

**DEFICIENTE INTELECTUAL, DIREITOS SEXUAIS E VULNERABILIDADE
PRESUMIDA**

INTELLECTUAL DISABLED, SEXUAL RIGHTS AND ASSUMED VULNERABILITY

Larissa Pedroso Vanon Delgado¹

RESUMO:

Este estudo foi desenvolvido a partir de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, e objetiva demonstrar as mudanças geradas a partir da entrada em vigor da lei 13.146/15 no que tange a capacidade civil, e seus reflexos no tratamento relativo aos direitos sexuais da pessoa com deficiência mental. Analisaremos ainda, o alcance dos direitos sexuais da pessoa com deficiência no crime de estupro de vulnerável e o possível conflito normativo gerado pela implementação do parágrafo 5º no artigo 217 – A do Código Penal que versa sobre tal delito.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro de Vulnerável. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade Civil. Conflito de normas penais. Direitos Sexuais.

ABSTRACT:

This study was developed from a qualitative, bibliographical and documentary research, and aims to demonstrate the changes generated from the entry into force of law 13.146 / 15 regarding civil capacity and its effects on the treatment of the sexual rights of people with disabilities. mental disability. We will also analyze the scope of the sexual rights of persons with disabilities in the crime of rape of vulnerable and the possible normative conflict generated by the implementation of paragraph 5 in article 217-A of the Penal Code that deals with such offense.

KEYWORDS: Vulnerable Rape. Statute Person's With Disabilities. Civil Capacity. Conflict of Criminal Norms. Sexual Rights

¹ Bacharelanda em Direito na Rede de Ensino Doctum de Juiz de Fora – MG, Técnica em Administração pela Escola Técnica de Formação Gerencial – SEBRAE-MG

INTRODUÇÃO

A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), adotada em 13 de dezembro de 2006, constitui-se em um marco para os Direitos Humanos e, principalmente, para os direitos da pessoa com deficiência. A CDPD foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional, na forma do § 3.º, do art. 5.º, da CF/1988, tornando-se uma norma constitucional. Através da assinatura e ratificação de tal convenção pelo Brasil, o país se comprometeu a tomar providências para a implementação de medidas que promovam a efetividade dos direitos por ela garantidos a pessoas com deficiência (ARAÚJO e FILHO, 2015; RIBEIRO, 2015).

Segundo o censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui cerca de 12,5 milhões de pessoas com deficiência, o que corresponde a 6,7% da população, resultado semelhante ao encontrado na Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), em 2013. Os dados foram interpretados seguindo as orientações internacionais ao considerar como pessoa com deficiência os indivíduos com muita dificuldade em pelo menos uma categoria analisada (enxergar, ouvir, caminhar ou subir degraus). O censo, 2010 também relatou que a deficiência mental/intelectual esteve presente em 1,4% da população brasileira (MICAS, GARCEZ e CONCEIÇÃO, 2018; IBGE, 2010).

Atualmente, apesar de ainda ocorrerem episódios de preconceito e discriminação voltados para a pessoa com deficiência, pode-se visualizar uma tendência geral de humanização das atitudes e dos comportamentos relacionados a estes, além de maiores esforços para sua inclusão social e superação da 'invisibilidade' histórica ao qual este grupo populacional foi sujeito (GARCIA, 2014).

Com a entrada em vigor da Lei 13.146/15, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, várias mudanças ocorreram no que dispõe o tratamento da pessoa com deficiência, havendo valorização do desenvolvimento pessoal e da integração social destes indivíduos. Uma dessas mudanças teve um grande reflexo no âmbito do Direito Civil no que tange a capacidade civil, pois após a lei entrar em vigor, a pessoa com deficiência mental passou a ser considerada capaz, e o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos passou também a ser reconhecido, conforme preceitua o art.6º caput e inciso II da referida lei.

Levando em consideração o disposto no art. 6º, II do Estatuto da Pessoa com Deficiência percebe-se a ocorrência de um conflito normativo com o art.217-A, §1º e §5º do Código Penal Brasileiro (CPB) no que engloba a compatibilidade entre o crime de estupro de vulnerável e a plena capacidade da pessoa com deficiência de exercer os seus direitos sexuais e reprodutivos.

O CPB, em seu artigo 217-A, elenca como crime de estupro de vulnerável ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menores de 14 (catorze) anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou, ainda, que por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. A pena cominada é de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Em seu parágrafo 5º, o artigo acima mencionado dispõe que a aplicação da pena prevista independe do consentimento da vítima e de ela já ter mantido relações sexuais anteriores ao crime.

O presente estudo tem como foco analisar os reflexos da lei 13.146/15 em relação ao crime de estupro de vulnerável, sendo necessária a discussão sobre qual norma vai ser levada em consideração ao se analisar tal delito: a lei 13.146/2015 que garante a plena capacidade civil para o deficiente mental, inclusive em relação ao exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos, ou o artigo 217-A e seus parágrafos 1º e 5º do CPB.

1. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015):

A Lei 13.146/15, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi publicada no dia 6 de julho de 2015, tendo como fundamento a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Ambos são possuidores de status de emenda constitucional, sendo estes recepcionados pela Constituição brasileira de 1988.

A Convenção de Nova York tem o objetivo de assegurar, proteger e promover a igualdade e plenitude do exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência e impulsionar também o respeito pela sua dignidade.

A referida convenção estabelece em seu artigo 12, item 2 que: "Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida civil.

O Estatuto surge então com esses mesmos ideais de igualdade de condições da pessoa com deficiência em relação às demais pessoas, definindo o deficiente intelectual em seu art.2º I como:

"aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas." (BRASIL, 2015, artigo 2º).

Tartuce (2017), em sua entrevista prestada ao Jornal da Carta Forence, afirma que a lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz como fundamento "entre outros, a equalização de direitos e a não discriminação, havendo a substituição da premissa da dignidade-vulnerabilidade pela dignidade-igualdade".

A Convenção de Nova York, conjuntamente com a Lei 13146/15, objetiva a garantia do exercício pleno e igualitário dos direitos humanos e fundamentais da pessoa com deficiência, sendo responsabilidade do Estado a promoção deles.

1.1. Reflexos da Lei nº 13.146/15 na capacidade civil:

A Lei 13.146/2015 promoveu mudanças no que dispõe o tratamento da pessoa com deficiência, destacando principalmente o seu desenvolvimento pessoal

e a integração social. Dentre as variadas mudanças, uma gerou grande reflexo no que se refere à capacidade civil da pessoa com deficiência.

O Direito Civil, para fins de conceito e de direitos, divide o instituto "pessoas" em pessoa jurídica e pessoa natural, sendo a segunda objeto deste estudo. A pessoa natural para o direito é o ser humano e, conforme versa o art. 1º do Código Civil brasileiro (CCB), todo ser humano é tido como um sujeito de direitos e deveres, sem haver qualquer distinção.

A personalidade civil está ligada com o instituto da pessoa natural, uma vez que tal personalidade é de relevante importância para que o sujeito esteja apto a constituir direitos e obrigações. Seu conceito engloba as qualidades e atributos inerentes a pessoa (nome, estado, domicílio) e para obtê-la basta que ocorra o nascimento com vida ou a concepção². Conforme o art. 2º da CCB: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

De acordo com Tartuce, a personalidade:

"...pode ser conceituada como a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a personalidade jurídica plena inicia-se com o nascimento com vida, ainda que por poucos instantes; segundo os adeptos da teoria natalista. Não se exige, como em outras legislações, que o recém nascido seja apto para a vida, conforme determina o Código Civil Francês. " (TARTUCE, 2019, p. 189).

Enquanto a personalidade é o conjunto das qualidades e atributos inerentes da pessoa, a capacidade civil do sujeito está atrelada a aptidão de assumir obrigações e do exercício dos direitos.

A capacidade está dividida em dois tipos, a de fato e a de direito, sendo que uma não se confunde com a outra. A capacidade de direito é inerente à

² Três teorias procuram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro. A natalista afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; a da personalidade condicional sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida; e a concepcionista admite que se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida.(GONÇALVES,2018, p.53)

personalidade, a aptidão de obter direitos, ou seja, é própria de todo sujeito. Já a capacidade de fato é a aptidão para exercer os direitos por conta própria.

Em alguns casos, o indivíduo poderá não possuir capacidade de fato, levando em consideração que este não detém de aptidão para exercer por si só os atos da vida civil, porém a capacidade de direito não pode ser negada a ninguém. O menor de idade, por exemplo, possui a capacidade de direito, mas devido a sua condição de ser humano em desenvolvimento, ainda vulnerável, não possui capacidade de fato.

Aquele que detém as duas capacidades é considerado como um sujeito que possui capacidade plena. Se houver a existência apenas da capacidade de direito, o sujeito passa a ser considerado incapaz, cabendo à legislação brasileira regular quem se enquadra neste conceito. O rol dos relativamente incapazes e absolutamente incapazes encontra-se disposto nos art. 3º e 4º do CCB.

Os absolutamente incapazes são aqueles impossibilitados de realizar pessoalmente ou diretamente os atos inerentes à vida civil, necessitando de representação na prática de tais atos. Já os relativamente incapazes, são aqueles que não são impossibilitados de realizar os atos da vida civil pessoalmente, porém necessitam estar assistidos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência influenciou diretamente neste rol, uma vez que concedeu capacidade civil plena para as pessoas com deficiência, tornando-as aptas ao exercício pleno dos atos da vida civil. Com a sua entrada em vigor houve significantes mudanças nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

O Caput do art. 3º do CCB teve sua redação alterada e todos os seus incisos foram revogados. Anteriormente ao estatuto, a pessoa com deficiência mental era considerada absolutamente incapaz por estar elencada no rol do referido artigo:

“ Art. 3º 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. ” (BRASIL, 2002, artigo 3º).

Atualmente, após a mudança na redação, o artigo 3º passa a considerar como absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, pautando-se exclusivamente em critério etário, não havendo mais pessoa maior de idade absolutamente incapaz: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”.

Os incisos II e III do artigo 4º também foram modificados. Antes era lhes atribuída a seguinte redação:

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

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo... “

Aqueles que tinham o discernimento reduzido em virtude de deficiência mental e os sem desenvolvimento mental completo eram considerados relativamente incapazes. Posteriormente ao EPD temos a seguinte redação:

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;”

Verifica-se que atualmente somente são considerados relativamente incapazes os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e pródigos ou aqueles, que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, não estando a pessoa com deficiência mental incluída mais neste rol taxativo.

A pessoa com deficiência mental era tratada pela legislação brasileira como incapaz por ser considerada uma parte mais vulnerável nas interações cíveis, devendo ser protegida de forma mais específica pelo ordenamento jurídico.

Conforme preceitua Requião:

“Historicamente no direito brasileiro, o portador de transtorno mental foi tratado como incapaz. Com algumas variações de termos e grau, assim foi nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 e também no atual Código Civil de 2002, até o presente momento. Sob a justificativa da sua proteção foi ele rubricado como incapaz, com claro prejuízo à sua autonomia e, muitas vezes, dignidade”. (Requião,2015)

Em relação à antiga teoria da incapacidade Tartuce aponta que:

“o sistema de incapacidade anterior não protegia a pessoa em si, mas os negócios e atos praticados, em uma visão excessivamente patrimonialista, que sempre mereceu críticas.” (TARTUCE, 2019, p.203).

Pautando-se no que se refere a legislação atual Gonçalves entende que:

“para a referida lei o deficiente tem uma qualidade que os difere das demais pessoas, mas não uma doença. Por essa razão é excluído do rol dos incapazes e se equipara à pessoa capaz” (GONÇALVES, 2018, p.57).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo como fundamento os ideais da convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, objetivando maior inclusão e a igualdade de exercício de direitos para promover a dignidade humana, passou a considerar, através das modificações inseridas em nosso Código Civil, a pessoa com deficiência como plenamente capaz de praticar os atos da vida civil.

Gonçalves afirma que com essa modificação legislativa:

“ o deficiente é agora pessoa plenamente capaz, salvo se não puder exprimir sua vontade – caso em que será considerado relativamente incapaz, podendo, quando necessário, ter um curador nomeado em processo judicial (Estatuto da Pessoa com Deficiência, art. 84). Observe-se que a incapacidade relativa não decorre propriamente da deficiência, mas da impossibilidade de exprimir a vontade.”(GONÇALVES, 2019, p. 57).

A capacidade civil, portanto, ampliou-se, e através de uma perspectiva inclusiva, englobou a pessoa com deficiência, passando esta a ser considerada capaz da realização direta dos atos da vida civil.

1.2. Direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência mental sob a ótica da Lei 13.146/15:

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos fundamentais intimamente ligados aos direitos humanos e pautam-se principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana. Através desses direitos temos a garantia do livre exercício da sexualidade, sem haver nenhum tipo de constrangimento, assim como o respeito e autonomia ligada as decisões do indivíduo em relação a sua vida sexual e a reprodução, tendo a própria pessoa a responsabilidade dessas decisões.

Ao longo do tempo, os direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência mental foram negligenciados, sendo elas classificadas geralmente ou como assexuadas ou hipersexuadas, quando, na verdade, a sua sexualidade assemelha-se a de qualquer pessoa, podendo haver restrições a depender do ambiente em que está inserida.

Neste sentido, o próprio Código Penal brasileiro enquadra no delito de crime de estupro de vulnerável aquele que mantiver conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com o deficiente intelectual independente do consentimento, conforme preceitua no art. 217-A parágrafos 1º e 5º.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com deficiência mental passou a ser considerada capaz, reconhecendo também o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, conforme preceitua o art.6º caput e inciso II da referida lei.

Com o reconhecimento da capacidade plena e do livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, o deficiente intelectual passou a ter a autonomia de exercício de tais direitos conforme qualquer ser humano, podendo tomar suas próprias decisões.

2. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável em sua forma simples ou qualificada é considerado crime hediondo, conforme preceitua o artigo 1º, inciso VI, da Lei n.º 8.072/90 e encontra-se discriminado no Art. 217-A do Código Penal brasileiro como, a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou, ainda, que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Em casos de estupro de vulnerável, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo qualquer um enquadrado no rol de vulnerável do artigo 217-A. Não existe a figura culposa nesse delito, pois o seu elemento subjetivo é o dolo, exigindo a especificidade de se buscar a satisfação da lasciva.

A pena cominada é de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Caso a conduta resulte em lesão corporal de natureza grave, a pena cominada passa a ser

de 10 a 20 anos e, se tal conduta resultar em morte, a pena passa a ser reclusão de 12 a 30 anos, conforme preceitua o art. 217-A caput e parágrafos 3º e 4º do CPB.

Para efeitos de aplicação da pena prevista, o parágrafo 5º dispõe que independe do consentimento da vítima e de ela já ter mantido relações sexuais anteriores ao crime, ou seja, mesmo que a vítima consinta, tal ato ainda pode ser enquadrado como estupro de vulnerável.

Conforme o artigo 225 do CPB a ação penal desse delito é publica incondicionada.

2.1. Vulnerabilidade e presunção de violência:

O Código Penal brasileiro anteriormente previa em seu artigo 224 hipóteses em que se presumia a violência no tocante aos crimes contra a dignidade sexual. As pessoas elencadas nas situações retratadas em tal artigo eram consideradas como incapazes de consentir a relação sexual, presumindo-se, portanto, que foram obrigadas a tal ato mesmo que tivessem permitido.

Para Fernando Carpez:

“Era a chamada violência ficta. Tinha em vista o legislador circunstâncias em que a vítima não possuía capacidade para consentir validamente ou para oferecer resistência. Com base na presença dessas circunstâncias, criou-se uma presunção legal do emprego de violência, pois, se não havia capacidade para consentir ou para resistir, presumia-se que o ato foi violento. Diferia da violência real, pois nesta havia efetiva coação física ou moral.” (Carpez,2013, p)

Com o surgimento da lei 12.015/2009 tal artigo foi revogado, eliminando assim a ideia de presunção de violência e sua classificação que se valia de situações fáticas. Configurou-se então, a criação de um crime autônomo sob a nomenclatura estupro de vulnerável no artigo 217-A, que como consequência consolidou essa alteração.

Com a queda da presunção de violência surge à ideia de vulnerabilidade, gerando então outra polêmica acerca de a vulnerabilidade trazida pelo CPB ser absoluta ou relativa. A vulnerabilidade absoluta é aquela em que não se admite prova em contrário, ou seja, basta haver o ato para ser considerado estupro, diferente da vulnerabilidade relativa, em que o caso deve ser analisado, pois o sujeito pode ser considerado apto a decidir.

Capez entende que:

“Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc...” (CAPEZ,2018, pag.148)

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ)³ já firmava o entendimento através da súmula 593 de que o consentimento da vítima, nos casos de menores de 14 anos, era irrelevante no tocante ao enquadramento no delito de estupro de vulnerável. Em 2018 foi acrescido no art.217-A o § 5º que reafirma tal entendimento e, ainda, inclui os que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Quando se trata da vulnerabilidade em relação à idade o entendimento majoritário é de que ela é absoluta.

Neste aspecto, já pós inclusão do §5º do art. 217 – A, Nucci discorre que:

A inclusão desse parágrafo possui o nítido objetivo de tornar claro o caminho escolhido pelo Parlamento, buscando colocar um fim à divergência doutrinária e jurisprudencial, no tocante à vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos. Elege-se a vulnerabilidade absoluta, ao deixar nítido que é punível a conjunção carnal ou o ato libidinoso com menor de 14 anos independentemente de seu consentimento ou do fato de ela já ter tido relações sexuais anteriormente ao crime. Em primeiro lugar, há de se concluir que qualquer pessoa com menos de 14 anos, podendo consentir ou não, de modo válido, leia-se, mesmo compreendendo o significado e os efeitos de uma relação sexual, está proibida, por lei, de se relacionar sexualmente. Descumprido o preceito, seu (sua) parceiro(a) será punido(a) (maior de 18, estupro de vulnerável; menor de 18, ato infracional similar ao estupro de vulnerável). Cai, por força de lei, a vulnerabilidade relativa de menores de 14 anos. (NUCCI,2018,p.171)

Anteriormente ao §5º do art. 217 – A, atribuía-se a compreensão de que, em relação ao deficiente mental, a vulnerabilidade deveria ser relativa, sendo o ideal analisar o grau dessa vulnerabilidade para só assim poder estabelecer se o sujeito detinha ou não o discernimento necessário para consentir.

Verifica-se que atualmente com tal acréscimo surgiu um conflito de normas, uma vez que a descrição do parágrafo 1º leva ao entendimento de que só se

³ Súmula 593-STJ: O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

enquadra em estupro de vulnerável casos em que o deficiente mental não tenha o necessário discernimento para consentir tal ato e o parágrafo 5º generalizou ao afirmar que independe de tal consentimento.

Para Nucci, em relação a pessoas enfermas ou doentes mentais:

“Há de se analisar o grau da vulnerabilidade, se absoluta ou relativa. Não se pode olvidar, nesse contexto, que pessoas enfermas ou doentes mentais, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, têm direito, quando possível, à vida sexual saudável. Sentem necessidade e desejo e podem manter relacionamentos estáveis, inclusive, conforme o caso.” (NUCCI,2019.p.185)

2.2. O artigo 217 – A e o conflito aparente de normas:

A Lei 12015/2009 introduziu na legislação penal modificações no que tange os crimes sexuais contra vulnerável. A redação do parágrafo 1º do 217 – A aponta um avanço em relação ao revogado artigo 224 do código penal, uma vez que, tal redação transparece o ideal de que o deficiente mental não pode ser privado de modo absoluto do relacionamento sexual. Tal redação estimula a não vedação absoluta do exercício dos direitos sexuais e instiga o legislador a analisar cada caso para poder descobrir se aquele deficiente mental tem o necessário discernimento para a prática de tal ato.

A redação do parágrafo 5º diverge do entendimento do parágrafo 1º uma vez que destaca ser irrelevante o consentimento da vítima, concorrendo no crime de estupro de vulnerável aquele que tiver conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com qualquer um dos sujeitos elencados no artigo 217-A, inclusive o deficiente mental. Tal redação diverge também do que discrimina o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ocorrendo um conflito normativo entre a própria lei penal e entre os ideais da lei civil.

Caracterizado tal conflito, o mais coerente seria a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, sendo a mesma conhecida como aquela que promove a aplicação da legislação da forma mais coerente, não se utilizando da exclusão de uma norma ou outra.

Conforme o entendimento de Sanches o mais adequado seria:

“interpretar restritivamente a regra inserida no §5º, que deve se ater às situações que envolvam o caput do art. 217-A, ou seja, os

menores de quatorze anos. No casos dos deficientes, faz-se interpretação sistemática para compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade Individual. Isto nada mais é do que a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, segundo a qual diante de eventuais conflitos normativos, ao invés de simplesmente excluir-se uma norma pela outra deve-se buscar compatibilizá-las para que se garanta uma aplicação coerente e coordenada.”(Sanches, 2019, p.528).

Aplicando-se a Teoria do Diálogo das Fontes teríamos uma forma mais justa de usar tanto a legislação penal quanto a cível no que tange os direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência, não excluindo nem uma nem outra mas, sim, aplicando-as da melhor forma possível para que a pessoa com deficiência não seja proibida de exercer direitos que lhe são garantidos e também para que não lhe falte a proteção necessária por parte de nossa legislação.

3. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme já preceituado no item anterior, apesar de divergir com o ideal expresso no parágrafo 5º do 217 – A, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ao conceder a capacidade civil ao deficiente mental, reconhecendo também o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, não interferiu de forma direta na caracterização do crime de estupro de vulnerável.

Rogério Sanches discorre que:

“O Estatuto da Pessoa com Deficiência 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 deficiência mental de que padeça alguém ocasiona 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.” (Sanches,2019, p.527)

Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09 houve a extinção da presunção de violência e a partir de então, com a redação trazida pelo §1º do 217 – A, entendeu-se ser necessária a apuração em relação a enfermidade ou deficiência mental do sujeito para verificar se tal deficiência inibe a sua capacidade de discernimento.

Para Cezar Roberto Bitencourt:

“o simples fato de alguém ser “enfermo ou deficiente mental” não o torna vulnerável para equipará-lo ao menor de 14 anos, sendo indispensável o acréscimo de sua incapacidade para discernir a prática do ato, como exige o referido § 1o. Trata-se, efetivamente, de uma elementar normativa do tipo penal que envolve dois juízos valorativos: primeiro, o juízo sobre a existência de anormalidade psíquica (aspecto biológico); segundo, o juízo sobre a consequência dessa anormalidade, qual seja, a incapacidade de discernir a prática do ato (aspecto psicológico). Ambas as avaliações dependem, necessariamente, de comprovação por meio de perícia médica especializada. E somente a presença dos dois aspectos – a anormalidade psíquica e a incapacidade de discernir a prática do ato libidinoso – satisfaz a referida elementar típica configuradora da vulnerabilidade penal de enfermo ou deficiente mental.”(Bitencourt,2018,p.120)

Neste sentido, os ideais trazidos pelo Estatuto não conflitaram diretamente com o Código Penal, uma vez que o mesmo já transparecia a ideia de não vedação absoluta dos direitos sexuais do deficiente mental, dando a proteção apenas para aqueles que realmente não detinham capacidade de consentir.

CONCLUSÃO

Os avanços sociais acabaram por evidenciar a importância da promoção dos direitos da pessoa com deficiência em nossa sociedade, pois ao longo dos anos a liberdade de exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos foram reprimidos, inclusive, pela própria legislação brasileira com o intuito de proteção de tais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência levantando a bandeira dos ideais propostos pela Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, sendo eles a igualdade de tratamento, não discriminação e a promoção da dignidade da pessoa humana, efetivou a não repressão de tais direitos.

A pessoa com deficiência passou a ter plena capacidade civil e também teve assegurado o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. Em contrapartida, o direito penal pune aquele que pratica conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com a pessoa com deficiência mental, enquadrando tal atitude no tipo penal de estupro de vulnerável elencado no artigo 217 –A e seus parágrafos do CPB.

Após uma análise do conflito normativo gerado entre a Lei 13.146/15 e o crime de estupro de vulnerável (art.217 –A CPB) ficou evidenciado que o direito penal já estava acompanhando o avanço social no que se refere a pessoa com deficiência mental sendo que, quando tipificou o delito em relação ao deficiente mental, deixou claro que seria estupro de vulnerável quando a conjunção carnal ou o ato libidinoso fosse praticado contra o deficiente intelectual que não tivesse necessário discernimento. Neste sentido, em relação ao paragrafo 1º ficou evidente que o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interferiu no direito penal uma vez que já se tinha a ideia de que deveria analisar grau de discernimento para o consentimento da relação sexual.

Em 2018 porem, com o acréscimo do paragrafo 5º no artigo 217 –A verifica-se um conflito normativo dentro do próprio tipo penal em relação ao §1º e, também, da norma penal com os ideias do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal paragrafo surge para efetivar a ideia de vulnerabilidade absoluta não só do menor de 14 anos, mas também do deficiente mental que ate então pela redação do paragrafo 1º era considerado possuidor de vulnerabilidade relativa uma vez que deveria ser analisado o seu grau de discernimento.

Para que o direito brasileiro continue acompanhando as ideias de igualdade, não discriminação, não repressão dos direitos e a promoção da dignidade da pessoa humana em relação ao deficiente mental verificou-se que o mais adequado para resolver tal conflito normativo seria a aplicação da teoria do diálogo das fontes, sendo que através de tal aplicação, as normas jurídicas não se excluíam e o deficiente mental seria tratado de forma justa sendo como igual dentro das suas desigualdades, havendo ao mesmo tempo a garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos e a proteção de tais direitos no que tange ao estupro.

Sendo assim, a aplicação da vulnerabilidade absoluta prevista no §5º seria somente em relação ao caput do 217-A e não em relação à aqueles elencados no §1º. Portanto, a vulnerabilidade continuaria relativa devendo-se proceder da maneira que já vinha sendo feita, ou seja, com a análise do caso concreto para verificar o grau de discernimento da pessoa com deficiência.

Referencias

ARAÚJO, L. A. D.; FILHO, W. M. C. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência p EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas Novidades.** Revistas dos Tribunais, vol. 962, ano 04, dez. 2015, p. 65-80.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito penal : parte especial 4 : crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública** /12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 26/10/19.

BRASIL. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 10/11/2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26/10/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts.213 a 359-H**—16.ed. atual.—São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando, **Direito Penal Simplificado: Parte Especial**, 17 ed – São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPUCHO, Ellen Drumond de Paula; SOUZA, Alexsandrina Ramos de Carvalho. **A aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em caso de estupro de vulnerável.** Disponível em: <http://www.fadivale.com.br/portal/revista/?b5-file=4362&b5-folder=4357>. Acesso em: 28/06/19.

CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de Direito Penal – Parte Especial.** 11 ed. Salvador: JusPodivm. 2019.

GARCIA, V. G. **Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil. Trabalho, Educação e Saúde,** 12 (1) (2014), pp. 165-187.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral**– 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

IBGE. (2010). **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência.** 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf > Acesso em 23/11/2019.

MICAS, L.; GARCEZ, L.; CONCEIÇÃO, L. H. P. **IBGE constata 6,7% de pessoas com deficiência no Brasil com nova margem de corte.** 2018. Disponível em: <https://www.diversa.org.br/artigos/ibge-constata-67-de-pessoas-com-deficiencia-no-brasil/> > Acesso em 23/11/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal.** – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REQUIÃO, Mauricio, **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime de incapacidades civil.** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em: 24/11/2019.

RIBEIRO, M. P. A. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador.** 26 ago. 2015.

TARTUCE, Flavio, **Debate sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência com José Fernando Simão.** 2017. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/448311888/debate-sobre-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-com-jose-fernando-simao> Acesso em: 20/11/2019.