



Cezar Bitencourt: Legislador trata com discriminação o deficiente mental

Com efeito, o enfermo e o deficiente mental foram tratados pelo legislador contemporâneo como *objetos* e não como *sujeitos de direitos*, ignorando que também têm sentimentos, aspirações, desejos, vontades e direitos, inclusive fundamentais, e que, também por isso, merecem, no mínimo, tratamento igualitário, isto é, similar aos indivíduos ditos “normais”, até por que, como diz o poeta popular, de perto ninguém é normal. Em outros termos, não se pode ignorar que *enfermo e deficiente mental* também são sujeitos de direitos, particularmente, dos direitos fundamentais que recebem tratamento destacado na Constituição Federal brasileira, dentre os quais se inclui o direito à sexualidade e à própria dignidade sexual.

Da forma como foram tratados pelo legislador, neste Título VI da Parte Especial do Código Penal, que disciplina os *crimes contra a dignidade sexual*, mais uma vez, o legislador violou a própria dignidade de pessoas diferenciadas, tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade possível.

Com efeito, em todas as oportunidades em que se refere a enfermos e deficientes mentais ignora o legislador que eles também podem sentir as mesmas emoções, as mesmas necessidades sexuais que sentem seus demais semelhantes não portadores de tais deficiências; aliás, os próprios animais ditos irracionais também sentem necessidades sexuais e, a seu modo, buscam satisfazê-las.

A eventual deficiência mental, por certo, embora inspire *cuidados especiais*, não lhes suprime o atributo da sexualidade, pelo contrário, pode, inclusive, aflorar-lhes com mais intensidade, especialmente pela dificuldade de controlá-la ou de valorá-la contextualmente. Mas esses cuidados especiais não podem e não devem ficar a cargo do Direito Penal, por exigir conhecimentos especiais e específicos da matéria, que, a nosso juízo, estariam mais afeitos aos profissionais especializados, tais como, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, terapeutas etc.

Nesse quadro, proibindo e criminalizando pesadamente qualquer contato carnal do cidadão com pessoas portadoras de enfermidade ou deficiência mental, estarão elas, por via indireta, proibidas ou impedidas de exercerem, livremente, o direito fundamental à sexualidade? Estariam condenadas ao onanismo? Restar-lhes-ia tão somente a satisfação via masturbação? Estas não são apenas interrogações abstratas ou teóricas, mas conclusões lógicas e inevitáveis ante a forma com que foram tratadas pelo preconceituoso legislador contemporâneo!

Certamente, se fazem necessários alguns cuidados e muitas cautelas no reconhecimento e proteção desse direito de pessoas portadoras das anomalias referidas pelo legislador. Contudo, *a necessidade de tratamento especial* da questão não autoriza que se impeça, mesmo indiretamente, que tais pessoas possam exercer livremente a sua sexualidade, como decorre do atual texto legal. Admitimos, no entanto, que eventual relacionamento afetivo/amoroso com pessoas portadoras de reconhecida enfermidade ou deficiência mental não pode ocorrer nas mesmas circunstâncias em que acontecem com as demais. Até por que, via de regra, pessoas, nessas condições, integradas às famílias constituídas, são objeto de



preocupação e acompanhamento de seus familiares, amigos, enfim, de pessoas encarregadas de acompanhar seu dia a dia, em prol de seu bem/estar e de sua segurança.

Pois esse mesmo “aparato protetor” que as acompanha perceberá ou constatará, no cotidiano, suas manifestações, sentimentos, sensações relacionadas à carência afetiva de relacionamento ou mesmo interesse pelo sexo oposto; na mesma linha, observará, se acontecer, o eventual interesse de outra pessoa, correspondendo às manifestações daquelas. Enfim, a aproximação, nesse sentido, deverá prosseguir com acompanhamento, consentimento ou até mesmo anuência dessa equipe que as protege, acompanhada da autorização da família.

Mas isso é apenas uma reflexão exemplificativa de como as coisas podem acontecer, e, a despeito de raras, não podem ser ignoradas e tampouco desprezadas pela sociedade, e, particularmente, pelo ordenamento jurídico em um Estado Constitucional e Democrático de Direito. O que é inadmissível, por todas as razões expostas, é a sua repressão, condenando enfermos ou deficientes mentais ao infortúnio, ao tratamento desigual, inconstitucional e perverso, que lhes tolhe o livre exercício da sexualidade, como demonstramos acima.

Apenas para ilustrar, trazemos à colação um fato que tivemos oportunidade de vivenciar, o qual ilustra muito bem a situação de pessoas consideradas enfermas ou deficientes mentais, conforme passamos a narrar: alguns anos atrás, após encerrarmos uma palestra, em uma capital do nordeste, um amigo aproximou-se e nos disse:

- Professor, antes de irmos para o jantar, vamos passar em minha casa, quero mostrar-lhe algo!
- Ok, vamos lá, respondemos-lhe, educadamente.

Chegando em sua casa, abriu-se a porta e veio um menino (de 10 anos) lindo, de braços abertos, sorridente, radiante e feliz, a abraçar o seu pai; houve uma cumplicidade extasiante, incrivelmente bonito de se ver. Apresentou-nos o filho, e nos confessou: esse menino é a minha vida, uma preciosidade, alegre, inteligente e participativo, próprio da idade! Uma peculiaridade especial fazia-se notar, de plano, qual seja, a inegável constatação de que se tratava de uma criança portadora da *síndrome de down*.

Ficamos comovidos, emocionado com a cena, com os olhos marejados, aliás, até agora só de lembrar daquele momento comovente nos arrepia.

Pois, o orgulhoso pai segreda-nos:

- Professor, agora aos 10 anos, ele começou a manifestar interesse pelas menininhas, apontando-nos, ora uma, ora outra...

E, emocionado, acrescenta nosso amigo:

- Para poupá-lo, procurei orientá-lo, sugerindo que ele deveria interessar-se por uma “downzinha”, igual a ele, que seria melhor e mais fácil de eles se entenderem... Para minha surpresa, responde-me meu filho, altivamente:
- Não pai, não quero uma downzinha, quero outra menina diferente!

E, para nosso espanto, nosso amigo se pôs a soluçar!

Nunca mais esquecemos dessa cena, que só fez aumentar nosso respeito, carinho e consideração por



peessoas portadoras de anomalias semelhantes, reconhecendo, mais do que nunca, que são seres humanos, iguais a nós, dotadas de sentimentos, de emoções, desejos e aspirações, para os quais a sociedade, em geral, e o Poder Público, em particular, precisam, urgentemente, direcionar um novo olhar; é necessário assegurar-lhes tudo o que for possível para torná-los “mais iguais” aos seus semelhantes, garantindo-lhes tratamento igualitário, no mínimo, respeitando a sua dignidade humana, além de tornar efetiva suas garantias fundamentais, constitucionalmente asseguradas.

Em uma pesquisa de campo, as psicólogas Patrícia Francisca de Brito e Cleide Correia de Oliveira, examinando como os 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 do 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 será infrutífero o tratamento assistencial, pois o homem vai muito além da sua dimensão física e, portanto, o tratamento deve transcendê-la”[\[1\]](#).

Essa pesquisa de campo, embora se refira aos doentes *mentais violentos* e envolvidos com a seara criminal, e, por isso mesmo, internados em manicômios[\[2\]](#), demonstra a forma preconceituosa como os doentes mentais são tratados, sob a ótica da *sexualidade*, e inclusive como são controlados (dopados) no interior desses estabelecimentos públicos. Mas serve para comprovar o que estamos afirmando, ou seja, que doentes e deficientes mentais também têm suas necessidades sexuais, e precisam receber a atenção que merecem. Contudo, neste estudo, estamos tratando daqueles enfermos ou deficientes mentais pacíficos, que vivem no interior dos seus lares, pois é exatamente desses que o Código Penal trata e pretende “protegê-los” da violência sexual. Não aprofundaremos o estudo desses aspectos, neste limitado espaço, por não ser o objeto de nossa preocupação, que pretende apenas examinar a forma discriminatória como são vistos especialmente no contexto normativo, médico ou social.

Examinando a *inimputabilidade penal*, particularmente sob o prisma da *sanidade mental*, tivemos oportunidade de afirmar: “Nos casos em que o agente padece de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado é necessário constatar a consequência psicológica desse distúrbio (sistema biopsicológico), pois este é o aspecto relevante para o Direito Penal no momento de decidir se o sujeito pode ser, ou não, punido com uma pena. Na verdade, para eximir de pena exige-se, em outros termos, que tal distúrbio — doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado — produza uma consequência determinada, qual seja, a falta de capacidade de discernir, de avaliar os próprios atos, de compará-los com a ordem normativa. O agente é incapaz de avaliar o que faz, no momento do fato, ou então, em razão dessas anormalidades psíquicas, é incapaz de autodeterminar-se. Devem reunir-se, portanto, no caso de anormalidade psíquica, dois aspectos indispensáveis: um aspecto biológico, que é o da doença em si, da *anormalidade* propriamente, e um aspecto psicológico, que é o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.”[\[3\]](#)

Estamos reconhecendo, portanto, que para a configuração da *incapacidade penal* é insuficiente eventual enfermidade ou deficiência mental — que é o aspecto biológico — mas é indispensável a decorrência



psicológica dessa anomalia mental, qual seja, a incapacidade *de entendimento e de autodeterminação*. Significa, *a contrario sensu*, que o indivíduo pode ser portador de determinada *anomalia mental*, mas a sua *consequência psicológica* (capacidade de entendimento e de autodeterminação) não se fazer presente; e, sem ela, não há que se falar em *incapacidade penal*. Para a comprovação dessa circunstância, no entanto, será necessário exame pericial especializado.

Mutatis mutandis, o mesmo pode ocorrer nas hipóteses dos *crimes sexuais*, ou seja, o sujeito passivo pode ser portador de *enfermidade ou deficiência mental* (art. 217-A, § 1º), e, no entanto, não apresentar a característica exigida pelo tipo penal, qual seja, *por enfermidade ou deficiência mental*, não ter o *necessário discernimento para a prática do ato*. Essa ausência da capacidade de discernir a prática do ato, que é indispensável, também precisa ser comprovada pericialmente. *Mutandis mutandis*, o fato de tratar-se de “enfermo ou deficiente mental” não implica, necessariamente, em alguém vulnerável, sendo indispensável comprovar-se, no caso, se essa pessoa não tem “capacidade de discernir a prática do ato”, Trata-se de *elementar normativa* que envolve dois *juízos valorativos*: primeiro, o *juízo* sobre a existência de *anormalidade psíquica*; segundo, sobre a consequência dessa *anormalidade*: a incapacidade de discernir a prática do ato. Ambas valorações dependem, necessariamente, de comprovação através de perícia.

Concluindo, ainda que, *in concreto*, se comprove que a vítima realmente não tem “o *necessário discernimento para a prática do ato*”, não pode ser ignorado o direito à sexualidade dos portadores de enfermidade ou deficiência mental. Por fim, nessa linha de raciocínio, estamos cobrando das autoridades constituídas, um novo tratamento, *sem preconceitos*, para todas as pessoas portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental, ao contrário do tratamento que o atual diploma penal lhes reserva, presumindo-os *assexuados*.

[1] Patrícia Francisca de Brito e Cleide Correia de Oliveira. *A sexualidade negada do doente mental: percepções da sexualidade do portador de doença mental por profissionais de saúde*, Ciênc. cogn. v.14 n.1 Rio de Janeiro mar. 2009.

[2] *Hospital de Custódia e Tratamento*, como, eufemisticamente, os denominou a Reforma Penal de 1984.

[3] Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 1, capítulo das “Excludenes de Culpabilidade”.

Date Created

27/06/2012