

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA X ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Emanoelle Immig¹

Diego Alan Schöfer Albrecht²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3 CAPACIDADE CIVIL E PENAL. 4 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL FRENTE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: Tem a presente pesquisa o objetivo de perquirir acerca da sexualidade humana, que deve ser realizada com seriedade e respeitabilidade, com base no livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, que, a partir do ano de 2015, mais precisamente através do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passaram a fazer parte também da vida das pessoas com deficiência mental. Tal Estatuto trouxe elevadas mudanças na teoria das incapacidades civis, visto que atribuiu capacidade civil plena as pessoas com deficiência. Ocorre que, quando as pessoas com deficiência mental não possuem o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, participam do rol das vítimas do crime de estupro de vulnerável, o qual, passou a ser questionado a partir da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto a possibilidade de punição da pessoa que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com pessoa com deficiência mental. Trata-se, portanto, de pesquisa de abordagem explicativa, histórico-dialético e de cunho bibliográfico.

Palavras-chave: Deficiência mental. Capacidade. Direito civil. Direito penal. Estupro de vulnerável.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, em face do Código Civil brasileiro e do Código Penal brasileiro que disciplina o estupro de vulnerável. O legislador, por sua vez, englobou entre as vítimas do tipo, as pessoas com deficiência mental que não possuem o necessário discernimento para a prática do ato.

Para tanto, buscou-se observar primeiramente os direitos da pessoa com deficiência, já que, passaram-se vários séculos até estes serem efetivamente conquistados e reconhecidos, restando sobejamente determinados com status de emenda constitucional no ano de 2015.

Mesmo que a supracitada Lei tenha realizado alteração significativa no âmbito civil, não pode olvidar-se que necessariamente transcendeu também efeitos no âmbito criminal, visto que, os critérios utilizados para aferir as capacidades em ambos os institutos são distintos, e, portanto, autônomos.

¹ Aluna do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI. E-mail: emanoelleimmig@hotmail.com.

² Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Coordenador e Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. E-mail: diea2110@yahoo.com.br.

Daí que o foco do presente escrito é discutir acerca da possibilidade ou não da punição do crime de estupro de vulnerável frente a capacidade civil concedida as pessoas com deficiência mental, e ao livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos.

2 DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Em 2015, foi publicado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) que materializou o compromisso assumido pelo País no plano internacional. Esta legislação, alterou a teoria das incapacidades, promovendo a autonomia da pessoa com deficiência, concedendo-lhe capacidade civil plena.³ Com essa alteração, o legislador pretendeu impedir o tratamento do deficiente como alguém incapaz, em conformidade com os princípios da igualdade e da dignidade humana. Contudo, essa inovação acabou gerando críticas pela doutrina, por haver nesses casos a desproteção legal daqueles que a merecem.⁴

O primeiro artigo da Lei expõe o seguinte:

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 social e cidadania.⁵

Durante muito tempo, as pessoas com deficiência eram tratadas como aleijadinhos ou inválidos, além de serem considerados inúteis. Contudo, nos dias atuais, utiliza-se o termo “pessoas com deficiência”, visto que a nomenclatura de “pessoas portadoras de direitos especiais” foi rejeitada, já que, não os distingue dos demais grupos vulneráveis, que também necessitam de direitos para possuírem tratamento igualitário.⁶ Assim, com vistas à inclusão social das pessoas com

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁵ BRASIL. **Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁶ SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

deficiência, o art. 93 da Lei nº 8.213/91, expõe que as empresas privadas e os órgãos de administração pública devem reservar empregos ou cargos para pessoas com deficiência de modo proporcional ao número de empregados.⁷

O artigo 6º da Lei 13.146/2015 reafirma a capacidade civil da pessoa com deficiência, destacando as seguintes dimensões:

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 (grifo apostro).⁸

Dois são os modelos jurídicos de abordagem da deficiência. O primeira trata-se da deficiência sem curatela, ou seja, as pessoas com deficiência passaram a ser capazes, a menos que, por causa permanente ou transitória não possam exprimir sua vontade, (quando passarão a ser relativamente incapazes), possuem agora o poder de utilizar o instrumento de tomada de decisão apoiada. Nesse sentido, os apoiadores e as pessoas com deficiência deverão colocar em termo os limites do apoio oferecido, os compromissos e o seu prazo de vigência. Tudo isso foi realizado em prol do respeito do querer da pessoa que apresenta-se em situação de vulnerabilidade.⁹ O art. 1.783-A, *caput*, do Código Civil, que rege o instituto da tomada de decisão apoiada, preceitua:

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.¹⁰

⁷ BRASIL. **Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁸ BRASIL. **Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

O segundo modelo retrata a deficiência com curatela, a que são submetidos os relativamente incapazes. Assim, o artigo 84, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência estipula: “quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”.¹¹ A pessoa que pretenda interditar a pessoa com deficiência precisa estar a par das restrições da interdição, visto que quando interditado, a incapacidade da pessoa com deficiência será apenas relativa, devendo esta ser limitada à restrição da prática de atos patrimoniais, consoante art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência¹². Por assim ser, a pessoa com deficiência teria, conforme este artigo e o artigo 6º, inciso II, da Lei 13.146/2015, plena capacidade para exercer direitos sexuais e reprodutivos, por exemplo.

3 CAPACIDADE CIVIL E PENAL

Sobrevém a necessidade de classificar e distinguir a capacidade civil da penal. Primeiramente, analisa-se a capacidade civil, que, nos dias atuais, deve ser retratada a luz das teorias das capacidades, e não das incapacidades, sobretudo em virtude das constantes mudanças sociais no trato do tema. Exemplificativamente, o adolescente deste século não pode ser tratado igualmente àquele do século XIX. Neste sentido, capacidade vem a ser o exercício por si próprio dos atos da vida civil, sem representantes nem assistentes.¹³

O Código Civil considera absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, conforme artigo 3º deste, que teve todos os seus incisos revogados. Desse modo, a incapacidade absoluta proíbe o total exercício, por si só, dos atos da vida civil, havendo a necessidade de um representante legal para a realização destes.

¹¹ BRASIL. **Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Caso haja a inobservância da representação, o ato será nulo, nos termos do artigo 166, inciso I, do Código Civil.¹⁴

Em contrapartida, o artigo 4º do Código Civil especifica quem são os relativamente incapazes:

São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.¹⁵

Nesses casos, os relativamente incapazes deverão ser assistidos, sob pena de anulabilidade de seus atos. Cessa-se, contudo, as incapacidades quando também cessadas as razões que as determinaram. Por exemplo, se a questão for a idade, quando o menor atingir a maioridade (18 anos), passará a ser plenamente capaz. Outra causa, entretanto, antecipa a maioridade civil, qual seja, a emancipação. Essa pode ocorrer de forma voluntária, que é aquela em que o adolescente possui no mínimo 16 (dezesseis) anos e é concedida pelos pais. Pode ser ainda judicial, mediante solicitação do tutor do menor ao juiz, ou legal¹⁶, que provém das causas elencadas no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil.¹⁷

De modo diverso, no âmbito penal, para ser culpável, o sujeito deve ser imputável, ou seja, possuir capacidade ou aptidão para poder ser culpado. Deve ainda, ter a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e haver a exigência de obediência ao Direito.¹⁸ Assim, uma pessoa é responsável quando pratica um ato

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

¹⁷ Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

condenável e que causa uma lesão, embora somente possa lhe ser atribuída tal prática se pudesse ter agido de forma diversa, ou seja, evitado a lesão.¹⁹

Paulo César Busato ensina que

A imputabilidade refere-se à reunião de um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido. Para que se possa reprovar uma conduta, é necessário que seja demonstrado que o agente podia compreender, de maneira geral, o comando normativo.²⁰

Com o presente artigo que refere-se a pessoa com deficiência mental, cabe mencionar que o artigo 26 do Código Penal estabelece que este nem sempre é inimputável, a saber: “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.²¹

Deve haver, assim, a demonstração de um problema mental que tenha afetado a capacidade de compreender a ilicitude de um fato ou a determinação de acordo com esse entendimento. Podem ser citados como exemplos de doenças mentais a psicose maniaco-depressiva, a esquizofrenia, a alienação mental etc. Entretanto, além da constatação da doença, deve haver uma aferição quanto à relação da doença e a efetiva falta de compreensão no momento da conduta.²²

Por todas as considerações elencadas, é possível perceber que a lei civil não possui necessariamente efeitos no âmbito criminal, já que entre elas há consideráveis diferenças quanto à aferição das capacidades, visto serem institutos independentes. O Código Civil adota o critério do discernimento, ao passo que o Código Penal, o critério político-jurídico. É por isso que, se um menor de 18 anos for emancipado, ou seja, atingir capacidade civil, mas praticar um crime ou uma contravenção, irá

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120 CP. 28. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2018. p. 532.

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2018

²² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2018.

responder segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, e não como imputável, ou seja, a partir do Código Penal.²³

O Código Civil retrata a pessoa com deficiência mental como plenamente capaz, salvo se não puder exprimir a sua vontade, caso em que passará a ser considerado relativamente incapaz.²⁴ O art. 84, *caput*, do Estatuto da Pessoa com Deficiência reza que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.²⁵ Por assim ser, a alteração da capacidade civil dos deficientes mentais não tem força para alterar por si só a vigência de normas penais que tratam da matéria. O deficiente mental deve ser capaz de exprimir vontade própria para que satisfaça o requisito de validade em qualquer área, tanto quando da realização de um contrato, quanto para manter uma relação sexual, que deve ser livre e consciente, isenta de erro, fraude, coação e violência.²⁶

Embora o legislador tenha reconhecido a capacidade plena das pessoas com deficiência mental para os atos da vida civil, isso não significa que o tratamento se estenda ao ponto da atribuição plena de responsabilidade penal àqueles que não a tem. Sendo assim, não há como os submeter a sanções penais por condutas que não compreendem, visto que desse modo se estaria voltando às épocas em que se faziam julgamentos de animais pela suposta prática de crimes, não que se queira aqui comparar as pessoas com deficiência a estes. É necessário haver discernimento, dando-lhe a cada um o que é justo. Tanto na área cível quanto na penal, deve o operador do direito distinguir, independentemente da saúde mental, se o sujeito agiu por vontade própria ou alheia. Caso não tenha agido por sua vontade, há a

²³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Estupro de vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 9-28., dez./jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139819>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²⁵ BRASIL. **Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Estupro de vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 9-28., dez./jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139819>. Acesso em: 11 set. 2018.

necessidade de assistência e proteção, o que justifica a curatela e a incriminação por exemplo do estupro de vulnerável.²⁷

4 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL FRENTE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL

Sabe-se que quando as pessoas incapazes relacionam-se sexualmente podem não compreender a seriedade do ato.²⁸ É por esse motivo que o legislador incluiu nessa classificação do estupro de vulnerável os menores de catorze anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, ou aqueles que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.²⁹

A vulnerabilidade acarreta a necessidade de proteção pelo Estado em relação a certas pessoas ou situações. Envolve assim, os casos de doença mental, embriaguez, enfermidade e perda da consciência. Enfim, casos de evidente fragilidade, tanto que em decorrência disso, o estupro de vulnerável é considerado crime hediondo. Assim, de maneira explicativa, a conjunção carnal é a cópula vagínica (introdução do pênis na cavidade vaginal), e atos libidinosos são outras formas de realização do ato sexual, como por exemplo a cópula anal e a oral.³⁰

Visa-se com esse delito, proteger a liberdade sexual e o livre desenvolvimento das pessoas vulneráveis. Quanto aos menores de 14 (catorze) anos, também se pode dizer que há a defesa da inocência e da falta de maturidade. Por este motivo, o crime só é punido na forma dolosa, ou seja, o sujeito ativo, que pode ser qualquer pessoa, deve agir de forma voluntária e conhecer a condição de vulnerabilidade do ofendido.³¹

²⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Estupro de vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 9-28., dez./jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139819>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial, arts. 213 a 359-H**. 15. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017.

³¹ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 234-B)**. 4. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

E como já mencionado, o crime pode ser praticado por qualquer pessoa, não somente por homens, já que a mulher também pode ser autora ou partícipe numa cópula vagínica, além da punição de ambos quanto a prática de atos libidinosos.³²

O crime consuma-se com a realização do ato libidinoso, admitindo-se a tentativa, desde que o autor dê início à execução dos atos lascivos. Há também, formas qualificadas do crime, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 217-A do Código Penal: “[...]§ 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”.³³

Quanto ao tema central deste artigo, quando o tipo penal se refere à enfermidade ou deficiência mental, o legislador inseriu um fator de relativização da incapacidade de consentimento. Ao incluir a expressão “não tem o necessário discernimento para a prática do ato”, admitiu ser possível a prática da relação sexual, desde que o enfermo ou deficiente mental consinta validamente, diferentemente do que constava na lei anterior (artigo 224, b, Código Penal), que expunha unicamente ser a vítima “alienada ou débil mental”, sem atribuir a esta qualquer aspecto de discernimento.³⁴

Quando o delito envolver essas vítimas deve-se provar, no caso concreto, que em virtude da deficiência mental ou da enfermidade, esta não teve o necessário discernimento para a prática do ato. Neste sentido, deve haver a comprovação da vulnerabilidade por laudo pericial, sob pena de não restar comprovada a tipicidade da conduta.³⁵

Bitencourt critica o legislador, ao afirmar que tratou o enfermo e o deficiente mental como objetos e não como sujeitos de direitos, já que estes também possuem sentimentos, desejos e vontades, o que enseja tratamento igualitário destacado na Constituição Federal, ou seja, direito à sexualidade e ao livre exercício. Expõe que o

³² ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 234-B). 4. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

³³ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014.

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial, arts. 213 a 359-H**. 15. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017.

legislador se esqueceu de que estas pessoas possuem aspirações e buscam levar uma vida normal dentro de suas limitações.³⁶

É por esse motivo que o relacionamento sexual consentido com adulto enfermo ou deficiente mental é questão polêmica, até porque, nem todos têm consciência da vedação exposta na lei. Um exemplo é o deficiente portador de síndrome de Down, que necessita de muitos cuidados. Entretanto, será que ele está privado de ter relações sexuais? Sabe-se que essas pessoas chegam a conviver como companheiros, em união estável e, quando o legislador descreveu que o crime se caracteriza quando o enfermo ou deficiente mental “não possuir o necessário discernimento para a prática do ato”, pode haver uma divisão entre enfermos e deficientes mentais que são completamente impossibilitados de consentir no campo sexual, ou seja, passa-se a depender do tipo de enfermidade ou da deficiência mental.³⁷

Embora as pessoas com deficiência mental necessitem de cuidados especiais, não há como suprimir de suas vidas a sexualidade. Ao contrário, é bem nestas pessoas que esta pode ser a florada com mais intensidade pelo fato de haver dificuldade em controlá-la. Assim sendo, o direito penal não deveria ficar a cargo desses cuidados especiais, mas sim, outras áreas mais especializadas, como a psicologia, a psiquiatria e a assistência social. Além disso, pessoas nessas condições necessitam de acompanhamento de pessoas em que confiam (família e amigos) em vista à garantia de segurança.³⁸

José da Costa Soares expõe sobre o assunto que:

Se passarmos a considerar a prática do ato sexual consentido com um deficiente mental como algo tolerado e até, de certo modo, estimulado pelo ordenamento jurídico, estaremos diante de um ato plenamente normativo e, portanto, atípico do ponto de vista conglobante.³⁹

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁹ SOARES, José da Costa. **O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental: Análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60387/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-em-face-de-deficiente-mental>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Já se o deficiente mental não puder discernir sobre o ato sexual a que é conduzido, mesmo com a intervenção de leis civis, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, este não deixa de ser pessoa vulnerável e fazer parte da lista de vítimas do crime de “estupro de vulnerável”. Contudo, a falta de discernimento não elimina a preocupação quanto a realização de exame pericial com vistas a punir somente os agentes que agiram de má-fé e conheciam a vulnerabilidade da vítima.⁴⁰

De outro modo, Nadinne Sales Callou Esmeraldo Paes, ligada à ideia de tipicidade, segundo a qual, não pode um ramo do direito permitir uma conduta e outro ramo proibi-la, defende que a partir do dia 2 de janeiro de 2016, data em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência entrou em vigor, deveria ter ocorrido a revogação de uma parte do § 1º do artigo 217-A do Código Penal, a fim de excluir a conduta do sujeito que mantém relação sexual com deficiente mental se entre eles existir casamento.⁴¹

A supracitada autora expõe que como as pessoas com deficiência possuem capacidade civil plena, podem também contrair matrimônio. O casamento por sua vez, estipula como direitos e deveres conjugais a prática de relações sexuais entre os cônjuges, além de viver em comum no domicílio conjugal. Portanto, critica a conduta criminalmente punida (estupro de vulnerável), quando esta envolve pessoas com deficiência que convivem maritalmente.⁴²

5 CONCLUSÃO

⁴⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Estupro de vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 9-28., dez./jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139819>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴¹ PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. O crime de estupro de vulnerável em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência: análise da sua vigência à luz do direito ao casamento e ao exercício da sexualidade pessoas com deficiência mental. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 29-40., dez./jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139821>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴² PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. O crime de estupro de vulnerável em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência: análise da sua vigência à luz do direito ao casamento e ao exercício da sexualidade pessoas com deficiência mental. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 29-40., dez./jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139821>. Acesso em: 30 set. 2018.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência emergiu através da intenção primordial de trazer inclusão social às pessoas com deficiência, concedendo-lhes capacidade civil plena para todos os atos da vida civil. Elencou, assim, o legislador, no art. 6º do Estatuto o rol das aferições das pessoas com deficiência, podendo estas, por exemplo, constituir casamento ou união estável, reproduzir, manter relações sexuais, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos, enfim, exercer grande órbita de direitos no âmbito familiar.

Portanto, como as pessoas com deficiência passaram a poder exercer todos os direitos sexuais, inclusive casar e em consequência viver em lar comum, questiona-se a vigência do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, que pune o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com deficiente mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Há quem defenda que somente poderia se punir o agente a partir da observação do caso concreto, que deverá especificar se a pessoa com deficiência mental possui ou não todas as condições psíquicas afim de poder relacionar-se sexualmente. Em contrapartida, há quem critique determinada punição quando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso ocorre dentro do casamento ou da união estável e que o parceiro ou parceira possua deficiência mental.

Como já mencionado ao longo desta pesquisa, é justo nas pessoas com deficiência que a conduta sexual pode ser aflorada com mais intensidade pelo fato de que estas possuem dificuldade em controlá-la. Assim, depreende-se que nos casos em que vige o casamento ou a união estável, não poderia o sujeito ativo ser punido quando da prática de atos sexuais com pessoa com deficiência mental, até porque, em muitos casos, vislumbra-se que ambos os cônjuges ou companheiros são pessoas com deficiência, e assim, qual dos dois deverá ser punido?

Por conseguinte, deveria haver não uma revogação parcial do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, mas sim, uma complementação deste quanto aos casos em que exista, anteriormente, a constituição de casamento ou união estável com pessoa que possua deficiência mental, com vistas a extinção da punibilidade do agente que tem conjunção carnal ou outro ato libidinoso com seu parceiro/companheiro conjugal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Estupro de vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 9-28., dez./jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139819>. Acesso em: 10 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial, arts. 213 a 359-H**. 15. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 234-B). 4. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120 CP. 28. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014.

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. O crime de estupro de vulnerável em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência: análise da sua vigência à luz do direito ao casamento e ao exercício da sexualidade pessoas com deficiência mental. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, p. 29-40., dez./jan. 2017. Disponível em:
<http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139821>. Acesso em: 10 set. 2018.

SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SOARES, José da Costa. **O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental**:

Análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60387/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-em-face-de-deficiente-mental>>. Acesso em: 10 set. 2018.