

Estupro de vulnerável e atos libidinosos com pessoa com deficiência

Em vigor desde dezembro de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) tem como objetivo assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Também conhecido como Estatuto da Pessoa com Deficiência, trata-se de documento que representa a dignidade das pessoas a quem se destina.



Fernanda Moretzsohn
delegada de polícia

Por pessoa com deficiência, conforme o artigo 2º da Lei nº 13.146/15,

entende-se 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. A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: 1) os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; 2) os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; 3) a limitação no desempenho de atividades; e 4) a restrição de participação, conforme §1º do dispositivo mencionado.

Entre diversas importantes alterações, o estatuto revogou o dispositivo do Código Civil que previa que deficientes mentais deveriam ser tidos como absolutamente incapazes, ou seja, não mais se considera absolutamente incapaz aquele que por enfermidade ou deficiência mental não tiver o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Atualmente, conforme previsão do artigo 4º do Código Civil, essas pessoas serão consideradas relativamente incapazes se não puderem expressar sua vontade.

Além disso, em seu artigo 6º, a lei prevê que *"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 s pessoas"*.



Patrícia Burin
delegada de polícia

Vale salientar que o Código Penal já tratava da inimputabilidade penal e

não previa a deficiência como causa que impedisse a prática de crimes. A doença mental, aferida no momento da conduta criminosa (ação ou omissão) praticada, pode isentar de pena o agente ou reduzir a pena em caso de semi-imputabilidade.

Prevê o artigo 26 do Código Penal que:

"Artigo 26 — É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

Ocorre que o artigo 217-A do CP veicula o crime de estupro de vulnerável e, em seu §1º, equipara aos vulneráveis a pessoa que por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual. Além, disso, no §5º do referido dispositivo legal, temos a previsão de que *"as penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime"*.

Como compatibilizar a norma do estatuto (que admite direitos sexuais e reprodutivos) com a norma do Código Penal (que equipara o deficiente mental a incapaz para os atos da vida sexual)? O conflito é apenas aparente. Explicamos:

O ordenamento jurídico deve ser interpretado sistematicamente. O artigo 217-A, §1º, do CP não pode ser interpretado de modo a se concluir que toda relação sexual (ou outro ato libidinoso) mantido com deficiente mental constituiria estupro de vulnerável. O dispositivo exige que a pessoa não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Assim, as condições da pessoa portadora de deficiência devem ser analisadas no caso concreto, por profissional da área, a fim de saber se ela possui ou não discernimento suficiente para consentir atos sexuais. Caso se comprove que a pessoa com deficiência possui discernimento necessário para os atos sexuais e que praticou uma relação consentida, não se poderá desprezar o consentimento. Não haverá crime. Ao contrário, se for comprovado que o discernimento para os atos da vida sexual inexistente, em tese restaria configurado o estupro de vulnerável.

No entanto, o §5º faz surgir o questionamento a respeito do consentimento para a relação sexual. Se ele presume que o consentimento exarado pelo vulnerável (aí incluída a pessoa com deficiência) não tem validade, como coaduná-lo com o estatuto? Estaria a pessoa com deficiência impedida de relacionar-se sexualmente, pois seu consentimento não seria válido e a pessoa que com ele mantivesse relação sexual estaria praticando crime de estupro de vulnerável?

Cremos que o intuito da lei não foi proibir pessoas que possuam enfermidade ou deficiência mental de se relacionarem e manterem relações sexuais saudáveis. A intenção da lei é proteger a pessoa com deficiência e não a impedir de socializar-se e de se relacionar com outras pessoas.

Assim, é necessário diferenciar a pessoa que é portadora de deficiência mental, mas que de forma consentida (e válida) praticou o ato sexual, daquela pessoa com deficiência que utilizada pelo agente que se aproveitou de sua condição mental para com ela satisfazer a própria lascívia.

Até porque a pessoa com deficiência, obviamente, também é sujeito de direitos e goza de dignidade sexual; se ela puder exercer essa dignidade e liberdade sexual, não deve o Estado impedi-la.

Podemos dizer, então, que com relação ao portador de doença mental a lei penal adotou um critério biopsicológico. Para que a pessoa seja sujeito passivo do crime, não basta a doença mental, deve se fazer presente a falta de discernimento para consentir.

Não custa lembrar que a legislação penal deve ser interpretada de forma sistemática com todo o ordenamento jurídico, sempre no sentido de conferir maior amplitude aos princípios e garantias constitucionais.

Assim, o Código Penal deve ser analisado ao lado do chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), que entre outras disposições, alterou o Código Civil o que tange à capacidade.

Se a Lei nº 13.146/15 tem o objetivo de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, como podemos então conciliar esse objetivo com a previsão exposta no §5º do artigo 217-A?

Nesse ponto, estaria a disposição impedindo que a pessoa com deficiência pratique atos sexuais, ou melhor, impediria que sua capacidade de discernimento fosse avaliada no caso concreto?

Cremos que não. Entendemos que o disposto no §5º deve ser interpretado de maneira sistemática, sempre levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, que perpassa pela dignidade sexual, e da qual é sujeita a pessoa com deficiência.

Como mencionado, a intenção do legislador não foi impedir que pessoas com deficiência mantenham relações sexuais e que tenham vida sexual ativa; o que se quer impedir é que pessoas se aproveitem de sua condição para satisfazer a própria lascívia sem, contudo, possuir consentimento válido.

Dessa forma, devemos interpretar o §5º do artigo 217-A de maneira restritiva e sistemática, a fim de que seja compatibilizado com os demais documentos do ordenamento jurídico, em especial com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Ademais, convém ressaltar que a referida lei foi inserida no ordenamento jurídico para concretizar a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Convenção de Nova York, que foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos internalizado a partir do Decreto nº 6.949/2009, aprovado conforme o procedimento do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, ou seja, goza de status constitucional.

Há de se fazer menção à teoria da tipicidade conglobante, idealizada por Eugênio Raul Zaffaroni [\[1\]](#). O Direito Penal deve estar em harmonia com todo o ordenamento jurídico. Assim, se um ramo do Direito permite algum comportamento, tal conduta não poderá ser proibida por outro. O ordenamento jurídico deve ser considerado como um todo (de maneira conglobante).

Ora, se o estatuto da pessoa com deficiência permite, tolera e até mesmo estimula que a pessoa tenha liberdade sexual, como pode outro ramo do Direito criminalizar a conduta de quem mantém relação sexual com a pessoa com deficiência?

Conclui-se, então, que, a fim de compatibilizar o §5º do artigo 217-A do Código Penal com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, deve-se entender que somente se caracterizará crime quando o agente se aproveitar da situação e da condição de deficiência da pessoa para com ela manter relação sexual ou outro ato libidinoso. Dessa forma, não se impedirá que a pessoa com deficiência exerça plenamente sua personalidade, que engloba a dignidade e a liberdade sexual.

Ou seja, impedir no âmbito do Direito Penal que alguém mantenha relacionamento com uma pessoa com deficiência acaba por torná-lo contraditório com os demais ramos do ordenamento jurídico.

Impedir que uma pessoa, pelo fato de ser portadora de deficiência mental, mantenha relações sexuais, além de tornar o Direito Penal contraditório em relação ao ordenamento jurídico, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua acepção dignidade sexual. Impedir que a pessoa com deficiência mantenha relação sexual seria o mesmo que retirar-lhe uma parcela de sua dignidade.

[1] ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – volume 1 – 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Date Created

17/12/2021