

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

JAINÉ TELMA DA CUNHA

**CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE APÓS A ENTRADA EM
VIGOR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

CARANGOLA

2018

JAINÉ TELMA DA CUNHA

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE APÓS A ENTRADA EM
VIGOR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Carangola, como
requisito parcial à obtenção do título de
Direito.**

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Rodrigo Mendes

CARANGOLA

2018

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de conclusão de Curso intitulado **CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**, elaborada pela aluna **JAINÉ TELMA DA CUNHA**, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola-MG, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Carangola, MG, ____ de _____ de 2018

Prof. Orientador:

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho monográfico busca analisar a existência de conflito entre o Código Penal, em especial o seu artigo 217-A, que tipifica o estupro de vulnerável e a Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, que institui o Estatuto das Pessoas com Deficiência, que se encontra em vigor desde o mês de janeiro de 2016. O pressuposto inicial neste caso se encontra no fato de o Estatuto garantir que uma limitação por si só, não afeta a plena capacidade civil de um indivíduo, tendo este o direito de exercer inclusive, os seus direitos sexuais e reprodutivos. Já o Código Penal brasileiro considera crime ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência, não tem o discernimento necessário para consentir, conforme exposto no referido artigo. Fato inegável consiste em afirmar que a consciência é elemento necessário para se configurar ou não o crime tipificado como estupro de vulnerável, não existindo nesse ponto inconsistência entre ambos os dispositivos legais, no entanto, se ressalta aqui as falhas nesse processo no que diz respeito a determinação da condição de relativamente incapaz.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa Com Deficiência. Capacidade Civil. Direitos Sexuais. Estupro de Vulnerável. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

This monumental work seeks to analyze the existence of a conflict between the Criminal Code, especially its article 217-A, which typifies rape of vulnerable and the Law 13,146 of July 6, 2015, which establishes the Statute of Persons with Disabilities , which is in force since January 2016. What is happening in case of non-compliance with the Statute of an individual for this reason, can not be made public the full capacity of an individual, having this right of sexual and reproductive rights. The Brazilian Penal Code, on the other hand, considers the sexual or practical conjunction with libidinity to be a crime, for those who are carriers or disabled, do not have the necessary discernment to consent, as stated in the subject. Undeniable fact is to state that it is a necessary element to configure typographic crime as a process of vulnerability, determining the prevalence of.

Keywords: People With Disabilities Statute. Legal Capacity. Sexual Rights. Rape of vulnerable persons. Vulnerability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CAPACIDADE CIVIL E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA	8
2.1 Conceito de capacidade civil	8
2.2 Das incapacidades absoluta e relativa	10
2.3 Da responsabilidade civil dos incapazes	11
2.4 Tomada de decisão apoiada.....	12
3 O ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	15
3.1 Os reflexos da Lei n. 13.146/15	15
3.2 O Estatuto frente a nova teoria das incapacidades no CC/02.....	17
4 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	20
4.1 Modificações trazidas pela nova redação do artigo 217-A do CP.....	21
4.2 Distinção entre presunção absoluta e relativa e vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa.....	24
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS.....	30

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho realiza uma abordagem sobre o crime de estupro de vulnerável após a entrada em vigor da Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência.

O referido estatuto alterou a teoria das incapacidades adotada até então pelo Código Civil de 2002, e passou a considerar como pessoa capaz as pessoas com deficiência mental, passando agora a ser reconhecido o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

A Lei 13.146/15 inovou ao conferir as pessoas com deficiência maior autonomia sobre sua vida particular, ao modificarem o entendimento da capacidade civil das pessoas com deficiência, tornando-as absolutamente capazes para a exercer seus direitos da vida civil, conforme exposto no artigo 6º do Código Civil de 2002.

O Estatuto das Pessoas com deficiência visa promover maior proteção, ao mesmo passo, que busca assegurar as liberdades fundamentais e o exercício pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas deficientes.

A Lei n. 13.146/2015 apesar de alterar diversos dispositivos normativos, não tratou de todos os conflitos que surgiram com essa alteração, como é o caso dos crimes contra a dignidade sexual, especificamente o estupro de vulnerável, que é o tema central deste trabalho.

Após as alterações relativas a capacidade civil das pessoas com deficiência, um conflito surgiu diante da redação do artigo 217-A, §1º, do Código Penal, que dispõe, que comete o crime de estupro de vulnerável quem tem conjunção carnal ou praticam outro ato libidinoso 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.

E assim se formula o problema central do presente trabalho monográfico, como responderá por estupro de vulnerável o indivíduo que se relaciona sexualmente com um deficiente mental, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterando as normas do Código Civil que regulam a capacidade do deficiente para a prática de atos na esfera civil.

Dessa forma justifica-se o presente trabalho, no sentido de buscar esclarecer a situação da prática do crime de estupro de vulnerável praticado contra o deficiente, considerado civilmente capaz para “exercer seus direitos sexuais e reprodutivos”, como caracterizá-lo como vulnerável, e, dessa forma incapaz de consentir com o ato sexual. Assim, estudar a solução de tal impasse servirá para entender melhor o exercício da sexualidade das pessoas com deficiência, a balizar quando estas pessoas devem ser consideradas vulneráveis perante o direito penal.

Para se alcançar os objetivos aqui propostos, será realizado um estudo por meio de pesquisa bibliográfica, onde através do levantamento da bibliografia existentes sobre o tema, será analisado os divergentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, afim de se entender melhor sobre a capacidade das pessoas com deficiência, frente ao Direito Penal.

Por fim, esta monografia será exposta em três capítulos, onde no primeiro se fará uma análise geral da capacidade civil das pessoas em geral e das pessoas com deficiência, dando-se ênfase ao estudo das teorias da incapacidade. No capítulo seguinte será abordado o Estatuto das pessoas com deficiência (Lei. n. 11.146/15) e seus reflexos para o ordenamento jurídico brasileiro e por último se estudará a prática do crime de estupro de vulnerável, em relação as pessoas com deficiência, e a sua presunção de violência.

2 CAPACIDADE CIVIL E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

2.1 CONCEITO DE CAPACIDADE CIVIL

Tema de extrema relevância para o ordenamento jurídico brasileiro é a capacidade civil das pessoas diante das atuais alterações apresentadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tema que gera discussão em diversas áreas distintas, como no mundo jurídico, na filosofia, na psicologia, nas ciências humanas comportamentais, entre outras, tendo em vista trazer consequências no cotidiano das pessoas que vivem em sociedade.

O presente trabalho tem por escopo analisar a recente alteração legislativas que trata sobre a capacidade absoluta e relativa, e apresenta diversas implicações no mundo jurídico, como é o caso do crime de estupro de vulnerável.

Inicialmente se faz relevante dissertar sobre a capacidade civil das pessoas. No direito civil brasileiro, os direitos da personalidade humana só se iniciam com o nascimento com vida, no entanto, tais direitos devem ser assegurados desde a concepção do feto, conforme disposto no artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002)

Ocorre, no entanto, que o tema ainda enfrenta forte discussão entre os doutrinadores adeptos as teorias natalista e concepcionista. Para a primeira teoria, o nascituro não é considerado pessoa humana antes do seu nascimento com vida, antes disso possui somente expectativa de direitos. Já para a segunda teoria, o nascituro é considerado pessoa humana e deve ter seus direitos resguardados desde a sua concepção.

Assim, diante da leitura do artigo citado acima, pode-se concluir que o Código Civil adotou um posicionamento um pouco diferenciado, pois o momento do surgimento da personalidade jurídica se iniciaria com o nascimento com vida, de acordo com a teoria natalista, no entanto, preserva os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Por sua vez a capacidade civil está vinculada a ideia de aptidão, seria um atributo para se exercer os direitos civis, não se confundindo assim com a personalidade, apesar de ambas possuírem conceitos muito similares.

Uma vez adquirida a personalidade jurídica, a pessoa passa a ser considerada capaz de possuir direitos e contrair obrigações.

Para Marcos Bernardes de Mello, capacidade jurídica como prefere chamar, é a “aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica” (MELLO, 2015, p. 17)

Sobre o assunto explica Pedro Lenza:

O art. 1º do novo Código entrosa o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda “pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. Todavia, embora se interpenetrem, tais atributos não se confundem, uma vez que a capacidade pode sofrer limitação. (LENZA, 2010, p. 175)

O autor ainda complementa ao dizer que:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele⁸. Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo. (LENZA, 2010, p. 175)

A capacidade pode ser subdividida em capacidade de direito e capacidade de fato, a primeira exprime a própria aptidão para exercer direitos e deveres. Já a segunda se resume na capacidade de se praticar atos de forma pessoal. Diz-se, portanto, que aquele que possui ambas as capacidades, a de fato e de direito, possui capacidade plena para os atos da vida civil.

Ocorre, contudo, casos em que a pessoa pode não possuir capacidade, ou seja, ser incapaz. Segundo Silvio Rodrigues, a “incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que lei acha indispensável para que ela exerça os seus direitos. ” (RODRIGUES, 2002, p. 37-38).

Dessa forma, para uma pessoa incapaz, falta-lhe “a aptidão para praticar pessoalmente todos os atos da vida civil.” (LENZA, 2010, p. 117). Ou seja, uma pessoa incapaz não possui ao mesmo tempo ambas as capacidades, a de fato e a de direito, sem de tal maneira, impossibilitada de manifesta-se de forma real e jurídica a sua vontade.

2.2 Das incapacidades absolutas e relativas

A incapacidade civil é considerada a exceção, e as suas possibilidades são previstas em rol taxativo. E tem por único objetivo proteger os direitos das pessoas ditas incapazes, e nunca limitar a personalidade jurídica.

O Código Civil de 2002, apresenta dois grupos de incapacidade, a absoluta prevista no artigo 3º, e a relativa no artigo 4º.

A incapacidade civil relativa prevista no artigo 4º do Código Civil, indica certos atos ou à maneira de exercê-los, veja-se:

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002, s/p.)

O legislador, optou por não mais fazer distinção entre capacidade absoluta e relativa, no que condiz aos elementos referentes a deficiência física, mental e intelectual. Dessa forma, uma pessoa que tenha uma deficiência, por si só, não pode ser considerada incapaz.

A Lei n. 13.146/15, alterou o artigo 3º do Código Civil de 2002, revogando todos os seus incisos, e considerando somente os menores de 16 anos como absolutamente incapazes.

Anteriormente ao Estatuto da Pessoa com deficiência o artigo possuía a seguinte redação:

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, s/p.)

O Estatuto inovou e alterou a estrutura da teoria das incapacidades adotada pelo Código Civil, ao restringir a figura dos absolutamente incapazes a somente os menores de 16 anos e colocou fim ao instituto da interdição, sendo adotado excepcionalmente o instituto da curatela e criou a tomada de decisão apoiada.

Pádua, sobre as modificações trazidas pelo Estatuto, dispõe que “fundado nas noções do Direito Civil Constitucional, o Estatuto da Pessoa com Deficiência intensifica a denominada “repersonalização do Direito Civil”, colocando a pessoa humana no centro das preocupações do Direito. (Pádua, 2017, s/p.)

Já Pablo Stolze, por sua vez, expõe que “trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis” (STOLZE, 2015, s/p).

Dessa forma, segundo a Lei n. 13. 146/15, somente a deficiência física, não retira da pessoa sua capacidade civil, ou seja, a sua aptidão para manifestar sua vontade livremente.

2.3 Da responsabilidade civil dos incapazes:

Segundo a legislação brasileira, o incapaz responde civilmente, nos termos do artigo 928, do Código Civil de 2002.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.
Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (BRASIL, 2002, s/p.)

Essa responsabilidade civil, apresenta duas características essenciais que devem ser destacadas, a primeira delas é a subsidiária, na qual, só se tem a responsabilidade do incapaz quando os seus responsáveis não possuírem a obrigação ou não dispuserem de meios suficientes para arcá-la.

Já a segunda é a condicional e equitativa, que não deve incidir se for privar o incapaz ou as pessoas que dele dependam do mínimo necessário para a sua sobrevivência. Dessa forma, não deve a responsabilidade atingir o seu patrimônio mínimo, e muito menos atingir as pessoas que do incapaz dependam para sobreviverem.

Como regra geral, os responsáveis legais é quem respondem pelos atos dos incapazes. No entanto, de forma excepcional, o incapaz será responsabilizado, subsidiária, condicional e equitativamente.

A incapacidade civil cessa, como via de regra, aos 18 anos completos. Conforme pode ser observado do texto do art. 5º do Código Civil, pode se concluir que a menoridade cessa aos 18 anos completos.

A incapacidade civil pode ocorrer, também, através da emancipação, que se trata do instituto que antecipa os efeitos da maioridade civil, às pessoas que através de elementos de fato, ainda, são consideradas incapazes natural.

A emancipação pode se dá por meio da concessão dos pais, ou por sentença judicial ou ainda através de superveniência de fato, o qual a lei atribui força para tanto. Diante disso a emancipação pode ser de forma voluntária, judicial ou legal. Mesmo que não constitua direito subjetivo do menor, a emancipação esta só pode ser outorgada em interesse deste. Trata-se de ato irrevogável, e, portanto, depende da concordância de ambos os pais, ou de um deles, na falta do outro.

2.4 Tomada de Decisão Apoiada

Diante dos novos aspectos que envolvem a Teoria da Incapacidade, apresentados pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, foi introduzido o artigo 1783-A no Código Civil brasileiro de 2002, o qual trata de um novo instituto, denominado tomada de decisão apoiada.

A tomada de decisão apoiada consiste no processo pelo qual a pessoa com deficiência escolhe duas pessoas, idôneas, que sejam de sua confiança, para prestar apoio nas suas tomadas de decisões sobre os atos de sua vida civil. Essas pessoas eleitas devem auxiliar a pessoa com deficiência, lhe fornecendo elementos e informações para que possa tomar suas próprias decisões, e assim

exercer sua capacidade, surgindo daí o termo “apoiada”. O que difere totalmente dos institutos da curatela e tutela.

Trata-se, a tomada de decisão apoiada, de um claro modelo protecionista para pessoas consideradas plenamente capazes, mas que, no entanto, possuam algum tipo de deficiência que a coloque em situação de vulnerabilidade, mas não lhe retira a capacidade de gerir os atos de sua própria vida.

A tomada de decisão apoiada, portanto, não restringe a plena capacidade da pessoa, não há qualquer cerceamento de sua capacidade. Não são as pessoas com deficiência, nestes casos, interditadas ou incapacitadas, pelo contrário, há nesse novo modelo, autonomia total das pessoas com deficiência para tomarem as decisões de sua vida privada.

Esse modelo de capacidade estimula a capacidade de agir da pessoa com deficiência, lhe concedendo mais autodeterminação e autoconfiança, sem necessitar que medida mais invasiva a liberdade, seja usada, tal como a curatela e a tutela.

Como já observado, o que se tem com a tomada de decisão apoiada, é um modelo que não limita a capacidade das pessoas, onde o que se preza primeiramente é o cuidado e assistência inerentes ao ser humano, colocando interesses de cunho patrimonial, em segundo plano.

A tomada de decisão apoiada privilegia a pessoa com deficiência, lhe resguardando sua liberdade e dignidade, diferentemente, da curatela ou incapacidade relativa, que atendem primeiramente aos interesses da sociedade, e a família em detrimento do próprio interditado, ao isolarem os incapazes e impedindo o dilapidamento do patrimônio deste. Busca com esse instituto manter os desejos e anseios das pessoas com deficiência.

A Tomada de Decisão Apoiada corre como uma forma de jurisdição voluntária, que deverá tramitar na Vara de Família. O magistrado não fica totalmente vinculado a legalidade, mas pode se valer da equidade.

A pessoa que receberá o apoio terá conservada a sua autodeterminação em todos os atos que comporem o acordo. Dessa forma, para que os atos civis praticados por pessoas deficientes sejam totalmente resguardados de legalidade, será necessário o auxílio dos apoiadores. Vale ressaltar que a Tomada de Decisão Apoiada se apresenta paralelamente a curatela, não como

sua substituta, não podendo os dois institutos serem cumulados a uma só pessoa.

Inicialmente para o procedimento da Tomada de Decisão Apoiada, o juiz, após receber a petição inicial, deverá designar uma equipe interdisciplinar, a qual, ficará responsável por realizar uma avaliação prévia da pessoa que será a beneficiária da decisão, bem como, dos candidatos a apoiadores, por meio de uma entrevista pessoal.

O Ministério Público, como de praxe, atuará no processo como fiscal da lei e da ordem jurídica, no entanto, ressalta-se que neste caso não se fala na figura do incapaz.

A decisão judicial deve indicar, de forma expressa, quais os limites que o apoio prestado deve respeitar a pessoa beneficiária, considerando as particularidades de cada caso, se atentando para as preferências e necessidades das partes envolvidas. Somente assim, conforme preceitua o artigo 1.783-A, § 4º, do Código Civil, que a decisão tomada pela pessoa beneficiária do apoio terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições.

3 O ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3.1 Os reflexos da Lei n. 13.146/15

Como visto, a importância deste tema para a sociedade brasileira acabou por ganhar a atenção constitucional, bem como, destaque na Convenção internacional que tratou dos direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o congresso achou necessário promulgar uma legislação geral inovadora, onde trata-se de conceitos e da tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

A sociedade evoluiu muito no que diz respeito ao comportamento da sociedade diante das pessoas com deficiência, onde uma forte inclusão social vem acontecendo diariamente. Em tempos remotos, uma pessoa deficiente era sacrificada, por não ser a imagem e semelhança de Deus, a imperfeição era vista como algo indigno.

Com a evolução social e cultural da sociedade, os comportamentos das pessoas, quanto a deficiência, começaram a mudar.

Explica Sasaki:

Pois a integração social, afinal de contas, tem consistido no esforço de inserir na sociedade pessoas com deficiência que alcançaram um nível de competência compatível com os padrões sociais vigentes. A integração tinha e tem o mérito de inserir a pessoa com deficiência na sociedade, sim, mas desde que ela esteja de alguma forma capacitada a superar barreiras físicas, programáticas e atitudinais nela existentes. Sob a ótica dos dias de hoje, a integração constitui um esforço unilateral tão somente da pessoa com deficiência e seus aliados (a família, a instituição especializada e algumas pessoas da comunidade que abracem a causa da inserção social), sendo que estes tentam torná-la mais aceitável no seio social. (SASSAKI, 2006, p. 33)

A inclusão da deficiência passou a ser um dever coletivo da sociedade, de adaptação das diferenças.

Para incluir todas as pessoas, a sociedade deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é que precisa ser capaz de atender às necessidades de seus membros. O desenvolvimento (por meio da educação, reabilitação, qualificação profissional, etc.) das pessoas com deficiência deve ocorrer dentro do processo de inclusão e não como um pré-requisito para estas pessoas poderem fazer parte da

sociedade, como se elas “precisassem pagar ‘ingresso’ para integrar a comunidade” (CLEMENTE FILHO, 1996, p. apud SASSAKI, 2006, p. 40)

Além da inclusão social, um dos principais reflexos da Lei nº 13.146/15, é que a pessoa deficiente, não mais é classificada como incapaz segundo o Código Civil brasileiro, após a Convenção de Nova York, que tratou do tema em seus artigos 6º e 84. Veja-se:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2007, s/p.)

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2007, s/p.)

Para Faria, Cunha e Pinto:

Como salientar Lilia Pinto Narques, “uma sociedade, portanto, é menos excludente, e, conseqüentemente, mais inclusiva, quando reconhece a diversidade humana e as necessidades específicas dos vários segmentos sociais, incluindo as pessoas com deficiência, para promover ajustes razoáveis e correções que sejam imprescindíveis para seu desenvolvimento pessoal e social, “assegurando-lhes as mesmas oportunidades que as demais pessoas para exercer todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. É dentro deste paradigma da inclusão social e dos direitos humanos que devemos inserir e tratar a questão da deficiência. O desafio atual é promover uma sociedade que seja para todos e onde os projetos, programas e serviços sigam o conceito de desenho universal, atendendo, da melhor forma possível, às demandas da maioria das pessoas, não excluindo as necessidades específicas de certos grupos sociais, dentre os quais está o seguimento das pessoas com deficiência” (FARIA, CUNHA e PINTO, 2016, p. 21)

Dessa forma, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o deficiente deixa de fazer parte do rol das pessoas consideradas como absolutamente incapazes, e passa a ser considerado como relativamente

incapaz, conforme disposto no artigo 4º, III, do Código Civil. O Estatuto, portanto, passou a dar nova redação aos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Logo, se tem a ampliação do conceito de capacidade, dando a este um conceito mais inclusivo, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, buscando maior capacitação e inclusão das pessoas com deficiência na sociedade brasileira.

3.2 O Estatuto frente a nova teoria das incapacidades no CC/02

Quando analisamos o artigo 3º do Código Civil de 2002, a época de sua publicação, percebe-se que eram considerados absolutamente incapazes, aqueles que por algum motivo estavam impedidos de exercer pessoalmente os atos de sua vida civil, e para tanto, necessitavam da figura de um representante, que era definido por meio de processo de curatela. Dessa forma o referido artigo considerava como absolutamente incapazes, os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. O artigo 4º da mesma norma, por sua vez, estipulava que eram os considerados relativamente incapazes, que seriam as pessoas que por um motivo específico não poderiam exercer sua capacidade de plena, sendo, portanto, limitados na prática dos atos de sua vida civil. Eram assim considerados os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; além dos excepcionais, sem desenvolvimento mental.

No entanto, com o surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, criado através da Lei de n. 13.146/2015, o Código Civil foi alterado, passando a constar como absolutamente incapazes, somente os menores de dezesseis anos de idade. O artigo 4º passou a ter nova redação, constando como relativamente incapazes agora, os que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, além dos que anteriormente já figuravam, como os maiores de 16 e menores de 18, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos.

O instituto da interdição, que era relacionado com decisões referentes a patrimônio e negócios, foi extinto, passando esses aspectos serem considerados também no instituto da curatela, baseados no princípio da assistência. Ou seja, não mais se trata de uma substituição para prática de atos da vida civil. Se devolveu com isso maior autonomia as pessoas que possuem algum tipo de limitação, e se abriu espaço para um novo instituto que é o da tomada de decisão apoiada, com a participação de duas pessoas de confiança para serem apoiadores, que devem dar assistência em assuntos de cunho financeiro e negocial.

A inserção do instituto da tomada de decisão apoiada no ordenamento jurídico brasileiro, causou uma revolução na teoria das incapacidades, como mencionam diversos autores. Pois significa que as pessoas com deficiência, agora são consideradas como pessoas plenamente capazes. Tartuce explica que o objetivo das atuais alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é a total inclusão social dessas pessoas, em prol de sua dignidade. Valorizando-se a dignidade e a liberdade, e deixa de lado a vulnerabilidade. (TARTUCE, 2016, p. 129)

Primeiramente se preza pela tomada de decisão apoiada, deixando a curatela como uma possibilidade secundária, que estaria restrita aos atos ligados a patrimônios e negócios, e não feriria a plena capacidade das pessoas com deficiência, que poderiam praticar os atos da vida civil, tais como casar ou constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, ter oportunidades iguais em diversos assuntos como guarda e adoção.

Certo está, que o Estatuto das Pessoas com deficiência representa avanços extremamente relevantes para esses indivíduos. Segundo Kümpel e Borgarelli (2015) asseveram que se torna inconcebível o fato de que os “portadores de deficiência mental passam a ter plena capacidade [...]”. Pedem, então, que se imaginem um indivíduo “deficiente e que tenha idade mental calculada em 10 anos. Ele, sendo faticamente maior de 18 anos, será tão ou mais capaz que outro indivíduo, não deficiente, de 17 anos” (KÜMPEL; BORGARELLI, 2015, s/p.). Nesse diapasão, os autores acreditam que as pessoas com deficiência estão desprotegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, por entenderem que não possuem poder de autodeterminação.

Nesse mesmo sentido se posiciona José Fernando Simão, que ao se realizar a interpretação do rol de incapazes previsto no código, como algo de extrema relevância e necessidade para a proteção desses indivíduos, ao mesmo passo, que critica o status concedido as pessoas com deficiência mental, que teriam a partir de então exercer pessoalmente os atos de sua vida civil e terão que responder a prazo decadenciais, para que possam exigir seus direitos, quando na posição e credores, condena ainda o autor a capacidade relativa das pessoas em coma, que não teriam a menor possibilidade de exprimir suas vontades, e expõe ainda o problema da falta de tutela por parte do Estado, que teria deixado de lado as necessidades dos anteriormente considerados absolutamente incapazes, que agora se encontram com o status de condição de capazes.

4 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.

Após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência um novo conflito jurídico surgiu, onde as normas do estatuto se chocava com as Código de Penal brasileiro, em especial com o artigo 217-A, que aborda sobre o estupro de vulnerável.

O artigo 217-A do Código Penal faz previsão ao crime de estupro de vulneráveis, e dispõe que “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menos de 14 (quatorze) anos” tem pena de 8 a 15 anos de reclusão e no §1º prevê que “incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” (BRASIL, 2017, s/p.)

Com essa nova redação, o artigo 224 do Código Penal foi revogado, no qual, se presumia a violência contra as vítimas eram menores de quatorze anos, alienadas ou “débeis mentais”, que não pudesse opor resistência por qualquer causa ou circunstância. Importante ressaltar inicialmente que antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência termos inadequados eram usados para se referir as pessoas com deficiências, demonstrando assim uma categoria de inferioridade social e até mesmo jurídica dos deficientes frente as demais pessoas.

Quanto ao conflito em tela, verifica-se que muito se foi discutido sobre as presunções relativas e absolutas, temas este que será abordado em tópico diverso. O certo é que cabia ao magistrado averiguar em cada caso concreto, se a presunção a ser considerada deveria ser absoluta ou relativa, se analisando, por exemplo, a experiência sexual pregressa do menor, para que se pudesse determinar decisões semelhantes para casos semelhantes.

Verifica-se que desde o ano de 1980, os tribunais brasileiros, em especial os tribunais superiores, questionam sobre a presunção da violência, do agora revogado artigo 224 do Código Penal brasileiro. O ponto chave do conflito se encontrava no fato de a sociedade viver em constante mudança e desenvolvimento, e que os menores de 14 anos atualmente, não necessitam da

mesma proteção dispensada aos menores de 14 anos a época da criação do Código Penal, em 1940.

Ocorre, contudo, que foi escolha inicial do legislador incluir no rol de pessoas absolutamente incapazes, os menores de 14 anos, ou ainda, os que por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o necessário discernimento para a praticarem atos da vida civil, ou que, por qualquer outra causa não podem oferecer resistência.

Consoante lição de Bitencourt (2015, p.95) a violência pode ser considerada uma das principais ameaças enfrentadas pela humanidade e remonta a toda a história da humanidade, sendo perpetuada de tempos em tempos, podendo ser considerada como inerente a própria civilização. Frente a esse contexto histórico, percebe-se que a violência marca todas as raízes culturais e classes sociais, podendo ser considerada um fenômeno de extrema complexidade.

Dessa forma, o problema central que aqui se aborda está ligado a nova interpretação dada ao Código Civil após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com deficiência, onde se entende que as pessoas com deficiências possuem sim capacidade e plenos direitos, direitos estes que não podem e não devem ser limitados. Não poderia assim o Código Penal, restringir a autonomia e liberdade dos indivíduos portadores de deficiência, quanto à prática sexual em suas vidas, conforme concedido pelo Estatuto e o Código Civil.

4.1 Modificações trazidas pela nova redação do artigo 217-A do CP

A Lei 12.015/09 estabeleceu que a prática sexual com menores de 14 anos, independente de consentimento, configurará estupro de vulnerável. O dispositivo que trata do citado tipo penal, conhecido como estupro de vulnerável, tinha por objetivo justamente destacar a situação de vulnerabilidade enfrentada pela vítima.

O autor Guilherme de Souza Nucci mantém a discussão sobre a interpretação da vulnerabilidade, mesmo após a nova redação do tipo penal em tela:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepultada a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. (NUCCI, 2009, p. 37 apud GRECO, 2013, p. 533)

Como já mencionado a antiga redação do artigo 224, “b”, do Código Penal, hoje revogado, usava as expressões alienado e débil mental, hoje por sua vez, se apresenta os termos enfermidade e deficiência mental, como meio de se padronizar os conceitos e termos já adotados pelo Código Civil, ao tratar sobre as incapacidades.

No entanto, o Código Penal foi omissivo ao não especificar quais os tipos de deficiências mentais devem ser consideradas para enquadramento do estupro de vulnerável, nem especificou o grau da deficiência a ser observada. Deixando o indivíduo deficiente desamparado e a mercê do entendimento do magistrado.

A avalizada doutrina de Bitencourt pontua que:

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, vulnerabilidade absoluta e a outra relativa; aquela se refere ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A); esta se refere ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-A). Em outros termos, o legislador consagra uma vulnerabilidade real e outra equiparada. Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, nas respectivas minoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Nos dois dispositivos, por fim, o legislador cria hipóteses de interpretação analógica (ou que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência) que, no entanto, deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas. (BITENCOURT, 2015, p. 101)

O legislador no referido caso, tratou o enfermo e as pessoas com deficiências mentais com insignificância e descaso, e não como sujeitos de direito que realmente o são. Foram ignorados totalmente, quando da confecção da do texto da norma, os sentimentos, desejos, direitos e vontades dessas pessoas, que também merecem receber tratamento igualitário na concepção jurídica do termo.

Apesar da deficiência mental requerer certos cuidados especiais, por si só, não elimina o atributo da sexualidade, pelo contrário, pode muitas das vezes, ter esta mais aflorada que a maioria dos homens médio, devido à dificuldade de mantê-la sobre controle. Obviamente que as necessidades especiais que se deve ter com as pessoas deficientes mentais não deve ser a responsabilidade do Direito Penal, por necessitar de conhecimentos de áreas específicas da saúde, e fogem a alçada do Direito diretamente.

Novamente Bitencourt disserta que:

Em uma pesquisa de campo, as psicólogas Patrícia Francisca de Brito e Cleide Correia de Oliveira, examinando como profissionais da saúde concebem a sexualidade de doentes mentais, particularmente, daqueles violentos ou internados em manicômios, chegaram a seguinte conclusão: “Por todos os resultados aqui apontados evidenciamos, a negação e repressão da sexualidade o doente mental, e como comprovação dessa negação os próprios profissionais citam a intensa verbalização que o doente mental expressa, esta seria a única forma que lhes é permitida de exercer a sua sexualidade. Acreditamos que as concepções que os profissionais carregam consigo a respeito da sexualidade dos doentes mentais influenciam diretamente na forma de ver e agir frente a esse sujeito. Para que se alcance a promoção da saúde mental desses indivíduos não se pode ignorar esse aspecto da sua subjetividade, do contrário seria infrutífero o tratamento assistencial, pois o homem, vai muito além da sua dimensão física e, portanto, o tratamento deve transcende-la”. (BITENCOURT, 2015, p. 108)

Dessa forma, acredita-se que o legislador, pela falta de cuidado, acabou por penalizar qualquer contido carnal realizado com pessoas portadoras de deficiência mental, limitando-as ao impedirem que elas não possam exercer livremente o seu direito fundamental à sexualidade, condenando-as a viver de forma diferenciada.

4.2 Distinção entre presunção absoluta e relativa e vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa

Para melhor compreensão do tema em questão, vê-se a necessidade de expor a distinção entre a presunção absoluta e presunção relativa, bem como, vulnerabilidade absoluta e relativa.

Inicialmente vale ressaltar que a terminologia vulnerabilidade foi usada pelo legislador em diversos textos, no entanto, nem sempre o enfoque e as condições são as mesmas, podendo o termo ter consideração distinta, a depender de cada caso concreto. Diante da análise do crime de estupro de vulnerável, o legislador indicou duas espécies de vulnerabilidade, quais sejam, a vulnerabilidade absoluta e a vulnerabilidade relativa.

O Superior Tribunal de Justiça no final do ano de 2017, editou a Súmula 593, que acabou por conferir aos menores de 14 anos o status de vulneráveis absolutos. Assim, atualmente não se discute mais se a prática de atos sexuais com menores de 14 anos deve ser considerada estupro de vulnerável, independentemente de ter havido consentimento ou não, ou se possuía experiência sexual anterior ou se existia um relacionamento amoroso com o agente. Se houve o ato, configura-se o estupro de vulnerável. No entanto a referida súmula nada dispôs sobre os deficientes mentais, e por este motivo muito ainda se discute.

Foi consagrado pelo legislador a vulnerabilidade real e outra equiparada. Ressalta-se que os dois dispositivos legais se fundam na mesma fórmula para se considerar a equiparação de vulnerabilidade, seja para os que tenham entre quatorze e dezoito anos, ou a quem, 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”. Em ambos os dispositivos, deverá ser realizado uma interpretação analógica, devendo ainda se obedecer a atributos de seus respectivos paradigmas.

Dessa forma é que afirmam que existem três modalidades de vulnerabilidade, a considerada real, que é para os menores de 14 anos; a equiparada que é para os enfermos ou deficientes mentais e a por interpretação analógica, ou seja, quem não pode oferecer resistência por qualquer outra causa que seja.

Conclui-se, portanto, que a presunção de vulnerabilidade prevista no atual texto normativo é relativa, e assim uma avaliação mais criteriosa deve ser realizada. Ocorre, contudo, que não se pode confundir presunção absoluta ou relativa com vulnerabilidade absoluta ou relativa, para que se possa realizar uma melhor interpretação das peculiaridades de cada caso.

Quanto a presunção absoluta e relativa de vulnerabilidade o que se leva em consideração é somente a natureza da presunção legal, ou seja, se determinado caso se trata de presunção absoluta ou de presunção relativa, independentemente da gravidade ou natureza da própria vulnerabilidade, que não será valorada inicialmente.

Nos casos de presunção absoluta de vulnerabilidade a vítima é considerada vulnerável diretamente, sendo este aspecto incontestável, por se tratar de presunção *juris et jure*, ou seja, que não admite prova em sentido contrário. Por sua vez, na presunção relativa de vulnerabilidade, a vítima pode ser considerada vulnerável ao mesmo passo que pode não ter sua vulnerabilidade reconhecida, cabendo ao magistrado a análise minuciosa de cada situação para só assim verificar se as circunstâncias pessoais para se estabelecer a vulnerabilidade se encontram presentes. O que significa que a vulnerabilidade relativa deve ser provada, correndo o risco de ser desconsiderada. Ressalta-se que no caso da vulnerabilidade relativa, cabe prova em contrário, sendo, portanto, de presunção *juris tantum*.

Não se discute o grau de intensidade da vulnerabilidade, em nenhuma das presunções referida acima, ou seja, ou a presunção é absoluta ou ela é relativa, sendo observado somente se permite prova em contrário.

Em segundo passo se identificará a vulnerabilidade absoluta e a vulnerabilidade relativa, o que não se confunde com a presunção de vulnerabilidade, como visto até agora. Agora se parte do pressuposto que a vulnerabilidade é certa, mas não se sabe ainda a sua intensidade ou extensão. Assim em um segundo juízo de valor será avaliado o quantum de vulnerabilidade se encontra a vítima.

Após a presente análise sobre a vulnerabilidade e presunção da vulnerabilidade, e do conflito aqui estudado, algumas respostas se apresentam para o tema.

Inicialmente percebe-se que por mais que o Estatuto das Pessoas com deficiência garanta direitos subjetivos desses indivíduos, como os direitos sexuais e reprodutivos, não garante que outros ramos, como o Direito Penal interfiram nos direitos assegurados por ele. Para que as pessoas com deficiência possam exercer esses direitos, é necessário que elas tenham a mínima capacidade de compreender as implicações dos atos por elas praticados, o que dificilmente terá aquelas pessoas que possuam a consciência afetada por algum tipo de enfermidade ou deficiência, ou como, nas letras da lei, aqueles que “por causa transitória não puder exprimir sua vontade ou permanente limitadora. ”

Dessa forma, quando o magistrado vai analisar os casos de estupro de vulnerável, ele deve avaliar o discernimento da vítima, uma vez que para esses casos é impossível a mera análise dos enunciados jurídicos.

Nesse sentido, vale registrar aqui os posicionamentos que alguns tribunais têm adotado, o qual apoiam a análise do caso concreto para se realizar um julgamento mais justo da causa, podendo inclusive se valer de perícia média para se valorar o nível de discernimento da vítima para se consentir com ato sexual praticado. Observa-se:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VÍTIMA INTERDITADA - APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.146/15 - RECONHECIMENTO DE "ABOLITIO CRIMINIS" - ATIPICIDADE DA CONDUTA - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.- O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei nº 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento.- As disposições do art. 6º do referido Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo, razão pela qual, não se trata, no caso em comento, de reconhecer o "abolitio criminis" (art. 217-A, § 1º, do CP), tampouco a atipicidade da conduta do condenado. (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0637.14.001814-3/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2016, publicação da súmula em 25/01/2017) (MINAS GERAIS, 2017).

O judiciário por exercer a função principal de apurar os casos concretos, deve sempre ser cuidadoso e buscar observar sempre a incapacidade das pessoas em situação de vulnerabilidade, de modo a lhes garantir e defender sua dignidade e integridade física. No entanto, em alguns casos, certas medidas são

necessárias para reconhecer a vulnerabilidade, como laudos médicos e psicológicos, exceto para os casos de vulnerabilidade comprovada e bem como os de incapacidade absoluta.

Ressalta-se ainda que o ônus da prova nestes casos é de responsabilidade do Ministério Público, devido ao princípio da presunção de inocência, o que significa, que o acusado não pode ser tratado como se condenado fosse.

Assim, verifica-se que os depoimentos pessoais das pessoas com deficiência mental não podem ser considerados como prova de grande valor, uma vez que as vítimas podem não compreender o abuso que sofreram, podem ser de fácil manipulação, sem levar em conta, que os julgadores em sua maioria não possuem o preparo necessário para abordarem esses indivíduos, como teria um psicólogo ou psiquiatra.

A palavra da vítima pode ser encarada com certo descrédito. No entanto, deve se atentar para uma outra perspectiva, pois é certo que um elevado número desses casos não chega ao judiciário, muitas das vezes por motivos de ordem estrutural ou cultural.

Dessa forma, se torna cada vez mais dificultoso se determinar o nível de consciência de um indivíduo antes da prática de um ato sexual, bem como, a como distinguir um relacionamento amoroso com uma pessoa portadora de deficiência de ordem intelectual ou mental, sem que se configure estupro de vulnerável.

Desse modo, verifica-se o surgimento de um espaço onde a própria vítima, influenciada por desejos e pela iniciativa da prática de ato sexual, acabaria por contribuir para o seu estupro, uma vez que para o ordenamento jurídico brasileiro presume-se a vulnerabilidade, e por Consequência, o crime de estupro de vulnerável.

Mas apesar de todo o exposto, conclui-se, que para averiguação e condenação pelo crime de estupro de vulnerável, uma ponderação avaliativa por parte dos julgadores será necessária, tendo em vista se tratar de assunto não consensual, e diante ainda dos aspectos culturais diversos que envolvem as relações humanas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos diversos avanços que vem ocorrendo em sede jurídica, cultural, social e econômica, e buscando consagrar as garantias constitucionais e internacionais, foi verificada a necessidade de se positivar de forma mais clara, os direitos das pessoas portadoras de deficiência, em especial os seus direitos sexuais e reprodutivos, fundados nos direitos da dignidade, liberdade e de desenvolvimento.

Com a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e a instituição do Estatuto das pessoas com deficiência, várias inovações se apresentaram, diante da série de direitos conferidos a esses indivíduos, tendo ainda o Direito Civil sofrido uma série de alterações que interferem ainda em outros ramos do direito. Mas se destaca no presente trabalho, a alteração substancial do artigo 3º do Código Civil, o qual estabelece que as pessoas com deficiência não mais devem ser consideradas como absolutamente incapazes de praticar atos da vida civil, muito pelo contrário, se estabeleceu que estas pessoas seriam sim capazes, sendo somente necessário um sistema que se proporciona um apoio para as tomadas de suas decisões. Surgindo assim o instituto da Tomada de decisão apoiada, por meio do qual, uma pessoa com deficiência escolheria duas pessoas de sua confiança para lhe auxiliarem em suas decisões, mas não as tomando em seu lugar, como acontece com o instituto da curatela.

No entanto, os direitos das pessoas com deficiência, não podem ser negados por outros ramos do direito, em especial o do Direito Penal, que de certa forma limitam a autonomia dessas pessoas quanto a prática de atos sexuais.

Contudo, apesar de o Estatuto das pessoas com deficiência garantir direitos subjetivos, como os de cunho sexual e reprodutivo, as pessoas com deficiência, não significa que o Código Penal tenha por interesse interferir ou limitar os direitos assegurados aos deficientes. Para que possam exercer esses direitos, as pessoas com deficiência devem possuir capacidade de compreender as implicações dos atos por ela praticados, o que dificilmente ocorre com as pessoas que tenham sua consciência afetada por alguma enfermidade ou deficiência intelectual, ou ainda, por alguma outra causa transitória que a impeça de expressar sua vontade de forma efetiva.

Assim, quando o magistrado for analisar casos de práticas sexuais com pessoas portadoras de deficiência ou impossibilitadas de expressar sua vontade, o discernimento da vítima deve ser minuciosamente avaliado.

Entende-se, dessa forma, que a melhor solução para se garantir os direitos sexuais e reprodutivos, bem como a dignidades das pessoas portadoras de deficiências ao mesmo tempo protegê-las, é a decisão já tomada por alguns tribunais, no sentido de se realizar perícia médica para avaliar o nível de discernimento da vítima, e se esta ao tempo do ato sexual o possuía para dar o seu consentimento.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte especial**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. v. 4.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil brasileiro. Portal da legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Vol. único. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 14^o ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **As aberrações da lei 13.146/2015**. Migalhas. 11 de agosto de 2015. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-s+aberracoes+da+lei+131462015> Acesso em: 12 set. 2018.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2015

PÁDUA, Daisy Martins de. **Da capacidade Civil e implicações atuais**. 2017. Disponível em:< <https://jus.com.br/1661099-daisy-martins-de-padua/publicacoes>> Acesso em: 20 de out. 2018.

RODRIGUES, SÍLVIO, **Direito Civil: Parte Geral** - 32. Ed. - São Paulo: Saraiva. 2002.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Consultor Jurídico. 6 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em: 12 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.1: **Lei de Introdução e Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.