



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CRIME DE ESTUPRO CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL À LUZ
DA ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/18

Beatriz Sartori Vieira Carvalho Leme

Rio de Janeiro
2018

BEATRIZ SARTORI VIEIRA CARVALHO LEME

O CRIME DE ESTUPRO CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL À LUZ
DA ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/18

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

O CRIME DE ESTUPRO CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL À LUZ DA ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/18

Beatriz Sartori Vieira Carvalho Leme

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Advogada.

Resumo – a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência asseguram às pessoas com deficiência o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. A alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.718/18 no crime de estupro de vulnerável gerou um verdadeiro conflito quanto ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência. A essência do trabalho é apontar a proteção conferida às pessoas com deficiência, verificar o conceito, a terminologia e os direitos sexuais e reprodutivos e abordar o conflito provocado pela Lei nº 13.718/18.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Lei nº 13.718/18. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Estupro de vulnerável.

Sumário – Introdução. 1. Considerações sobre a evolução da proteção conferida às pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Conceito, terminologia e direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência. 3. A alteração trazida pela Lei nº 13.718/18 ao consentimento da pessoa com deficiência mental no crime de estupro de vulnerável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute sobre a alteração trazida pela Lei nº 13.718/18 ao consentimento da pessoa com deficiência mental no crime de estupro de vulnerável. Procura-se demonstrar que a inclusão do parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal pela Lei nº 13.718/18, prevendo que a caracterização do crime de estupro de vulnerável independe do consentimento da pessoa com deficiência mental, gerou um conflito com a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, inclusive para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, que são assegurados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para tanto, é apresentada a evolução da proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas com deficiência, abordando o cenário protetivo desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passando pela

influência da proteção internacional das pessoas com deficiência, até a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Diante da constitucionalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e das recomendações feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual alterou o regime da capacidade civil para assegurar a plena capacidade civil da pessoa com deficiência.

Apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência prever que a pessoa com deficiência tem garantido o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, a Lei nº 13.718, de 2018, passou a dispor que o estupro de vulnerável fica caracterizado independentemente do consentimento da vítima. Essa situação favorece a seguinte reflexão: há um conflito real entre os dois diplomas legais?

O tema merece atenção, uma vez que as pessoas com deficiência têm proteção especial pelo ordenamento jurídico brasileiro e há o compromisso social de promover a inclusão desse grupo na sociedade em igualdade de condições com os demais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução da proteção conferida às pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Segue-se abordando, no segundo capítulo, o conceito de pessoa com deficiência, a terminologia adotada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e a garantia ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência.

O terceiro capítulo pesquisa a capacidade de consentimento da pessoa com deficiência mental diante da garantia do exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. Procura-se explicitar as alterações legislativas quanto ao crime de estupro de vulnerável, para abordar a previsão do parágrafo 5º do artigo 217-A do Código Penal, que gerou um conflito com a plena capacidade civil assegurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO CONFERIDA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O capítulo inicial tem como objetivo apresentar a evolução da proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas com deficiência a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹ até a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O tratamento que as pessoas com deficiência recebem pelo ordenamento jurídico brasileiro é proveniente do contexto em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada e pela evolução histórica da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A Constituição da República de 1988 foi promulgada num período de transição entre o regime autoritário para o democrático, no qual houve o anseio da população pela valorização da dignidade humana e adoção do sistema de direitos fundamentais como forma de limitar a atuação do Estado.

A busca pela proteção da dignidade humana já se dava no plano internacional desde o fim da Segunda Guerra Mundial, mas no Brasil só com a instituição do Estado Democrático de Direito que passou a ser um mandamento nuclear do ordenamento jurídico.

Assim, com a redemocratização veio a preocupação com a democracia e com a construção de uma sociedade mais inclusiva, de modo que foram instituídas normas voltadas à proteção das pessoas em situação de maior vulnerabilidade².

Para a construção dessa sociedade, o texto constitucional se preocupou com a proteção dos direitos fundamentais, os quais visam a garantir a existência, autonomia, inclusão e igualdade de todas as pessoas, principalmente das minorias.

O legislador constituinte se preocupou em atribuir aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais para que se confira a maior eficácia possível a eles, tornando-os reais e efetivos, de modo que o artigo 5º, §2º, da CRFB/88³ prevê uma norma geral inclusiva, admitindo expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo do Título II.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 172.

³ BRASIL. op. cit. nota 1.

A abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais permite o reconhecimento de outros direitos, mas desde que estejam ligados ao valor da dignidade humana⁴, inclusive em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que sejam incorporados ao ordenamento jurídico.

Então, além de adotar um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, o constituinte de 1988 reconheceu o princípio da prevalência dos direitos humanos, que deve nortear o país nas relações internacionais, sendo o motivo pelo qual faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No ano de 1992, o Brasil incorporou ao ordenamento jurídico o Pacto de San José da Costa Rica com status de lei ordinária federal, por ter observado o procedimento comum de incorporação de tratados que versassem ou não sobre direitos humanos previsto no artigo 49, I, da CRFB/88⁵.

Com o objetivo de adequar o sistema brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o parágrafo 3º⁶, prevendo que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados nas duas casas legislativas, em dois turnos, por três quintos dos votos, devem receber status de emenda constitucional.

O Pacto de San José da Costa Rica, quando aderido pelo Brasil, já previa a criação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no entanto só no ano de 1998 que o país aderiu ao papel jurisdicional da Corte⁷, a qual tem como um dos objetivos a aplicação de repreensão internacional pela incapacidade ou falta de vontade política dos Estados-Membros na preservação dos direitos humanos.

A primeira sentença internacional em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi no caso de Damião Ximenes Lopes, tendo em vista a violação de direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, como o direito à vida e à integridade física.

Damião Ximenes era uma pessoa com deficiência mental que foi internado na Casa de Repouso Guararapes em Sobral, no Ceará, pela sua família. Sua mãe foi visitá-

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 293.

⁵ BRASIL. op. cit. nota 1.

⁶ Ibidem.

⁷ Idem. *Decreto Legislativo nº 89*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

lo três dias após a internação e o encontrou com as mãos amarradas, muito machucado e agonizando, e, mesmo pedindo ajuda para o responsável pela instituição psiquiátrica, nada foi feito. No mesmo dia Damião veio a falecer em decorrência das lesões traumáticas ocorridas dentro da casa de repouso.

Diante da demora de um mês para a instauração do inquérito policial e de três anos para o Ministério Público do Estado do Ceará aditar a denúncia, a Corte reconheceu que houve uma omissão injustificada que permitiria que o caso fosse julgado por ela.

Em 2006, o Brasil foi condenado a pagar indenização por danos morais e materiais à família de Damião Ximenes, e na sentença a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸ dispôs que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito.

Logo, a partir da condenação da Corte pela violação de direitos humanos no caso de Damião Ximenes e da recomendação da adoção de medidas positivas, o Brasil passou a defender com maior respeito e efetividade os direitos das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, em 2007, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e estes foram promulgados pelo Brasil sob a forma do Decreto nº 6.949⁹, de 25 de agosto de 2009, observando o procedimento solene previsto na CRFB/88.

Assim, o Decreto nº 6.949/09 constitucionalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de forma que foi a primeira convenção internalizada no Brasil com status de emenda constitucional.

Então, o texto constitucional passou a garantir mais direitos à pessoa com deficiência, e para harmonizar a legislação infraconstitucional com a Constituição foi editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁰, com o objetivo de assegurar e promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANO. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁹ BRASIL. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁰ Idem. *Lei nº 13.146*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

2. CONCEITO, TERMINOLOGIA E DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O constituinte originário, apesar de ter previsto direitos das pessoas com deficiência, não se preocupou em definir quem seriam essas pessoas.

Apenas com a internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com equivalência de emenda constitucional foi que um conceito de pessoa com deficiência foi constitucionalmente adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vigorava o modelo médico da deficiência, no qual a deficiência era vista como um caso médico a ser tratado e que se pautava num aspecto clínico e assistencialista, perpetuando a exclusão desse grupo vulnerável.

Logo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹¹ trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma mudança de concepção quanto ao modelo de deficiência adotado, introduzindo um novo conceito, aberto e social de pessoas com deficiência¹², prevendo no seu artigo 1º que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Esse conceito apresenta um modelo social da deficiência, que tem como base os direitos humanos e enfoca na cidadania da pessoa com deficiência, considerando-a como sujeito de direitos¹³, assim como qualquer outro.

No mesmo sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência conceitua pessoa com deficiência em seu artigo 2º 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”¹⁴ e dispõe que a avaliação da deficiência será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

¹¹ Idem. op. cit. nota 9.

¹² Ibidem.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

¹⁴ BRASIL. op. cit. nota 10.

Desse modo, é possível constatar que o conceito previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência segue o mesmo enfoque que o trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo praticamente igual a este.

Diante dessa mudança de concepção, é visível que a terminologia utilizada para se referir às pessoas com deficiência também mudou.

Importante ressaltar que as terminologias adotadas ao longo dos anos não possuíam um caráter pejorativo a que hoje podem ser associadas, apenas refletiam o momento histórico de concepção da deficiência e a forma de proteção conferida ao grupo.

Nesse sentido, o Código Penal¹⁵, por ser de 1940, utilizou no seu artigo 224, que foi revogado em 2009, a expressão “débil mental” para se referir à pessoa com deficiência, correspondendo aos conceitos de sua época.

Já a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência adotaram a terminologia “pessoas com deficiência”, de modo que sobrepõe a pessoa à sua característica, valorizando e conferindo dignidade a esse grupo de vulneráveis.

Com o objetivo de adequar o ordenamento jurídico às diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁶, já que esta prevê no seu artigo 12 que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”¹⁷, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o regime da capacidade civil.

Foram revogados todos os incisos do artigo 3º do Código Civil de 2002¹⁸, de modo que Flávio Tartuce afirma que “todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade”¹⁹.

¹⁵ Idem. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compila.do.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹⁶ FIGUEIREDO, Ana Cláudia Mendes; GONZAGA, Eugênia Augusta. Pessoas com deficiência e seu direito fundamental à capacidade civil. In: GONZAGA, Eugênia Augusta; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. *Ministério público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência*. Brasília: ESPMU, 2018, p. 85.

¹⁷ BRASIL. op. cit. nota 9.

¹⁸ Idem. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. *Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 22 out. 2018.

Assim, “reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”²⁰, foi conferida a capacidade civil plena às pessoas com deficiência, de modo que todas as pessoas com deficiência são capazes para todos os atos da vida civil, podendo exercer seus direitos, ainda que necessitem de apoio para suas decisões ou de curatela.

Um dos direitos garantidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é o direito à sexualidade, como o disposto no artigo 8º do Estatuto.

O artigo 6º, II, do Estatuto, prevê que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse sentido, os autores Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²¹ sustentam que:

No que se refere aos direitos sexuais, ressalta-se é direito do deficiente escolher livremente seus parceiros, respeitada, inclusive, sua orientação sexual (v. art. 18, inc. VI, abaixo), desfazendo-se, de vez, o mito de que o deficiente se trata de pessoa assexuada, que não conta com as necessidades inerentes a todo e qualquer ser humano.

Desse modo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência preserva a vontade da pessoa com deficiência no que se refere aos seus direitos sexuais e reprodutivos, garantindo ampla autonomia a ela.

Até mesmo no caso da curatela, o legislador conferiu à pessoa com deficiência proteção quanto à sua autodeterminação, pois dispôs que esta não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio e à privacidade, afetando somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Diante dos princípios constitucionais da dignidade humana e da liberdade de autodeterminação, os atos relativos à sexualidade podem ser praticados independentemente da representação ou assistência.

Logo, em regra, as pessoas com deficiência têm sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial preservada, relacionados aos direitos da personalidade, como é o caso dos direitos sexuais e reprodutivos.

²⁰ BRASIL. op. cit. nota 9.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44.

Deve, então, ser reconhecida a autonomia e a liberdade de escolha às pessoas com deficiência, ainda que a deficiência seja mental, pois são detentoras de capacidade decisória para dar ou não seu consentimento em atos de natureza sexual.

3. A ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/18 AO CONSENTIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável é previsto no artigo 217-A do Código Penal, que foi incluído pela Lei nº 12.015, de 2009. Antes dessa lei, o ato era configurado como estupro ou atentado violento ao pudor, que eram previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, praticado mediante violência presumida, que era prevista no artigo 224 do Código Penal.

Rogério Sanches Cunha²² ensina que:

Antes da Lei nº 12.015/2009 o ato sexual com pessoa vulnerável configurava, a depender do caso, estupro (art. 213) ou atentado violento ao pudor (art. 214), mesmo que praticados sem violência física ou moral, pois presumido (de forma absoluta de acordo com a maioria) no art. 224 do CP. Este dispositivo (art. 224) agora está expressamente revogado, subsumindo-se a conduta ao disposto no art. 217-A do CP.

Então, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, o artigo 224 do Código Penal considerava presumidamente violenta a conjunção carnal ou o ato libidinoso praticado com pessoa não maior de catorze anos; pessoa “alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância”; pessoa que não pode por qualquer outra causa oferecer resistência.

Assim, a redação original do Código Penal tratava dos vulneráveis no mesmo dispositivo, de modo que no caso da pessoa com deficiência, a legislação não exigia sua falta de discernimento para a configuração do crime.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, os artigos 213, 214 e 224 do Código Penal foram revogados e foi incluído o artigo 217-A²³, que dispõe:

²² CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 448.

²³ BRASIL. op. cit. nota 15.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º 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.

Desse modo, houve a separação dos sujeitos passivos no tipo penal, passando a ser prevista a vulnerabilidade do menor de catorze anos no caput do artigo e no parágrafo primeiro a vulnerabilidade daqueles 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.

Quanto aos menores de catorze anos, o entendimento é o de presunção absoluta da vulnerabilidade, de modo que foi editado o enunciado da Súmula nº 593 do STJ²⁴ dispondo que para a caracterização do estupro de vulnerável da vítima menor de catorze anos é irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Já, quanto à pessoa com deficiência mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, Rogério Greco²⁵ ensina:

Além do critério biológico (enfermidade ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos imputáveis, previstos pelo art. 26, caput, do Código Penal.

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido.

Logo, pela redação do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, não há presunção absoluta da situação de vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental, de modo que seria imprescindível que o discernimento da pessoa com deficiência mental fosse avaliado concretamente, não havendo proibição para a prática do ato se a pessoa tivesse entendimento do ato sexual e capacidade de autodeterminação.

Contudo, a Lei nº 13.718²⁶, de 2018 acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal, dispondo que: “As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste

²⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 593*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial* – v. III. Niterói: Impetus, 2015, p. 544.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 13.718*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

A inclusão do parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal ao prever a irrelevância do consentimento da pessoa com deficiência mental para a caracterização do crime de estupro de vulnerável causou um verdadeiro conflito com o direito à sexualidade assegurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos, enquanto o artigo 217-A, § 5º, do Código Penal passou a prever que a caracterização do crime de estupro de vulnerável independe do consentimento da pessoa com deficiência mental.

Antes mesmo dessa alteração, Cezar Roberto Bitencourt²⁷ já entendia que havia um tratamento discriminatório dado pelo legislador à pessoa com deficiência mental, entendendo que:

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.

A garantia do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência é assegurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que foi editado em decorrência da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* constitucional.

Desse modo, diante da previsão do artigo 217-A, § 5º, do Código Penal incluído pela Lei nº 13.718, Rogério Sanches Cunha²⁸ assegura que deve ser feita “interpretação sistemática para compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade individual”.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 4: parte especial (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

²⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.718/18: Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

Portanto, no caso de pessoa com deficiência mental que possui capacidade para consentir, seus direitos sexuais e reprodutivos devem ser assegurados, não caracterizando o estupro de vulnerável.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, que a inclusão do parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal causou um conflito entre o Código Penal e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

As pessoas com deficiência mental são sujeitos de direito, particularmente, dos direitos fundamentais que recebem tratamento destacado no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O legislador infraconstitucional não pode tolher a pessoa com deficiência mental que deseja exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, já que se trata de pessoa com capacidade plena.

Então, a previsão de que o crime de estupro de vulnerável se caracteriza independentemente do consentimento da pessoa com deficiência mental, incluída pela Lei nº 13.718, é contrária à capacidade para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos.

Diante desse conflito, deve haver a compatibilização entre os dois diplomas legais, para que não seja considerado como irrelevante o consentimento da pessoa com deficiência mental a ponto de se caracterizar o crime de estupro de vulnerável na situação em que a pessoa tem o necessário discernimento para consentir com a prática do ato sexual.

Como o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi editado em decorrência da imprescindibilidade do cumprimento do disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, este se sobrepõe ao disposto na Lei nº 13.718, devendo ser apurado no caso concreto se a deficiência mental causa ou não a falta de discernimento para consentir.

Restou demonstrado no presente trabalho que deve prevalecer a capacidade civil plena da pessoa com deficiência mental que tem discernimento para consentir com a prática do ato sexual.

Diante da constatação mencionada, deve-se garantir, de forma ampla e razoável, que a pessoa com deficiência mental tenha assegurado o exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Desse modo, o crime de estupro de vulnerável não se caracteriza quando a pessoa com deficiência mental possui capacidade para consentir.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para a efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-a-protecao-das-pessoas-com-deficiencia-na-cf-de-88-a-necessaria-implementacao-dos-principios-constitucionais>>. Acesso em: 19 set. 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 22, n. 86, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 4: parte especial (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. *Decreto nº 3.298*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. *Emenda Constitucional nº 12*, de 17 de outubro de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/Emendas/Emc_antecedente1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Lei nº 7.853*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.146*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018. BRASIL.

_____. *Lei nº 13.718*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 593*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.718/18: Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. *Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 448.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

FIGUEIREDO, Ana Cláudia Mendes; GONZAGA, Eugênia Augusta. Pessoas com deficiência e seu direito fundamental à capacidade civil. In: GONZAGA, Eugênia Augusta; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. *Ministério público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência*. Brasília: ESPMU, 2018.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, v. 72, n. 3, p. 263-270, mar. 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Tiago Henrique. *Modelo Social da Deficiência: uma ferramenta sociológica para a emancipação social*. Disponível em: <<http://www4.pucsp.br/neils/revista/vol%2031/tiago-henrique-franca.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3. Niterói: Impetus, 2015.

MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso*. Disponível em: <<http://www4.pucsp.br/neils/revista/vol%2031/tiago-henrique-franca.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUARESMA, Regina. A pessoa Portadora de Necessidades Especiais e sua Inclusão Social. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. *Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 22 out. 2018.