

DIREITOS SEXUAIS DOS VULNERÁVEIS

Julia Gabriela da Cruz MENDES ¹

Fernanda de Matos Lima MADRID ²

RESUMO: O presente trabalho busca esclarecer pontos acerca do “estupro de vulnerável”, em especial a figura tipificada no artigo 217-A, parágrafo primeiro do Código Penal Brasileiro. Busca, ainda, em apertada síntese, tecer considerações acerca de eventual lesão ao direito à dignidade sexual daqueles que, de alguma forma, não possuem e nunca possuirão o discernimento total dos atos praticados, culminando na recorrente assertiva de que, ausência de discernimento significaria ausência volitiva. Por fim, apresentar-se-ão considerações acerca da conduta eventualmente criminosa que envolve o ato sexual praticado por alguém que não é pessoa com deficiência, com um doente mental.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerável. Dignidade. Discernimento. Conduta.

INTRODUÇÃO

Existem tipos penais que, em que pese a tutela específica do bem jurídico, são defasados ou estão em desuso. Teoricamente, e tecnicamente, nenhuma dessas circunstâncias retira a aplicabilidade do tipo.

Contudo, algumas tipificações são tão ricas e autossuficientes, tão claras e distintas que, ao adentrarem ao seio social, esbarram em pequenos grupos que estarão supertutelados com a norma (na acepção ampla do termo). São normalmente hipossuficientes e reais minorias, que preenchem seus formulários governamentais e se importam com questões sociais, mas que não aparecem tanto como grandes pensadores ou com características capazes de voltar os olhos sociais a eles suficientemente. Vale dizer, são aqueles atingidos pela infra ou superproteção estatal.

É importante tecer estas considerações introdutórias, pois, em que pese a boa intenção estatal, estatizar um grupo social não irá reduzir seus problemas. Pelo contrário: é provável a hipótese de regresso social. Às vezes os riscos são necessários para a obtenção de êxito, em qualquer matéria.

Desta forma, este trabalho busca justamente permear o seio social daqueles que, de uma forma ou de outra, permanecem supertutelados, com um excesso de proteção estatal que os fecha em bolhas enclausuradas, não lhes

permitindo apreciar todos os riscos e situações as quais todo homem livre está sujeito.

Aqui, analisar-se-á tão somente o grupo daqueles que não possuem completo discernimento para os atos da vida. Por questão de especificidade e para que seja objetivamente trabalhado o tema, recairá o estudo sobre os doentes mentais, espécie de inimputáveis de que trata o delito de estupro de vulnerável, em especial o trazido pelo legislador no parágrafo primeiro com a alteração permitida pela Lei 12.015/2009, sobre a qual teceremos considerações.

A fim de propor um enquadramento legal que respeita a autodeterminação sexual e o vulnerável (como sujeitos de direitos que são) também se apresentará, oportunamente, um entendimento acerca da caracterização da vulnerabilidade, apto a permitir que o relacionamento sexual entre o casal de portadores de enfermidades mentais (ou em que um dos que compõem o casal o seja) não se mostre, aos olhos do legislador, fato típico, ilícito e culpável.

Note-se que, de forma específica, trata este trabalho da relação sexual envolvendo o vulnerável e um não vulnerável, bem como as implicações práticas, se existentes, de tal união que, sob a égide da legislação vigente, numa análise literal do texto legal, caracteriza tipo penal. Tal conclusão, como se verá, não parece ser a mais adequada, razão pela qual se apresenta, neste trabalho, diferente posicionamento acerca de tal questão.

Finalmente, cumpre registrar que, sob o método indutivo de pesquisa, desenvolveu-se o presente trabalho.

II DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em proêmio, anota-se que não há como conceber a ideia de tratar de dignidade sexual sem, minimamente, trazer ao estudo a raiz, o nascedouro, a fonte jurídica da tutela deste bem jurídico. Numa análise perfunctória, mas constitucional, reza o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal que:

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

[...]

III- a dignidade da pessoa humana [...]

Com efeito, este é o princípio que norteia a Constituição Federal, e, por consequência, toda e qualquer norma do ordenamento jurídico brasileiro, que apresenta relação de submissão a ela.

Questionável é o seu limite. A Dignidade da Pessoa Humana tornou-se um vetor de tal importância que dele nada escapa, e tudo dele emana. Literalmente, dignidade é a qualidade do que é digno, brio (FERREIRA, 2001, p.236). Brio, por sua vez, é o sentimento da própria dignidade (FERREIRA, 2001, p.109).

Logo, o campo da dignidade é muito abrangente, subjetivo, e é ainda influenciado por inúmeros fatores, tais como educação familiar, ambiente em que houve o desenvolvimento pessoal e a religião. Esses fatores moldam o ser humano para que ele, no decorrer de sua vida, aja com dignidade, seja um ser digno para a sociedade em que vive, escolhendo alternativas que passam por uma filtragem pessoal de valores, e que sejam, por fim, corretas.

Existe ainda a preocupação dessa mesma dignidade da parte do Estado, já que, como mencionado, a questão é de extrema subjetividade, pessoalidade e não generalizada, em que, no mais das vezes, é aplicável a todos o que é digno para um indivíduo.

Desta forma, cabe a seguinte observação: dignidade da pessoa humana é gênero, da qual a dignidade sexual –objeto deste estudo- é espécie. Ora, não há como se imaginar que, atingindo a dignidade sexual de outrem não se estará também, violando a dignidade de sua pessoa. Assim, norma vetor que é, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem como vertente a Dignidade Sexual.

II. I Da Dignidade sexual

Como explanado acima, a dignidade da pessoa humana é norte, baliza em que se estrutura toda e qualquer norma. Desta forma, uma das vertentes deste Princípio é a dignidade sexual e, sobre esta, faz-se oportuno tecer algumas considerações.

Quando da edição do Código Penal vigente (07 de dezembro de 1940), havia uma preocupação natural da época com o *costume*. Dava-se extrema importância ao aprendizado familiar, bem como aos olhos sociais, enclausurando o indivíduo em determinadas condutas que a sociedade entendia serem corretas.

Desta forma, inicialmente os costumes da época eram protetivos e impeditivos para uma figura principal: a mulher. A sujeição da figura feminina aos olhares e observações sociais era extrema, e as orientações familiares eram seguidas com rigor, para que não houvesse mácula que pudesse macular o seio familiar perante terceiros.

Vendo a mulher como fonte de pureza, inocência e, especificamente, castidade, cuidou a legislação penal de tutelar seus interesses mais íntimos de forma inflexível. Assim, tipificaram-se condutas que, à época, refletiam questões cruciais.

A questão mais tutelada era a virgindade feminina. O afã legislativo era proteger a todo e qualquer custo à integridade sexual *da mulher*. A intenção externada era de proteção à entidade familiar, mas intrinsecamente, era o costume o grande bem jurídico tutelado. Tanto que o Título VI do Código Penal era “*Dos Crimes Contra os Costumes*”.

Essa postura protetiva (natural para os padrões da época) começou a ser remoldada com o amadurecimento e inserção da mulher no mercado de trabalho, vale dizer, com a tão sonhada conquista da independência feminina. Gradativamente, a mulher deixou de sentir necessidade em ver-se intensamente enclausurada e decidiu tomar novos rumos, acompanhando o legislador essa revolução.

Com o surgimento (vale dizer, com a aceitação) do método anticoncepcional, deu-se um salto para a liberdade sexual feminina deixar de ser tabu e passar a englobar as discussões legislativas.

Pontuando – de forma breve- a alteração legislativa, sabe-se que atualmente a proteção não se cinge aos costumes. Houve uma ampliação (em bom momento) realizada pelo legislador brasileiro, em que a era dos costumes deu início a uma transição sutil, gradativa. Ressalte-se: não houve supressão da intenção do legislador em proteger os costumes, o que houve foi a ampliação da tutela do costume a um bem jurídico que, sendo tutelado, também protegeria subsidiariamente os costumes, sem ferir o princípio da legalidade.

As alterações legislativas foram de extrema significância: os preceitos primários sofreram mudanças e acréscimos radicais. Cite-se, pois, o exemplo da Lei 8.072/90, que definiu o estupro como crime hediondo. E, com maior razão, é de rigor

mencionar a Lei 11.340/06, que estampou a violência sexual como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ocorre que, em que pese a brilhante intenção do legislador, o sujeito passivo dos delitos era restrito. Ou seja, a tutela recaía somente sobre a mulher.

Ora, não é razoável imaginar que o homem não necessitaria ser protegido pela norma penal. Como titular de direitos que é pela Constituição, e sob pena de lesão escancarada ao Princípio da Igualdade, vieram os “*crimes contra a dignidade sexual*”, ampliando o sujeito passivo dos delitos.

A grande mudança ocorreu então, com a Lei 12.015/09, tema do próximo tópico.

II. II Os Crimes Contra a Dignidade Sexual e a aceitação da autodeterminação: a lei 12.015/09

A lei 12.015/2009 alterou o título VI do Código Penal chamado “Dos crimes contra os costumes” e passou a denominá-los de “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Assim, houve uma mudança do bem jurídico primordialmente protegido por estes delitos, deixando de se ter a moral como bem jurídico tutelado, o que se mostrava incompatível com a vida em sociedade atual, para se preocupar com a proteção de cada indivíduo como ser humano, no que concerne à sua autodeterminação sexual.

Nucci (2010, p.03) discorre sobre a evolução do bem jurídico protegido pelos delitos de natureza sexual:

A elaboração do Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes – justifica-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. (...) o Título VI tutelava bem jurídico incompatível com a modernidade do século XXI. Cuidava-se dos costumes e não da dignidade sexual das pessoas.

Nesse sentido, o legislador de 2009, já em tardia hora, regulou tema que não se encontrava na pauta legislativa de 1940. Para tanto, além da dignidade sexual em geral, sob um prisma mais específico, criaram-se tipos penais para coibir condutas atentórias à dignidade sexual dos vulneráveis, em atenção ao bem jurídico outrora inexistente no texto constitucional.

Acerto do legislador, que eliminou o “costume”- que levava consigo uma grande carga de natureza moral - como o bem jurídico protegido nesse título. Como não é recomendado que a moral seja o *primeiro* objeto da tutela do Direito

Penal hodiernamente, o ordenamento jurídico alterado seguiu a posição já adotada anteriormente pela doutrina e jurisprudência.

Note-se que não se pune a atividade sexual em si mesma, mas apenas aquelas violentas, não aceitas ou indesejadas. Por este motivo, os crimes contra a dignidade sexual têm como escopo proteger a própria liberdade de autodeterminação sexual.

O direito referente à sexualidade é parte integrante da personalidade de cada ser humano, um elemento essencial e fundamental de nossa humanidade. Nesta linha, os direitos sexuais têm como objeto e fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana no que se diz respeito às questões relacionadas com o sexo, portanto, podemos afirmar que os direitos sexuais são uma espécie de direitos humanos (DIAS, 2012, p.107).

Conforme Oliveira (2003, p.126), o direito à autodeterminação sexual deriva do desdobramento do direito da personalidade, já que

Com efeito, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade

Deste modo, nítido está que as questões relativas à liberdade sexual tem íntima ligação com a proteção da dignidade da pessoa humana, verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico nacional.

A liberdade sexual de livre determinação sexual pode ser analisada sob a perspectiva positiva-dinâmica e negativa-estática, a seguir analisada.

Como ensinam Greco e Rassi (2011, p.54), a positiva-dinâmica pode ser definida como a livre disposição do sexo ou do seu próprio corpo conforme seus desejos e vontades, tanto no que concerne à forma da manifestação sexual bem como ao destinatário das mesmas.

É a possibilidade de cada um dispor livremente do seu próprio corpo, mantendo o domínio sobre sua sexualidade.

E, prosseguindo, os autores (GRECO; RASSI, 2011, p.55) ensinam que a negativa-estática consiste na faculdade que todo ser humano possui de não suportar dos outros atos de natureza sexual sem seu consentimento, em outras

palavras, caracteriza-se pelo direito de não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão sexual que não aceite.

Diante do exposto, o Direito Penal sexual tem como finalidade garantir a maior liberdade possível dos comportamentos sexuais, podendo somente ser incriminadas as condutas sexuais que mais gravemente atentem contra a liberdade pessoal do indivíduo, ou seja, sua liberdade sexual, como bem lecionam Greco e Rassi (2011, p.54).

A intervenção penal na esfera da sexualidade somente pode ser cabível quando se prestar à proteção da própria liberdade de autodeterminação sexual de pessoas adultas e para a proteção do desenvolvimento pleno e saudável de crianças, adolescentes e outros vulneráveis. Neste sentido, o principal bem jurídico protegido deve ser o indivíduo.

Entretanto, em várias situações o legislador criminaliza, direta ou indiretamente, condutas sexuais não violentas e livremente consentidas, buscando impor uma moral sexual dominante, o que não pode ser aceito em um Estado Democrático e pluralista de Direito.

Esse fato explica a existência de tantos tipos penais que não protegem o indivíduo, mas sim essa moral sexual “ideal”, como é, apenas a título de exemplo, o caso do crime de casa de prostituição (artigo 229 do Código Penal), mediação para servir a lascívia de outrem (artigo 227 do Código Penal) e favorecimento a prostituição (artigo 228 do Código Penal).

Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (2015, p.04) conclui sobre a legitimidade de intervenção do Direito Penal no âmbito da sexualidade humana:

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

Desse modo, o Estado não pode, a ensejo de afirmar a liberdade sexual, negá-la, limitá-la ou criminalizá-la sem um motivo justificado, em nome de uma moralidade denominada de “normal”.

Não são todos os bens jurídicos que fazem jus a tutela do Direito Penal. Os interesses protegidos pela norma penal são somente aqueles mais

importantes para o convívio social, e que a tutela dos outros ramos do direito se mostraram insuficientes.

Segundo entendimento de Luis Luisi (2003, p.39) o princípio da intervenção mínima só legitima a criminalização de um fato se isso se caracterizar meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Caso outras formas de sanção se mostrem suficientes para a tutela desse bem, não é cabível a intervenção do Direito Penal. A sanção penal somente se legitima se é indispensável à proteção jurídica.

No que se refere à identificação do bem jurídico protegido pelos crimes sexuais, Rassi e Alessandra Greco (2011, p.62) afirmam: “no que tange aos crimes sexuais, a identificação passa pelo princípio da intervenção mínima que implica a não punição de condutas meramente morais”.

Vários autores, como Maria Berenice Dias, Roger Rios, Delcio Lima, Luiz Alberto Araujo e Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira, argumentam que o direito de autodeterminação sexual possui também como fundamento o direito à felicidade.

No processo de construção da personalidade de um indivíduo, entre muitos objetivos, está implícita a felicidade. Uma vez que o sexo e a sexualidade são formas de se conseguir alegria e prazer, desenvolver essa sexualidade é também buscar a felicidade, ou seja, o direito à felicidade (OLIVEIRA, 2003, p.10).

A questão da tolerância é outro ponto bastante importante quando se discute a liberdade de autodeterminação sexual.

Mesmo diante da intrínseca relação entre indivíduo e sociedade, não é possível que a coletividade imponha um padrão moral objetivo aos seus componentes. Ademais, seria impossível definir esse dito “padrão ideal” na esfera da sexualidade. Daí a importância da tolerância.

Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira (2003, p. 123), dissertando sobre assunto afirma que

Tolerar comportamentos sexuais não usuais não é simplesmente aceitar os outros como eles são, numa perniciosa e indiferente passividade, mas, sim, estabelecer um diálogo, sabendo que uma parte da verdade não está comigo, provavelmente está com o outro, ainda que muito diferente.

Contudo, tolerar não é um comportamento natural do ser humano, que tende a se afastar e rejeitar o que é diferente. Por tal motivo, o exercício de tolerar deve ser ensinado, tendo o Estado papel fundamental nessa missão, como um agente de integração social.

II. II. I Dos crimes sexuais contra vulnerável

O objetivo legal do legislador, com a elaboração da Lei 12.015/09 é claro: a extensão da proteção aos vulneráveis, por qualquer que seja a vulnerabilidade que os atinge. A tutela daqueles que não podem, por algum motivo, externar suas vontades.

Para Luiz Regis Prado (2011, p. 641),

a vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros 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.

Ou seja, a vulnerabilidade toca na reação externada, ou não, pelo humano, quando da intervenção lesiva na sua sexualidade. Veja bem: é necessário que haja lesividade na ofensa sexual, na interferência na vida sexual do indivíduo, sob a ótica do autor, com a qual se concorda.

E justamente nesse ponto é que esbarra a proteção jurídica. Ora, tutelar aquele que não pode externar suas vontades é o mesmo que impedir que o vulnerável as manifeste? Ainda: é impedir que ele as sinta?

Obviamente, não. Se essa fosse a finalidade da norma, estar-se-ia indo contra os próprios estímulos biológicos do vulnerável, o que não parece ser possível.

Por cautela, cuidou o legislador de delimitar algumas situações em que se deve entender que ainda não há maturidade biológica suficiente para se discernir o correto do incorreto, como é o caso dos menores de 14 anos. O intuito do legislador é impedir que o menor sinta qualquer impulso sexual? É evidente que não. O legislador não pode controlar a biologia humana, mas pode controlar a juridicidade do modo como esta se externa: entendeu o legislador que o consentimento do menor de 14 anos não tem qualquer validade, uma vez que, por ser adotado no

ordenamento jurídico o critério cronológico, presume-se, relativamente, que o menor não possui capacidade e/ou discernimento para a compreensão, plena, do ato sexual.

O questionamento é: o consentimento pode existir? Sim, perfeitamente: a existência de um consentimento se vincula a um estímulo biológico, e não jurídico. Tem validade, se existente? Não. Nenhuma. É aquela velha história da adolescente de 13 anos, 11 meses e 30 dias que, perdida de paixões pelo namorado imputável, consente com a prática de conjunção carnal. Estupro de vulnerável.

Deve-se dar crédito ao legislador ao tentar coibir práticas ofensivas, como o comércio sexual de crianças e adolescentes. Ainda: a atitude legislativa é de grande valia, mormente quanto às famílias que autorizam tal modalidade de prostituição, cedendo seus infantes em troca de pagamento.

Ocorre que, em que pese a boa intenção do legislador, um grupo social foi também reprimido com a redação do artigo 217, §1º, que reza:

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.

Logo, pela leitura seca e interpretação restritiva a que está sujeita a norma penal, todo aquele que praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com qualquer um tutelado pelo trecho destacado incorrerá na pena do *caput*. Anote-se, ainda, que o discernimento se vincula à prática do *ato*. Que ato?

Justamente na generalidade é que consta o problema.

De início, é de se perceber que a infelicidade do legislador com a expressão ‘ato’ não poderia ser maior, posto que da leitura do caput extraem-se as expressões ‘conjunção carnal e ato libidinoso’. Ou seja, se o intérprete se utiliza da interpretação restritiva, a qual os tipos penais estão submetidos, não há delito caso o agente pratique conjunção carnal com o incapaz, vez que a falta de discernimento se vincula ao ‘ato’, e, como o único ato ao qual o legislador se refere no caput é o libidinoso, haveria inadequação típica.

É óbvio que há necessidade de mitigação da interpretação restritiva, *in casu*, sob pena de clara ofensa à proporcionalidade, razoabilidade e a tantos outros dogmas jurídicos aos quais se filia o legislador brasileiro: seria inconcebível a ideia de alguém praticar ato libidinoso e praticar estupro de vulnerável, e de outrem que pratica conjunção carnal e sobre ele não recai o *ius persecuendí*, apenas em razão da expressão ‘ato’. Bom ponto para os juristas, que fecharam os olhos para a omissão.

Mas a principal questão a ser formulada é: e se os sujeitos ativos e passivos do delito forem vulneráveis por enfermidade ou deficiência mental, ou ambos não tiverem discernimento para a prática do ato? É importante ressaltar que, de nenhuma forma abordaria este trabalho a legalidade de ato praticado sob resistência ou por intermédio de qualquer outra conduta que faça da vítima uma vítima, sob pena de ofensa à toda e qualquer moralidade em que se pauta o Direito. Logo, restringiremos o estudo às hipóteses abordadas.

E, no que toca a estas, no exemplo supracitado haveria crime, passível, dependendo do caso, de aplicação de medida de segurança. Ainda assim, crime (logicamente, cabe ao intérprete a adoção da teoria do crime de sua preferência, se bipartida, tripartida ou não).

Adotando-se a Teoria Tripartida do Crime, este é toda conduta típica, ilícita e culpável. Logo, a punibilidade do agente não é elemento do crime, mas sim reflexo do reconhecimento da tipicidade, antijuricidade e culpabilidade do agente.

Avaliar se o agente estaria ou não sujeito à medida de segurança ou as penas convencionais seria atribuição do Poder Judiciário. Ocorre que, com tal reconhecimento, tolher-se-ia a dignidade sexual do mentalmente incapaz.

É certo que a Constituição assevera, em seu artigo 227, §4º que “a lei punirá severamente o *abuso, a violência e a exploração sexual* da criança e do adolescente”. E a Constituição não traz palavras sem fundamento.

Se o desejo do legislador constitucional foi externar os verbetes ‘*abuso, violência e exploração*’— advindos de *abusar, violentar e explorar*, respectivamente— não há que se falar em ampliação da intenção do constituinte, sob pena de ofensa à legalidade e à interpretação restritiva da Lei Penal. Ademais, note que o constituinte trouxe outra expressão merecedora de destaque: “da criança e do adolescente”.

Ora, ainda que a legislação infraconstitucional preveja que há tipicidade na conduta, não há que se falar em crime o ato de dois vulneráveis mentalmente externarem seu consenso em praticar ato libidinoso ou conjunção carnal, pois não há a presença de abuso, violência ou exploração em um contexto fático natural e, ainda, não são crianças ou adolescentes, pois se o forem recairá a tipicidade constitucional da conduta. Obviamente, sobrevindo qualquer ruptura de consenso ou presença de uma das circunstâncias (abuso, violência ou exploração) previstas na Constituição, é jurídico se falar em crime por óbvia adequação típica.

Entendemos que o artigo 217-A é o melhor exemplo atual de violação ao Postulado Normativo da Proibição de Excesso, que proíbe a restrição excessiva de um direito fundamental.

Proteger é uma sina estatal. O Estado deve proteger no que toca à saúde pública, à educação, à infância e juventude, à segurança pública.... Enfim, proteger. Chamar para si a responsabilidade de *ser* Estado é arcar com o ônus e o bônus de sê-lo.

Ocorre que, algumas vezes, na ânsia de bem proteger, o Estado acaba *superprotegendo*, vale dizer, enclausurando o indivíduo para que não tenha válvula de escape, grosso modo.

É o que acontece com a situação em que dois deficientes mentais, que externam o consenso para pratica de conjunção carnal ou ato libidinoso, e tem sua liberdade sexual tolhida, pois ao redigir o §1º do artigo 217-A, o legislador não balizou qualquer faixa etária ou outro critério em que a deficiência mental pudesse ser acrescida para invalidar o consentimento.

Explica-se.

Ao menor de 14 anos, não é dado o poder de decidir, ou de escolher, ou ainda, de validamente externar seu consentimento no âmbito penal. Ou seja, se um menor de 14 anos, externando seu consentimento, praticar conjunção carnal ou ato libidinoso, aquele que com ele o faz incorrerá nas penas do artigo 217, ou seja, estupro de vulnerável. Não há discussão, como já tratado acima, até porque não há qualquer dúvida sobre quem é menor de quatorze anos. É mera questão registral.

Contudo, no que toca aos deficientes mentais, o legislador não limitou ou aplicou qualquer critério etário para basear a vulnerabilidade, e aqui, isto seria gritantemente necessário. Logo, se um jovem de 16 anos com deficiência mental

pratica uma das condutas caracterizadoras do tipo, aquele que com ele pratica incorrerá nas mesmas penas as quais estarão sujeitos um adulto de 30 anos que, portador de enfermidade mental, pratica conjunção carnal ou ato libidinoso.

Logo, a não atribuição de limite etário ou psicológico é a grande problemática, pois se o legislador reduzisse o âmbito do tipo aos deficientes mentais absolutamente ou relativamente incapazes, não haveria qualquer falta de razoabilidade. Ocorre que esta não é a situação enfrentada: tutelar o maior de 18 anos, retirando-lhe a capacidade de escolha, sem graduar o tipo, não reflete a boa técnica legislativa.

Deveria o legislador ter criado um critério etário que limitasse o âmbito da norma, ou seguido um critério biológico – prudentemente descrito por profissionais que o auxiliassem no que toca à gradação da doença- para tipificar o §1º: a amplitude na norma é desprovida de razão.

A questão que normalmente se aponta é: mas e o incidente de insanidade mental? Não é óbvio que ele será utilizado para medir a potencial consciência da ilicitude do fato praticado, a fim de aferir se tinha o vulnerável condição de se determinar contrário à conduta delituosa?

Notadamente, sim. Agora, imagine a seguinte situação: dois mentalmente incapazes mantem conjunção carnal, com consentimento externado, sendo que já mantém relacionamento estável há tempo razoável. Imagine que toda a família, de ambos os incapazes saiba do relacionamento e, a ele não se opõem: afinal, o relacionamento os deixa sociáveis e abertos. Imagine que, alguém, desavisado ou por pura malícia humana, relate o fato à autoridade competente e dê início à persecução penal dos agentes. O impacto que a *notitia criminis* gerará no seio familiar é estrondoso, e veja bem, não há incidente de insanidade mental ou medida qualquer que venha a reparar o escândalo a que estas famílias se sujeitarão. Que repare ainda, o abalo psicológico sofrido pelo agente: o Estado proíbe o agente de 'querer', tolhendo o seu 'poder'.

De um modo geral, conforme bem leciona Hugues Costa de França Ribeiro (2001, p.14), "educação, geralmente, ministrada a essas pessoas, faz com que enxerguem as expressões de seus desejos e comportamentos sexuais como negativos, excessivos e chocantes".

Assim, normalmente, o vulnerável já tem um ponto de vista que pouco o favorece no que toca à sua sexualidade. Se uma tragédia anunciada como a do exemplo acontece, mesmo tendo ambos externado o consentimento, poucas coisas voltarão ao normal para aquele deficiente, pois verá o comportamento que já lhe é tão natural tido como criminoso. E pior: será submetido à exame para que se comprove a sanidade mental que aparenta ter. É como forçá-lo a admitir um delito que não praticou, uma conduta criminosa que nem por culposa passaria.

A solução se daria, talvez, se se estabelecesse um critério biológico no tipo.

Conforme Ribeiro (2001, p. 12), os estudos apontam que na maioria dos portadores de deficiência mental, a enfermidade se manifesta de forma leve ou moderada, sendo raras as ocorrências de deficiência mental grave.

Logo, não se pode proteger o levemente deficiente mental da mesma forma que se protege o gravemente doente. A diferença é assombrosa, e a superproteção estatal é prejudicante, o que lesiona claramente o Princípio da Isonomia.

Ora, ao tratar os 'diferentes' igualmente, a norma vai contra todo o sentido de igualdade material. Os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida em que se desigalam.

Desta forma, não tendo o legislador estabelecido critério biológico de análise da enfermidade – para eventual incidente de insanidade mental- ou limitado a faixa etária de abrangência do tipo, deixou à margem do aplicador do direito à restrição à liberdade sexual dos deficientes mentais.

Cabe, por oportuno, um estudo sobre a autodeterminação, bem como acerca dos aqui denominados “vulneráveis”.

II. II. II Vulneráveis

A proteção penal em relação aos crimes sexuais praticado contra criança e adolescente tem fundamento no artigo 227, §4º, da Constituição Federal que determina que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O bem jurídico tutelado é também a dignidade sexual, mas, primordialmente, a proteção ao desenvolvimento livre da personalidade sexual das crianças e adolescentes (COSTA, 2010, p.40).

A norma penal objetiva evitar que a criança e o adolescente, ainda que com práticas sexuais que não envolvam violência ou grave ameaça, padeçam de traumas psicológicos em razão de uma atividade sexual precoce.

Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 93) discorre:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

Diante desses fundamentos, pode se concluir que o que o legislador penal objetiva é a preservação de condições básicas para que crianças e adolescentes possam alcançar um desenvolvimento livre de sua personalidade sexual.

Em relação aos “vulneráveis” (assim considerados pelo ordenamento jurídico), por serem portadores de enfermidade ou deficiência mental, a questão se torna mais complexa.

Realizando uma interpretação literal do disposto no artigo 217- A, § 1º do Código Penal, verifica-se que se retira desses indivíduos o direito a uma vida sexual. Se alguém com eles se relaciona sexualmente, mesmo que sem violência ou grave ameaça, praticará o crime de estupro de vulnerável, crime esse inclusive considerado hediondo (v. artigo 1º, inciso VI, da Lei 8.072/90).

Ignorou-se que estes indivíduos também são sujeitos de direitos garantidos constitucionalmente, dentre os quais, o direito à sexualidade, que possuem sentimentos e necessidades como qualquer pessoa e que, portanto, fazem jus a um tratamento isonômico.

Cezar Roberto Bitencourt (2015, s.p.) ensina sobre o tema:

Da forma como foram tratados pelo legislador, neste Título VI da Parte Especial do Código Penal, que disciplina os *crimes contra a dignidade sexual*, mais uma vez, o legislador violou a própria dignidade de pessoas diferenciadas, tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à

sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade possível.

O simples fato de ser portador de enfermidade ou doença mental, apesar de impor cuidados, não retira dessas pessoas a sua sexualidade. Mas o legislador, no momento que proíbe e criminaliza qualquer contato sexual de um cidadão com estes portadores, por via indireta, impede que elas exerçam seu direito fundamental a sexualidade.

Condenar enfermos e doentes mentais a um tratamento desigual e inconstitucional que tolhe o exercício de um direito fundamental não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Há um projeto de Lei (nº 1213/2011) em trâmite na Câmara dos Deputados apresentado no dia 03(três) de maio de 2011 pelo deputado Carlos Gomes Bezerra que pretende a reforma do § 1º do art. 217-A do Código Penal. Prevê que o referido dispositivo tenha a seguinte redação:

§1.º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, ou qualquer outra causa, está impossibilitado de manifestar sua vontade ou de oferecer resistência para essas ações, aproveitando-se o agente dessas circunstâncias.

De acordo com a proposta de alteração, não basta que a “pseudo” vítima seja portadora da enfermidade ou deficiência mental, mas que o autor do delito aproveite dessa circunstância, excluindo-se, dessa forma, as relações decorrentes de relacionamento afetivo, o que seria muito mais adequado ao nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A heterogeneidade da composição mundial é notável. Estudos que tratam da diversidade presente no mundo são cada vez mais frequentes e mais tidos como ‘lugar-comum’. Em regra, a população deixa de olhar ao próximo porque aquele assunto não lhe diz respeito, em nada lhe convém.

Ocorre que, por mais que grande parte da população não apresente nenhuma deficiência visível ou quiçá identificável, as diferenças que unem todo ser

vivo no planeta ficam mais aparentes. Seja porque atualmente há uma maior preocupação com assuntos que há décadas não eram sequer citados; seja porque há uma tentativa desenfreada de tentar esconder essas diferenças; seja ainda, porque os olhos sociais ainda não estão acostumados com as diferenças. Caímos ainda, no olhar dos costumes e da necessidade de aprovação social para toda e qualquer conduta que é praticada.

De fato, a necessidade de programas de educação sexual para deficientes mentais é escancarada. Não sob a ótica preconceituosa – longe disso-, mas digo isto por uma análise jurídica: os jovens, adolescentes e adultos que, de alguma forma, são acometidos por deficiências mentais tem os mesmos direitos e garantias que qualquer outra pessoa. São também eles destinatários da Carta de Direitos de 1988; são também eles titulares da dignidade da pessoa humana, e por consequência, da atenção aos direitos emanados por essa norma irradiadora: vale dizer, a dignidade sexual dos doentes mentais necessita de proteção.

Não será constitucional, num Estado Democrático de Direito, qualquer medida que traga tendência de generalização de um tipo penal: perceba que, a situação do envolvimento entre dois doentes mentais é fracamente regulamentada, e que, por certo, o casal em que se relacionam um doente mental e um não acometido por qualquer doença não possui regulamentação alguma. Desta forma, merece aplausos o projeto de Lei 1.213/11, que adiciona um meio à prática do estupro de vulnerável, já que, doravante, deve o agente ter o conhecimento desta circunstância e dela aproveitar-se para a prática criminosa, o que, por motivos mais que expostos, ganha a concordância da autoria deste artigo.

Eis aí uma verdadeira proteção estatal aos desiguais. Não a proteção ‘para inglês ver’, ou melhor, ‘para o mundo ver’. Não. Merecem os nossos deficientes mentais a atenção dos nossos Três Poderes, merecem a atenção dos grandes empresários cujo afã é mostrar sua contribuição ao país. Merecem a atenção de todos.

Contudo, é importante frisar aquele brocardo bem lembrado por nossos ascendentes: tudo em excesso faz mal. Deve-se aqui aplicar o Postulado Normativo da Proibição de Excesso, para que as diretrizes lançadas em prol dos doentes mentais os ajudem, mas não os sufoquem. Os ensinem, mas não os acostumem. Os eduquem, mas não os deixem privados de sua liberdade.

A liberdade, o livre arbítrio, é talvez o segundo bem mais precioso do homem. Tendo o primeiro como a vida, é a liberdade que dá ao homem a chance de escolher por quais caminhos andar, quais batalhas lutar, quais oportunidades agarrar na vida. Tolher a liberdade de forma inexplicável, abrupta e sem qualquer benefício social é também retirar a oportunidade de viver dignamente.

É de se entender que liberdade e dignidade andam juntas. Desta forma, retirar a liberdade dos deficientes mentais ou superprotege-los é diminuir pouco a pouco sua dignidade.

É certo que, reconhecidamente, as palavras aqui escritas são visualizações de um mundo possivelmente utópico. Mas, a repressão de certas condutas humanas que são embasadas pela biologia, pela ordem natural das coisas, não deve prosperar.

Impedir o desenvolvimento sexual sadio é reprimir uma conduta natural. Ausentes os pressupostos constitucionais para repressão, não deve se falar em crime, mas sim em consenso para prática de atos biologicamente naturais e necessários para a perpetuação da espécie humana, sobre o que, convém dizer, não cabe a algum jurista opinar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Brasília: Senado, 1940.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Legislador trata com discriminação o deficiente mental**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/cezar-bitencourt-legislador-trata-discriminacao-deficiente-mental>. Acesso em 25/04/2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (v. 4).

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

BRASIL. Lei nº 12.015. Brasília: Senado, 2009.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Breves apontamentos sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana. In: **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 49, p. 29-50. 2010.

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

FABBRINI MIRABETE, Julio. N. FABBRINI, Renato. **Código Penal Interpretado**. 7ª ed. Editora Atlas, 2011.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. Coordenação e edição de Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Lexicografia de Margarida dos Anjos [et al]. 4ª edição, revista e ampliada. Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 3ª ed. Editora Objetiva, 2009.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2º ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2003.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. **Crimes contra a dignidade sexual e prostituição: uma necessária releitura para a proteção dos trabalhadores do sexo**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b7e5d59efb318841>. Acesso em: 01/04/2015.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218 – A e 218 – B, introduzidos pela Lei 12.015/2009). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 86, v. 18, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

REGIS PRADO, Luiz. **Comentários ao Código Penal**. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Hugues Costa de França. **Sexualidade e os Portadores de Deficiência Mental**. Revista Brasileira de Educação Especial, v. 7, n. 2, 2001.