempre (enforcamento, ficando o cadáver até o apodrecimento). Havia ainda penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregava-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da intimação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião. Muitos delitos constituem incriminações fundadas em ridículas beatices.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70-71).

⁸ “Título XIII: Dos que commettem pecado de sodomia, e com alimárias; Título XIV: Do infiel, que dorme com alguma Christã, e do Christão, que dorme com infiel [...]” (ALMEIRA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Livros IV e V. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 1162-1184).

⁹ “Do que dorme per força com qualquer mulher ou trava della, ou a leva per sua vontade” – a expressão “trava della” deve ser entendida como “travar alguém”, ou seja, agarrar-lhe, tomar-lhe (PIERANGELI, op. cit., 2003, p. 70-71).

¹⁰ “Art. 38. A pena de morte será dada na forca”.

O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222¹¹, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos, mais a constituição de um dote a favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão.

O Código Penal de 1890, nominado como Código Criminal da República, por sua vez, inovando a legislação penal até então existente, intitulou o estupro como a cópula violenta, em seu artigo 269, estabelecendo as penas no artigo 268. O Código trazia os crimes de atentado violento ao pudor e estupro sob o título de “violência carnal”¹², no âmbito de proteção da “segurança da honra, honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”.

Mencionada Norma Penal, ainda, à luz da Constituição de 1891 e dos postulados positivistas, aboliu a pena de morte e as penas cruéis, contemplando as penas de prisão celular, de banimento, de reclusão, de prisão com trabalho, de prisão disciplinar, de interdição de direitos, de suspensão e perde e emprego público e multas.

Diferentemente do que ocorria com as legislações anteriores, até o Código de 1830, inclusive, a estruturação republicana restringia o estupro à violência sexual contra a mulher, deixando para o atentado violento ao pudor, ou para outras tipificações específicas, os demais comportamentos sexuais, tais como o defloramento, os contatos sexuais entre o mesmo sexo, a sedução, etc.

O Código Penal de 1940 representou um avanço técnico indiscutível na redação dos crimes sexuais, vez que se tratava de legislação eclética, como dispõe sua Exposição de Motivos, não assumindo compromisso com qualquer das escolas

¹¹ “Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas: de prisão por tres a doze anos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas: de prisão por um mez a dousannos”.

¹² “TITULO VIII. Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor. CAPITULO I. DA VIOLENCIA CARNAL. Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: pena: de prisão celular por um a seis annos. Paragraphounico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem. Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude: pena: de prisão celular por um a quatro annos. Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: pena: de prissão celular por um a seis annos. §1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: pena: de prisão celular por seis mezes a dousannos. §2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte. Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego de força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir o defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos”. (Decreto nº 847/1890).

ou correntes que disputavam o acerto na solução dos problemas penais. Aproveitou-se, portanto, do que melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal.

Nesta legislação – o Código Penal de 1940 – o delito de estupro vinha previsto no artigo 213 e consistia em constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, enquanto o atentado violento ao pudor, do artigo 214, punia o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.¹³A diferença essencial dos dois crimes é que, no estupro, o dolo consiste na vontade livre e consciente de constranger a vítima à conjunção carnal (introdução do pênis no corpo da vítima por via vaginal) e no atentado violento ao pudor, a intenção do agente é a prática de ato libidinoso diferente da conjunção carnal. (SOUZA, 2004, p. 22).

A reforma penal instituída pela Lei 12.015/2009 operou profundas transformações em relação aos delitos sexuais (Título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual), com a inclusão de novos dispositivos, revisão e exclusão de outros.

O legislador de 2009 soube inovar em alguns aspectos no tratamento desses crimes, com intuito de afastar qualquer ranço arcaico e inapropriado e referente à ideia de moral e bons costumes presente na versão original do Código Penal, por influência da lei italiana, afastando assim conceitos em desuso ou em contradição com o autor momento histórico-social e cultural, como, aliás, têm feito outras legislações.

Todavia, convém frisar que a reforma deixou também a desejar em vários pontos, inclusive na própria redefinição do bem jurídico protegido – nem sempre muito claro –, na manutenção de certos tipos de necessidade duvidosa ou mesmo no emprego de técnica legislativa deficiente.

Ademais, poderia ter o legislador ido além, reestruturando por inteiro o conjunto dos delitos sexuais em uma versão de sistematização mais moderna e de superior técnica, a exemplo, sobretudo, das leis francesa (artigo 222-22, código

¹³ “Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena: reclusão de três a oito anos; Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão de dois a sete anos”.

penal francês), portuguesa (artigo 163, código penal, português) e espanhola (artigo 178, código penal espanhol).

No que tange especificamente ao delito de estupro, fez-se uma junção de conteúdos, com equiparação terminológica entre as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor, que acabaram fusionadas sob o nome de estupro.

Em relação ao novo delito de estupro, emerge como de particular interesse a concepção denominada “toda penetração”, introduzida pela lei francesa de 1980 e consagrada pelo Código Penal de 1994, que tem exercido grande influência na construção do tipo legal de estupro.

De conformidade com a evolução doutrinária e legal, o tipo de injusto de estupro vem sendo definido de modo mais abarcante e completo, com o objetivo de propiciar também uma melhor diferenciação em relação a outros atos libidinosos de menor gravidade em obediência ao princípio da proporcionalidade. É certo que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o coito anal; entretanto, não deixa de ser considerado estupro, conforme a disciplina da lei brasileira vigente, sendo que tal distinção deve ser aferida por ocasião da aplicação da pena.

Ainda nessa perspectiva, importante teria sido a previsão de agravantes, tais como, o emprego de arma de fogo ou outro meio igualmente perigoso; em razão da orientação sexual da vítima; ou quando esta última esteja em estado de gravidez que o agente sabia ou devia saber.

3.3 Análise legal do crime de estupro

Em sentido estrito, o bem jurídico protegido pelas normas do capítulo I, do Título VI do Código Penal é a liberdade sexual, ou seja, a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais.

O presente crime é tipificado no Código Penal brasileiro em seu artigo 213, o qual aduz:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

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

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

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

§2º. Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O tipo penal protege de modo amplo todas as pessoas, sem nenhuma distinção, que devem ter tutelado o seu direito à liberdade sexual, e que, portanto, não podem ser compelidos a satisfazer a lascívia ou lúbricos de outrem.

3.3.1 Da tipicidade objetiva e subjetiva

A conduta incriminada pelo legislador no artigo 213 consubstancia-se no constrangimento (forçar, compelir, obrigar) alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal¹⁴ ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso¹⁵.

Observa-se que a conduta atinge tanto o agente que constrange a vítima e realiza o ato libidinoso quanto àquele que submete à vítima a situação passiva, permitindo que com ela seja praticado o ato.

Faz-se necessária o contato entre o agressor e o corpo da vítima; ou, pelo menos, que haja ação em torno do corpo desta.

Também, é necessário manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que é superada pelo uso da violência ou grave ameaça.¹⁶

A “violência” diz respeito à violência física (*vis corporalis* ou *phisica*).¹⁷

¹⁴ “Conjunção carnal” é elemento normativo extrajurídico do tipo, consistente na cópula vaginal entre homem e mulher.

¹⁵ “Ato libidinoso”, também sendo elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência, tais como: a masturbação, o coito anal, o sexo oral, a contemplação da lasciva; e os toques com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores).

¹⁶ Em um entendimento amplo de violência, considera-se para efeitos de configuração do crime que, “nos casos em que haja, porventura, algum consentimento da vítima no desenrolar do acto, tão só e apenas para evitar o maior de ser brutalizada com agressões físicas, sejam, mesmo assim, considerados como situações de violação”, pois se trata, na verdade “de impedir a valoração do consentimento da vítima quando este não é totalmente livre” (LOPES, J. M. **Os crimes contra a liberdade sexual no Código Penal**, p. 36).

¹⁷ A violência “consiste na força necessária para a obtenção da conjunção carnal não consentida, pela qual a vítima é submetida da maneira absoluta ao poder do agente, tornando impossível ou inoperante a oposição e a resistência da mesma (sic)” (MESTIERI, J. p. 73).

A “grave ameaça” (*vis compulsiva* ou *moralis*) é aquela que causa grande temor à vítima, a ponto de esta, com receio de sofrer o mal prometido pelo autor, sujeitar-se à conjunção carnal ou ao ato libidinoso.¹⁸

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, expresso pela consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto. Exige-se ainda o elemento subjetivo do injusto, consistente em particular tendência ínsita no sujeito ativo, que se identifica com a tendência de envolver a outra pessoa em um contexto sexual, afirma DíezRipollés. (2008, p. 279)

A consumação do crime se perfaz com a cópula carnal, isto é, com a introdução do pênis na cavidade vaginal, mesmo que de forma parcial, ou ainda com a prática do ato libidinoso objetivado pelo agente (delito de lesão).

A tentativa é admissível, quando o agente, apesar de desenvolver atos inequívocos direcionados ao estupro, não consegue atingir a consumação, por circunstâncias alheias à sua vontade.

3.3.2 Das formas qualificadas

O delito é qualificado quando a conduta ocasiona lesão corporal de natureza grave¹⁹ ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos e, ainda, se resulta morte. As formas qualificadas foram introduzidas pela lei nº 12.015/2009.

Nas hipóteses consignadas de sua qualificação, trata-se de delito qualificado pelo resultado, em que há dolo na conduta antecedente e culpa na consequente. Existe, na espécie, unicidade complexa entre delito sexual violento e delito culposo, funcionando este último como condição de maior punibilidade.

Ressalte-se que, tendo o agente a intenção de atingir os resultados qualificadores, ou seja, quando há dolo na conduta antecedente e na consequente, há concurso material (artigo 69, código penal) entre o delito sexual praticado e o delito de lesão corporal grave ou homicídio.

¹⁸ Tem-se nesse caso o empregado a violência moral, “isto é, a manifestação (por palavras, atos ou sinais) do propósito de causar a alguém um mal. Dá-se com ela a subjugação da vontade alheia pelo medo” (HUNGRIA, Nelson, p. 111).

¹⁹ Convém registrar que a lesão corporal e natureza leve ou as vias de fato decorrentes da violência empregada pelo agente perfazem exigência do tipo objetivo, sendo absorvidas pelo estupro.

3.3.3 Da pena e da ação penal

A pena cominada ao delito de estupro é de seis anos a dez anos de reclusão (artigo 213, *caput*, Código Penal). Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos, a pena é de reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Se, entretanto, resulta morte, é de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A nova Lei 13.718/18 revogou o Parágrafo Único do artigo 225 do Código Penal, tornando a ação penal, indistintamente e invariavelmente, pública incondicionada, o que já acontecia para os crimes de estupro de vulnerável.

Havendo violência real contra a vítima, a ação também será pública incondicionada, nos termos da Súmula 608 do STF; isto significa que independentemente da idade do sujeito passivo do delito, decorrendo lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima, a ação penal não depende da sua representação.

3.4 Do estupro de vulnerável

A tutela penal, no presente caso, visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, notadamente a intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual. São os menores de 14 (catorze) anos, bem como aqueles que – e elementares ao epigrafado trabalho monográfico -, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. É esta a redação do presente artigo:

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.

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino, desde que maior de dezoito anos, configurando assim delito comum.

Por sua vez, o sujeito passivo pode ser pessoa do sexo masculino ou feminino, desde que esteja na faixa etária inferior aos catorze anos ou esteja em estado de vulnerabilidade.

O conceito de vulnerabilidade é pouco preciso e, por isso, deve ter em princípios seus contornos delimitados pelo legislador. Dessa forma, o próprio tipo penal determina quem são as pessoas consideradas vulneráveis, e o faz de mais taxativo quanto ao *caput* do artigo 217-A.

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, do estado ou da condição da pessoa, diz respeito à sua capacidade de reagir a intervenções de terceiro quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la. (PRADO, 2014, p. 1052)

É de se notar que, ao contrário do delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, o dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima; basta, aqui, o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos.

A ação penal, por sua vez, como perfaz o artigo 225 do Código Penal, é a pública incondicionada, vez que a vítima, nestes casos, é vulnerável.

Conforme Vedana (2018, p. 03) *apud* Rogério Sanches (2017):

O Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei 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 Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo.

Com o advento da Lei 12.015/2009, revogou-se o artigo 223, e o seguinte artigo – art. 224 –, substituiu as hipóteses legais da presunção de violência pela criação da figura do vulnerável.

LEI 13.718 DE 24 DE SETEMBRO DE 2018

Em setembro de 2018 a Lei 13.718 acrescentou ao artigo 217-A do Código Penal um novo parágrafo, sendo:

"Art. 217-A

(...)

§ 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime."

A jurisprudência e doutrina sempre discutiram a respeito da presunção de violência, ser relativa ou absoluta, como também a respeito da vulnerabilidade naqueles casos em que a relação sexual envolver menor de 14 anos.

O STJ com a edição da súmula 593 se posicionou pela presunção absoluta de violência.

Com o advento da nova lei, o crime de estupro de vulnerável deve ser punido independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriores ao crime.

Portanto, será irrelevantes penais, o consentimento e a experiência sexual da vítima, como também seu relacionamento anterior com o agente.

4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS SEXUAIS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Os direitos sexuais são direitos inerentes aos seres humanos, sendo fundamentais para a qualidade de vida e o exercício de sua cidadania – artigo 5º da Constituição Federal.

Ocorre que os portadores de deficiência, por serem considerados como incapazes antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), não tinham como reconhecidos seus direitos civis, tampouco os sexuais; daí adentrava no conceito de vulnerabilidade penal, e, portanto, não havia reconhecimento jurídico de seus direitos sexuais, isto porque a prática sexual mesmo que consentida era tipificada como crime (artigo 217-A Código Penal).

Através da inovação legislativa (Lei nº 13.146/2015), reconheceram-se, assim, seus direitos sexuais. Vê-se, todavia, que há aparente antinomia; entretanto, quando da análise do ordenamento jurídico brasileiro – interpretando-o sistematicamente –, notadamente o Código Civil de 2002 e o Estatuto de Pessoa com Deficiência, a antinomia desaparece, porquanto referidas legislações deixaram de considerar a pessoa portadora de deficiência como incapaz e, portanto, vulnerável.

Faz-se necessária, em primeiro momento, a análise histórica da proteção ao deficiente no ordenamento jurídico pátrio.

4.1 Histórico normativo de proteção à pessoa portadora de deficiência

Como já demonstrado nos capítulos anteriores, a pessoa portadora de deficiência nem sempre deteve proteção social, tampouco legal.

Ensina Piovesan (2013, p. 46), através do histórico de construção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, que esta compreende quatro fases:

- a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que esta simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase, orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, estando o foco no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma

quarta fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos.

No sentido de sua integração social, Sasaki (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 [...]

E corrobora o entendimento (2006, p. 34):

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.

Em breve trajetória, no que concerne a evolução legislativa da proteção à pessoa portadora de deficiência pátria, pode-se aferir que nas Constituições de 1824 e 1891, não resta observado nenhum tipo de norma que se refere a estas pessoas.

Entretanto, na Constituição de 1934, como acentua Luiz Aberto David Araújo (1997, p. 58), nasce “um embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa deficiente”, ao tratar em seu artigo 138 que a União, os Estados e os Municípios são incumbidos de assegurar amparo aos desvalidos, criança serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar.

A seu turno, as Constituições de 1937, 1946 e 1967, não trouxeram inovações, tampouco avanços quanto à matéria; em verdade, restringiram-se a garantir o direito à igualdade, com breve menção ao direito previdenciário em caso de invalidez do trabalhador (ARAÚJO, 1997, p. 60).

Por outro lado, aduz Araújo e Maia (2014, p. 66) que a primeira Constituição que tratou das pessoas com deficiência foi a de 1967, vez que através da Emenda Constitucional nº 12, que embora não incorporasse o texto constitucional, visava a eliminação do preconceito e a inclusão do grupo de pessoas.

Segundo mesmo doutrinador (ARAÚJO, 1997, p. 62), no Ano Internacional da Pessoa Deficiente (1981), significativas mudanças fizeram com o que Brasil avançasse no atendimento às pessoas portadoras de deficiência.

A Constituição de 1988, por sua vez, na tentativa de concretizar o princípio da isonomia, traduziu-a em diversos dispositivos ao longo de seu texto, além da regra genérica presente no art. 5º, *caput*, a Carta de Direitos. De forma aclarar a proteção à pessoa portadora de deficiência, trouxe-se, no texto constitucional, o artigo 7º, XXXI, a garantia da “proibição de qualquer discriminação no tocante ao salário e aos critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (ARAÚJO, 1997, p. 70).

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi redigida com o objetivo de assentar definitivamente os direitos fundamentais da humanidade e a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência (Convenção da Guatemala), visou, por meio da assinatura dos Estados-membros a partir de 08 de julho de 1999, observar os princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação a partir dos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos mencionada. O preâmbulo da Convenção da Guatemala consagra o comprometimento dos Estados-partes que assinassem a convenção:

REAFIRMANDO que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano; CONSIDERANDO que a Carta da Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 3, j, estabelece como princípio que "a justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura"; PREOCUPADOS com a discriminação de que são objeto as pessoas em razão de suas deficiências; [...] COMPROMETIDOS a eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas portadoras de deficiência

No mesmo sentido, evidencia o artigo II da Convenção guatemalteca que o principal objetivo do tratado é “prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade”. Mencionada norma foi promulgada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 3.856 de outubro de 2001, fazendo com que o Brasil adotasse medidas de caráter legislativo, social, educacional, ou quaisquer outras naturezas e fossem necessárias à eliminação da discriminação das pessoas portadoras de deficiência.

Editada no ano seguinte à promulgação da Carta Magna, a Lei nº 7.853/1989 criou a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), a qual disciplinou, entre outros pontos, o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social.

Dentre outras medidas legislativas as quais buscaram a integração da pessoa portadora de deficiência à sociedade, é possível citar as costas em empresas privadas, o acesso à educação, a não discriminação, entre outros. Afere-se, a partir daí que não há atraso do legislador brasileiro quanto à manutenção dos direitos individuais dos portadores de deficiência – preocupando-se tanto social quanto juridicamente com estes indivíduos.

Constante na busca ao oferecimento de garantias individuais às pessoas portadoras de deficiência, à luz do princípio da dignidade humana, sobreveio a Convenção Internacional dos Direitos dos Deficientes, responsável por ser verdadeiro marco histórico na proteção desses indivíduos.

4.2 Da convenção internacional dos direitos das pessoas com deficiência

Através de relatório divulgado, a Organização Mundial da Saúde (OMS) descreveu que mais de um bilhão de pessoas no mundo possuem algum tipo de deficiência – cerca de 15% da população mundial.

Por outro lado, no âmbito nacional, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou pesquisa e verificou que cerca de 45 milhões de indivíduos se declaram portadoras de alguma deficiência – o número corresponde a cerca de 24% da população brasileira.

Diante da vastidão de indivíduos que se autodeclaravam deficientes, organizações mundiais abordaram de forma mais profunda a questão da deficiência; em dezembro de 2006, então, na cidade de Nova York, ocorreu a Convenção Internacional Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.

Segundo Ana Carolina Del Castillo (2015, p. 45):

Elaborada ao longo de 4 anos, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – 2007 contou com a participação de 192 países membros da ONU e de centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo. Em 13 de dezembro de 2006, em sessão solene da ONU, foi aprovado o texto final deste tratado internacional, firmado pelo Brasil e por mais 85 nações, em 30 de março de 2007, cuja finalidade é proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência. As Partes da Convenção são obrigadas a promover, proteger e assegurar o exercício pleno dos direitos humanos das pessoas com deficiência e assegurar que gozem de plena igualdade perante a lei. Esse texto da convenção foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e promulgado pelo Brasil em 25 de agosto de 2009.

O principal objetivo da convenção foi adequar a sociedade à pessoa portadora de deficiência, vez que o conceito existente até então era o de que a pessoa devia se adequar à sociedade; os direitos humanos foram vastamente utilizados em referida convenção, a fim de que haja definitivamente a eliminação de toda e qualquer barreira existente, fazendo com que realmente houvesse inclusão.

Faz-se necessária a transcrição do artigo 1º da Lei nº 13.146/2015, que dispõe:

Artigo 1º - É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), 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 e cidadania. Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

Ademais, é oportuno reproduzir o artigo 2º da convenção, a qual define conceitos utilizados nela própria:

Artigo 2 - Para os propósitos da presente Convenção:

“Comunicação” abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis;

“Língua” abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada;

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

“Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O ‘desenho universal’ não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

Aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, ratificada em 2008 e promulgada pelo Decreto federal nº 6.949/2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consubstanciou-se em inestimável documento jurídico e histórico, representando, finalmente, a possibilidade e tentativa dos Estados ratificadores da Convenção à inclusão social das pessoas portadoras de deficiência.

Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior (2007, p. 09) exara que:

Trata-se de um importante instrumento legal no reconhecimento e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e na proibição da discriminação contra as estas pessoas em todas as áreas da vida, incluindo ainda previsões específicas no que respeita à reabilitação e habilitação, educação, saúde, acesso à informação, serviços públicos, etc. Simultaneamente à proibição da discriminação, a Convenção responsabiliza toda a sociedade na criação de condições que garantam os direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Referenciada norma, além de ser importantíssimo à inclusão dos indivíduos portadores de deficiência, ganhou destaque histórico, uma vez que se trata do primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado nos termos do

art. 5º, §3º da Carta Maior, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (MAIOR, 2007, p. 10).

Sancionado em 2015, a Lei Federal nº 13.146 instituiu a Lei Brasileiro de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor no dia 04 de janeiro de 2016.

Mencionada norma foi instituída com o fim de regulamentar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual aduz a capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, reconhecendo tanto seus direitos civis quanto trabalhista e sexuais – ou seja, em todos os aspectos de suas vidas.

Supramencionada Lei Federal garante uma série benefícios e traz medidas que visam maior igualdade e inclusão na sociedade da pessoa portadora de deficiência. Além do que, Araújo e Costa (2015, p. 23), analisam:

Pelo último Censo, constatou-se que o percentual de pessoa com alguma deficiência corresponde a 23,9% da população brasileira. Esse grupo, no entanto, não se surpreendeu quando tomou conhecimento da nova lei. Na verdade, a lei é a execução minuciosa de um arranjo internacional do qual o Brasil participou e que teve a sua internalização pelo Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008 e pelo Dec. 6.949, de 25.08.2009. Ao assinar e ratificar, na forma do § 3.º, do art. 5.º, da CF/1988, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil se comprometeu a implementar medidas para dar efetividade aos direitos lá garantidos. Assim, sob essa ótica, a nova lei não traz nenhuma novidade que venha a surpreender o leitor. Apenas é a execução de uma Convenção que integrou o sistema normativo brasileiro, com hierarquia de Emenda à Constituição, tudo na forma do mencionado § 3.º, já anunciado. Assim, por enquanto, esse é o único pacto internacional aprovado na forma prevista pela abertura permitida pela EC 45/2004, que acolheu pleito da comunidade de Direitos Humanos. Pouco surpreendeu, portanto, quem já vinha acompanhando os dizeres da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é “[...] indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis” (STOLZE, 2015, p. 90), considerada como um dos mais avançados diplomas normativos na defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.

O alcance de suas normas, pois, é verdadeira conquista social não só às pessoas portadoras de deficiência, mas também à sociedade, com vistas à equidade.

4.3 Do conflito entre a vulnerabilidade da pessoa portadora de deficiência e o crime de estupro de vulnerável

Como foi visto ao longo do deste trabalho monográfico, o comportamento da sociedade em face às pessoas portadoras de deficiência evoluiu, passando, inclusive, por quatro fases: da exclusão social à inclusão.

O grande reflexo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no âmbito cível, foi a determinação de que o portador de deficiência não mais integra o gênero de incapaz no Código Civil Brasileiro, vez que seus artigos 6 e 84 preveem:

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. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

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

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, portanto, fez com que o deficiente deixe de figurar no rol de incapacidade absoluta do Código Civil.

A seu turno, o crime de estupro de vulnerável – artigo 217-A do Código Penal – prevê o seguinte tipo: “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”.

Vê-se, assim, que há aparente antinomia entre o Estatuto de o Código Penal: como conciliar o crime de estupro de vulnerável no tocante à vítima com deficiência mental com os novos valores previstos no Estatuto? Teria ocorrido *abolitio criminis*?

Entretanto, como é visto ao longo do trabalho científico, a deficiência mental, por si só, não tem o condão de gerar a incapacidade civil do indivíduo, sendo necessário, para tanto que não se possa exprimir sua vontade.

De mesmo modo ocorre na questão de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável. A deficiência só é passível de tornar o indivíduo vulnerável se esta não tiver o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Entretanto, historicamente, o tema não foi tratado desta forma, vez que o binômio dignidade-vulnerabilidade da pessoa portadora de deficiência mental sempre foi vista como alguém incapaz de praticar seus atos normalmente.

Sobre mencionado binômio, Bittencourt (2015, p. 106) assevera:

Tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especial, 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.

Partindo da premissa que os deficientes detêm condições para viverem suas vidas normalmente tais quais pessoas sem deficiência, resta saber se há esgotamento do conteúdo da norma protetora do artigo 217-A, parágrafo único, primeira parte, do Código Penal. Ver-se-á, todavia, que a norma protetora apenas reforça o conteúdo do Estatuto.

Reconhecendo os direitos sexuais às pessoas portadoras de deficiência, o Estatuto nada fez, senão o reconhecimento que “essas pessoas também estão sujeitas a desejos, aspirações, vontades e necessidades típicas de qualquer ser humano reputado ‘normal’, verdadeiramente abrindo os olhos da sociedade para essa realidade, que já não pode mais ser ignorada”. (MENEZES, 2017, p. 62)

Para que haja entendimento do tema, é devido o retorno à discussão acerca da presunção absoluta ou relativa acerca da vulnerabilidade da vítima do estupro de vulnerável quanto os deficientes mentais.

A vulnerabilidade penal pode ser classificada entre absoluta ou relativa. Na figura do *caput* do artigo 217-A do Código Penal – ou seja, quando a vítima for menor de 14 anos –, majoritariamente, na doutrina e jurisprudência, entende-se que basta o advento da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso com a vítima menor para que o crime se configure; não há, portanto, discussão acerca do consentimento da vítima no ato sexual, ainda que esta detenha consentimento para tanto. Vê-se, dessarte, que há presunção absoluta de vulnerabilidade.

Em sede de recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça (2015) manifestou-se nos seguintes termos:

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.

Entretanto, alguns autores divergem do entendimento, tal como Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 449), o qual entende que há presunção relativa do menor de 14 anos:

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

Assim, questiona-se se poderia haver presunção absoluta ou relativa da vulnerabilidade da pessoa portadora de deficiência mental.

Não há de se falar em presunção absoluta da vulnerabilidade, posto que como foi visto, somente a deficiência mental não gera *status* de vulnerabilidade, é necessário, pois, que não haja discernimento para a prática do ato sexual.

Por outro lado, não é possível aduzir a presunção relativa, isto porque de acordo com os valores consagrados no Estatuto, a pessoa com deficiência mental é, via de regra, apta ao exercício de quaisquer atos, assim como qualquer sujeito de direito que possui a liberdade de gerir sua vida sexual. O que resta é a comprovação de sua vulnerabilidade, e não a comprovação de ser, por si só, pessoa vulnerável. Incumbe ao Ministério Público, no processo penal, demonstrar que a pretensa vítima não detinha o discernimento necessário à prática do ato sexual.

No mesmo sentido exara Cunha (2016, p. 213):

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 tinha ou não discernimento para a prática do ato

Não é possível, portanto, que haja o entendimento de que houve *abolitio criminis* no crime de estupro de vulnerável quando a vítima é pessoa com deficiência mental. O benefício trazido pela norma do artigo 6º, inciso II do Estatuto é a consagração da melhor interpretação ao crime do artigo 217-A, parágrafo único, primeira parte, do Código Penal.

Referenciada interpretação da norma incriminadora deverá ser no sentido de que, a princípio (SOBRINHO, 2017, p. 17):

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.

Em contraponto, o Estatuto consagra a proteção do portador de deficiência mental contra qualquer forma de exploração sob a ótica do binômio dignidade-vulnerabilidade: “artigo 5º. A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”.

O fundamental, pois, ao operador do direito, é sabiamente distinguir a pessoa plenamente capaz de manter relações sexuais do enfermo mental vítima de exploração sexual de alguém.

É o viés de Soares (2017, p. 398), ao preceituar:

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

É errado afirmar que o Estatuto em nada interfere na seara dos crimes contra a dignidade sexual. O Estatuto serviu para dar contornos mais claros e precisos acerca do tratamento normativo do estupro de vulnerável. Abandona-se, assim, a presunção de vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental; a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental deve ser analisada no caso concreto, sob pena de condenar a pessoa a viver uma vida tolhida de direitos sexuais.

4.4 Da análise jurisprudencial acerca da relativização da vulnerabilidade penal

Diante da relevância do tema, é de extrema importância que haja seu estudo jurisprudencial. Ora, se no cenário doutrinário há divergências acerca da vulnerabilidade penal, é cristalino que no cenário jurisprudencial também a haverá.

A quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.721.889 – MS, por meio de seu Exmo. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o qual incumbiu-se de relatoria, exarou a pacificidade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anísse voluntariamente ao ato sexual

Vislumbrou-se, entretanto, que no caso epigrafado o Tribunal *a quo*, ao absorver o recorrido da infração do artigo 217-A do Código Penal, concluiu pela relativização da vulnerabilidade da vítima, tendo em vista que a relação sexual ocorreu de forma consensual, sem violência ou grave ameaça, uma vez que o acusado e a vítima eram namorados. Abaixo são trechos do acórdão ora recorrido:

Como se vislumbra, Iohana Maciel dos Santos não poderia ser tida como ignorante e totalmente desinformada em assuntos desse naipe, tanto que, segundo consta, manteve relacionamento amoroso com o acusado, com o consentimento de sua mãe.

Tanto na fase policial (fl. II) como sob o crivo do contraditório (áudio fl. 126), Iohana declarou que manteve relação sexual com Wesley por livre e espontânea vontade e que, em momento algum, foi por ele obrigada a fazê-lo, muito menos sob coação ou qualquer tipo de vício do consentimento ou violência.

Declarou, ainda, que contou para sua mãe sobre a relação sexual, sendo que esta, então, pediu que Wesley assumisse namoro com a sua filha. Ante a negativa do acusado, houve por bem registrar o boletim de ocorrência que culminou com o feito ora em voga.

Aliás, em audiência, Pastora Maciel afirmou que sabia do relacionamento entre sua filha e Wesley, e que somente registrou a ocorrência depois que o acusado se recusou a assumir compromisso sério com sua filha. Esclareceu, ademais, que Iohana lhe contou sobre a ocorrência da relação sexual, bem como lhe disse que o ato foi consentido.

Ao confirmar ainda mais o entendimento aqui esposado, se afiguram as circunstâncias que revestiram o ato então praticado e o comportamento posterior da própria vítima, realçando consentimento em meio a um relacionamento afetivo.

E, exarou que o conhecimento da vítima sobre as relações sexuais, tais como o conhecimento de sua mãe, fazia com que ambas soubessem o que estava ocorrendo:

Com efeito, percebe-se que a relação sexual foi algo premeditado, uma vez que, como afirmado pela adolescente, o ato se consumou apenas 3 (três) meses depois que conheceu o acusado. Em entrevista à psicóloga, relatou que se viam com frequência e que sua mãe o conhecia e permitia o namoro. Referida vítima, pois, bem sabia o que estava fazendo, assim como aderiu conscientemente à prática sexual. Possuía condições de alcançar e mensurar as consequências de sua livre opção, porquanto, apesar de sua idade, revelou conhecimento e discernimento suficientes para tanto.

Não era desprovida de informações a respeito; longe disso, dotada de condições suficientes para consentir validamente. motivo pelo qual não pode imperar em seu favor a presunção de violência, tampouco a vulnerabilidade imaginada pelo legislador, máxime considerando que, no caso concreto, consoante salientado alhures, o relacionamento não era ignorado pelos pais da referida menor.

[...]

Registre-se, por fim, que Iohana manteve narrativa lógica e coerente no sentido de que foi escolhida para praticar sexo com o acusado, então com apenas 22 anos de idade, salientando que sempre se interessou por homens mais velhos.

Impende destacar, igualmente, que todo o procedimento investigativo se deu em decorrência do fato de a Pastora Maciel não ter se conformado com a recusa de Wesley em namorar com sua filha, emergindo que, em verdade, não se insurgia contra o relacionamento entre Iohana e o acusado, tanto que tentou forçar Wesley a assumir o compromisso. Ou seja, registrou a ocorrência como forma de punição ao acusado, e não com o fim de proteger a alegada vulnerabilidade de sua filha.

Diante desse quadro, temerário e injusto seria submeter o acusado à rigorosa reprimenda que o caso abordaria, inclusive à luz da Lei 8.072/90, apenas porque manteve relações sexuais com a então namorada, nas circunstâncias já consignadas no transcrito deste voto, mormente considerando a ausência de comprovação da existência de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal tipificadora.

Nesse panorama, descabe a condenação, mormente considerando que em casos desse porte, existindo dúvidas, ainda que ínfimas, vige o in dubio pro reo.

Uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada sempre, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos.

A manutenção da absolvição, portanto, é medida que se impõe. [...]

Entende-se que nestes casos, não há como afastar a tipicidade do crime, vista que não há dúvidas em relação à prática de conjunção carnal entre o acusado, à época com 22 anos e a vítima com 13 anos.

O acórdão ora recorrido encontrou-se, em verdade, em dissonância com a jurisprudência com as Cortes de Justiça, não havendo que se falar em ausência de tipicidade do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Reitere-se, portanto, que cada caso deve ser delineado no caso *in concreto*, vez que há muitas variáveis psicológicas e sociais a serem analisadas em cada uma das vítimas e em cada um dos infratores.

Assim, o Tribunal de Minas Gerais tem partilhado o posicionamento da análise do caso concreto para julgamento das causas. Extraí-se:

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 nº 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 “abolitio 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, grifou-se).

CONCLUSÃO

Entrou em vigor, em 6 de janeiro de 2016, a Lei 13.146 de julho de 2015, consubstanciando, assim, o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência. Objetivou-se, a partir da edição de tal norma, a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania.

Ocorre que, ao garanti-los, referido Estatuto se prestou a revogar disposição civil que considerava como absolutamente incapaz aquele deficiente mental e, por isto, estaria apto a todos os atos da vida civil – dentre eles o casamento e atos sexuais.

Assim, ao promover os direitos sexuais das pessoas com deficiência, a doutrina e jurisprudência questionaram a possibilidade de estarem em conflito o artigo 217-A, do Código Penal e o artigo 6º do Estatuto, uma vez que o primeiro tem como sujeito passivo em uma de suas hipóteses o deficiente mental, e o segundo exara que os deficientes mentais detêm capacidade de autodeterminação sexual.

Concluiu-se, entretanto, que não há conflito, e sim, apenas uma corroboração do que o próprio ordenamento jurídico já havia de estabelecer, isto porque somente diante do caso *in concreto*, o magistrado deveria perquirir pericialmente se o indivíduo tinha possibilidade de consentir para praticar o ato sexual em caso de suspeita de estupro de vulnerável (hipótese em que a vítima é pessoa com enfermidade ou doença mental).

Certamente, há de se compatibilizar as duas normas supostamente em conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paula Alexandra de Pinho Ferreira Pinto Camelo. **A sexualidade na deficiência Mental**. Disponível em: <https://revista.esepf.pt/index.php/sabereducar/article/download/96/65>. Acesso em: 22 de Setembro de 2018.

ALMEIRA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Livros IV e V. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 11. Ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Paulo César Corrêa. NETO, Gil Ramos de Carvalho. **Estudo Comparado da Tutela Penal da liberdade sexual no Brasil e na Itália**, IN Revista da EMERJ- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. V12, nº 46, Rio de Janeiro: EMERJ, 2009.

BRASIL. Código Civil. **Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Senado, 2002.

_____. Código Penal. **Código Penal de 1940**. Brasília, DF: Senado, 1940.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 13.146/2015. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRegREs nº 1.721.889 MS. Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 10 de maio de 2000.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012^a.

CARVALHO, Beni. **Sexualidade anômala no direito criminal**. Rio de Janeiro: Jactinho Ribeiro dos Santos, 1937; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte especial. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- parte especial v2**. 2ed.: Rio de Janeiro: Impetus 2009.

JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito penal – curso completo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

MAIA, Cláudia Bortolozzi; RIBEIRO, Paulo Rennes. **Desfazendo mitos sobre a sexualidade e deficiências**. Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/desfazendo-mitos>. Acessado em 22 de Setembro de 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte especial – Arts. 121 a 234 do CP**. 19ed. São Paulo: Atlas, 2002;

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhaes. **Direito Penal**. v3. 22 ed. São Paulo: Saraiva 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código penal comentado**. 15 ed. Rev. Atual. E amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Nova York, EUA: ONU, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado**. 2.ed, Editora revista dos Tribunais: São Paulo

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial: artigos 184 a 288**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 13ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANCHES, Rogério. **O crime de estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. CERS cursos online. 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 22 de abr. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal- parte geral**. São Paulo: ICPC, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOUZA, Carmo Antônio de. **Atentado violento ao pudor**. São Paulo: IOB-Thompson, 2004.

SPROVIERI, Maria Helena S.; ASSUMPÇÃO JUNIOR, Francisco B. **Deficiência mental: Introdução ao estudo da deficiência mental**. São Paulo: Ed. Memnon, 2000.

_____. **Deficiência mental: Sexualidade e família**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005;

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual Penal**. 5. ed. Jus Podivm. 2011.

_____; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004.

VEDANA, Paola C.. **O crime de estupro de vulnerável e as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em < <https://jus.com.br/amp/artigos/67057/3> >. Acesso em 22 de outubro de 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Volume 6, Direito de Família**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

ZAFARRONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. V. 1. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.