

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
LUCAS LOURENÇO BORBA SOUSA**

**DO DIREITO DE AMAR DO ALIENADO MENTAL E DA SUA REPERCUSSÃO NO
DIREITO PENAL**

**RUBIATABA/GO
2018**

LUCAS LOURENÇO BORBA SOUSA

**DO DIREITO DE AMAR DO ALIENADO MENTAL E DA SUA REPERCUSSÃO NO
DIREITO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor José Carlos Cardoso Ribeiro.

**RUBIATABA/GO
2018**

LUCAS LOURENÇO BORBA SOUSA

**DO DIREITO DE AMAR DO ALIENADO MENTAL E DA SUA REPERCUSSÃO NO
DIREITO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor José Carlos Cardoso Ribeiro.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 21/06/2018

Especialista José Carlos Cardoso Ribeiro
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista Arley Rodrigues Pereira Junior
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista João Paulo Da Silva Pires
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Exclusivamente a Deus que me ampara e me ilumina sempre, e o que seria de mim sem a fé que tenho nele?

À memória de minha avó dona Luzia que com acalento cuidou e me amou sem medida e que hoje me faz tanta falta, ao meu avô que através de seus conselhos pude chegar ao caminho certo.

Dedico a minha esposa, aos meus pais e irmãos que me amparam nesta caminhada.

Aos meus tios Marcia e Luiz Paulo que sem eles seria bem mais difícil a conclusão deste trabalho e de vários sonhos.

A todos que andaram comigo durante a árdua caminhada que tive, aos amigos fundão discrepante que foram um pilar de apoio.

AGRADECIMENTOS

Ao professor José Carlos, pela orientação e seu grande desprendimento em ajudar e colaborar para um resultado plausível.

A Faculdade Evangélica de Rubiataba, e às pessoas que convivi no espaço destes longos anos. As oportunidades que tive no decorrer destes anos com experiências compartilhadas foi a melhor coisa que tive no decorrer da minha formação acadêmica.

“Nada é mais deficiente que o preconceito e nada mais eficiente que o amor”. (Val Marques)

RESUMO

A pesquisa em apreço tem o escopo de analisar o modo como se dá a configuração atual do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, §1º do Código Penal, respeitadas as diretrizes de inclusão propostas pela Lei nº 13.146/2015. Para tanto, propõe-se a avaliar o antinomismo existente entre os instrumentos legislativos, com estudo aprofundado do direito do alienado manter relações sexuais consentidas defendidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tudo isso com a finalidade de demonstrar ao final que atualmente as penas do crime de estupro de vulnerável só irão ser aplicadas àquele que mantém relações sexuais ou atos libidinosos com pessoa deficiente mental, que pelo nível de alienação não consegue compreender a natureza dos atos, e manifestar de modo inequívoco seu consentimento, situação que será avaliada caso a caso, partindo de provas periciais e testemunhais.

Palavras-chave: Deficiente Mental. Estupro de Vulnerável. Inclusão. Sexualidade.

ABSTRACT

The present research has the scope to analyze the way in which the current configuration of the crime of rape of vulnerability provided in art. 217-A, paragraph 1 of the Criminal Code, respecting the inclusion guidelines proposed by Law 13,146 / 2015. To this end, it proposes to evaluate the existing antinomism between the legislative instruments, with an in-depth study of the right of the alienated to maintain consensual sexual relations defended by the Statute of the Person with Disabilities. All this in order to demonstrate in the end that currently the penalties of the crime of rape of vulnerable will only be applied to those who lie sexually or libidinous acts with mentally handicapped person, who by the level of alienation can not understand the nature of the acts, and to express unequivocally their consent, a situation that will be evaluated on a case-by-case basis, based on expert and witness evidence.

Keywords: Mental deficient. Rape of Vulnerable. Inclusion. Sexuality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

BA - Bahia

C/C – Combinado com

DR. – Doutor

MG – Minas Gerais

Nº - Número

S/D – Sem data

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DO ANTINOMISMO EXISTENTE ENTRE AS DETERMINAÇÕES ESTATUIDAS NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E NA LEI Nº 13.146 DE 2015	12
2.1 Do Alienado Mental no Código Penal de 1940: Uma análise literal do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.	13
2.2 Do Alienado Mental na Lei nº 13.146 de 2015.....	15
2.3 Da Antinomia existente entre o Código Penal e a Lei nº 13.146 de 2015	19
3 DO DIREITO DO ALIENADO MENTAL DE MANTER RELAÇÕES SEXUAIS E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PENAL	22
3.1 Do Direito do Alienado Mental de Manter Relações Sexuais Consentidas	22
3.2 Da repercussão do direito de manter relações sexuais consentidas pelo alienado mental no Direito Penal.....	27
4 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL ACERCA DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, §1º DO CÓDIGO PENAL.....	32
4.1 Análise de Decisões Monocráticas do Superior Tribunal de Justiça	32
4.1.1 Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 1.219.218 – MG (2017/0319764-9)	33
4.1.2 Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 1.110.213 – MG (2017/0131964-9)	34
4.1.3 Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 1.074.721 – MG (2017/0072134-8)	35
4.1.4 Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 991.282 – BA (2016/0257024-0).....	37
4.2 Análise de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás	39
4.2.1 Decisão em Apelação Criminal nº 72768-90.2007.8.09.0085.....	39
4.2.2 Decisão em Apelação Criminal nº 123064-88.2012.8.09.0197.....	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico propõe-se a discutir acerca do direito de amar do alienado mental e sua repercussão no direito penal, e chegar a uma conclusão à problemática proposta, qual seja, avaliar como se dá a configuração do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, §1º (BRASIL, 1940), após a promulgação da Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), que garante o direito dos deficientes mentais de manter relações sexuais.

E tem como objetivo geral identificar como se dá atualmente a consumação do crime previsto no artigo 217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), após a promulgação da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, e como objetivos específicos avaliar a antinomia existente entre o Código Penal e a Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), verificar como se consuma o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), diante da permissiva de prática de relações sexuais por deficientes mentais, prevista na Lei de Inclusão da Pessoa com deficiência, e por fim analisar por meio de casos concretos a aplicação atual do artigo 217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940).

O alienado mental antes da vigência da Lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015) era considerado penalmente inimputável para todos os atos da vida civil. Com advento da lei de inclusão da pessoa com deficiência essa situação modificou, ou seja, a deficiência não é mais obstáculo para a capacidade civil, só em determinados casos que pode limitá-la. A deficiência por exemplo não é tida atualmente como um obstáculo para o alienado mental constituir família ou até mesmo união estável (BRASIL, 2015).

Contudo, o código penal continua a criminalizar a prática de relações sexuais por pessoa deficiente mental, considerando-os vulneráveis para todos os fins (BRASIL, 1940).

Para a melhor compreensão dessa pesquisa, será usado o método indutivo, verificando a partir das alterações da Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), como se dá atualmente a consumação do crime de estupro de vulnerável quando se tiver por vítima pessoa deficiente mental, e procurando se obter todas as informações para melhor se compreender o tema, utilizando-se de informações extraídas de revistas, doutrinas e artigos científicos.

Especialmente serão utilizadas as doutrinas, revistas e artigos dos seguintes juristas: GRECO, Rogério. (Curso de direito penal-parte especial. Vol.II- 13º ed Niterói-RJ: Impetus 2016), MARCÃO, Renato; (GENTIL, Plinio. Crimes contra a dignidade sexual- 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015), ALMEIDA, Fabiane Cristina et. al. (Revista Nacional de

Direito de Família e Sucessões. Ano III, nº 14, Set-Out, 2016), Gonçalves, Victor Eduardo Rios Direito penal esquematizado: parte especial – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção esquematizado / coordenação Pedro Lenza.), MADALENO, Rolf. (Curso de direito de família. 6 ed. Ver, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015) e o artigo científico: (Patrícia Francisca de Brito; Cleide Correia de Oliveira (A sexualidade negada do doente mental: percepções da sexualidade do portador de doença mental por profissionais de saúde), Especialização em Saúde Mental, Departamento de Enfermagem, Centro de Ciências Biológicas e da Saúde, Universidade Regional do Cariri (URCA), Crato, Ceará, Brasil). Será usado também o código penal e o código civil e a lei específica de inclusão da pessoa com deficiência física lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015).

O trabalho está dividido em três capítulos. Inicialmente buscará estudar a antinomia existente entre o Código Penal e a Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), de modo a demonstrar que mesmo após a promulgação da Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência, que garante o direito dos deficientes mentais de manterem relações sexuais consentidas, o art. 217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940) permanece inalterado.

Na segunda parte propõe-se a verificar como se dá a consumação do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, §1º, do Código Penal (BRASIL, 1940) com a permissiva de prática de relações sexuais por deficientes mentais, exarada na Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), visando demonstrar que mesmo sem qualquer alteração no texto do artigo 217-A, §1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), sua aplicação prática sofreu mudanças após a promulgação da Lei de Inclusão a Pessoa com Deficiência.

Por fim, a terceira parte irá explorar a aplicação atual do artigo 217-A, §1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), buscando um estudo prático por meio de casos concretos para melhor compreensão do tema.

2. DO ANTINOMISMO EXISTENTE ENTRE AS DETERMINAÇÕES ESTATUIDAS NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E NA LEI Nº 13.146 DE 2015

Com a promulgação da Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (BRASIL, 2015), buscou-se efetivar de forma plena a inclusão da pessoa com deficiência, prescrevendo a igualdade de direitos entre pessoas deficientes e não deficientes.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, veio para dar suporte legislativo ao que já prevê a Carta estendendo todos os direitos fundamentais nele previstos às pessoas deficientes (BRASIL, 1988).

Como cidadãos de direitos os deficientes mentais têm garantido o pleno exercício de seus direitos individuais e liberdades fundamentais, por estes entendido o livre arbítrio pessoal de ir, vir, permanecer onde queira e com quem queira respeitados os direitos dos demais indivíduos.

Nesta oportunidade, merece ênfase o direito do alienado mental em manter relações consentidas, com quem interessar-se, exercendo plenamente seu direito à liberdade.

Não se pode negar ao alienado mental os prazeres de uma vida sexual ativa, já que ao contrário do que muitos imaginam, a deficiência limita suas capacidades intelectuais, mas não suas necessidades.

Contudo o Código Penal possui um modo distinto de lidar com os casos de relações sexuais praticadas por pessoa deficiente mental, quando comparado com o previsto na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Por terem modos específicos de zelar pela integridade dos alienados mentais os instrumentos legais supracitados, ditam determinações diversas e por vezes contraditórias sobre o direito desses indivíduos de se relacionarem de forma amorosa com qualquer pessoa.

O presente capítulo, objetiva, pois, analisar as determinações estatuídas tanto no Código Penal, quanto na Lei nº 13.146, e posteriormente estabelecer uma comparação entre os dois diplomas, de forma a demonstrar o antinomismo existente entre eles. O estudo se mostra importante pois pela verificação do antinomismo das leis, poderá se compreender o porquê da relevância da problemática proposta. Para tanto se utilizará de leis, doutrinas e jurisprudências.

2.1 Do Alienado Mental no Código Penal de 1940: Uma análise literal do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.

O deficiente mental em razão de sua evidente vulnerabilidade necessita de atenção especial, justamente por isso o Estatuto Repressivo em vigência pune aquele que aproveitando-se dessa vulnerabilidade pratica relações sexuais ou pratica qualquer ato libidinoso com alienado mental.

Dito isto, o item em questão visa analisar o texto do artigo 217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), que estipula o crime de estupro de vulnerável quando se tem por vítima pessoa deficiente mental, perfazendo um estudo literal do supradito dispositivo, na busca do auxílio necessário para a problemática proposta. Isso porque para entender como se dá a consumação atual do crime em apreço, faz-se necessário verificar o que está disposto em seu texto.

O alienado mental no Código Penal de 1940, em seu artigo 217-A, §1º é considerado vulnerável em todos os seus termos, não detendo capacidade de discernir o que é certo ou errado e incapaz de expressar voluntariamente seu consentimento, nos casos de relações sexuais (BRASIL, 1940).

Assim, aquele que pratica qualquer ato libidinoso ou mantém relação sexual mesmo que consentida com o deficiente, comete crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 1940).

O artigo 217-A, §1º do Código Penal, estabelece que incorre nas penas do crime de estupro de vulnerável aquele que mantém relações sexuais ou pratica qualquer tipo de ato libidinoso com pessoa deficiente mental (BRASIL, 1940).

Isto posto, o alienado mental, não teria, em tese, conforme descrição do artigo supracitado, o discernimento necessário para manifestar voluntariamente a vontade de manter relações sexuais, ou praticar atos libidinosos com qualquer pessoa.

O Estatuto Repressivo, decreta uma situação de vulnerabilidade aos alienados mentais, estabelecendo uma incapacidade plena de discernir acerca das consequências dos atos praticados.

Partindo dessa premissa a violência é presumida, ou seja, o emprego de violência na prática dos atos sexuais é fator irrelevante. Preleciona Corrêa Júnior (2009, p. 222), que: “Nesse caso, também não há o emprego de violência física, porém o legislador presumiu que, nessas situações, a vítima não tinha condições de se defender ou impedir o ato”.

O alienado mental é para a lei penal, incapaz de manifestar consentimento irrefutável, e não consegue dimensionar as consequências de seus atos, por tanto, independe da prática de violência física ou psicológica para a configuração do crime de estupro de vulnerável.

Nesse sentido julgou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao decidir que mesmo não se comprovando a utilização de meios violentos para a prática de atos sexuais com deficiente mental, não se pode falar em absolvição do acusado por estupro, já que nessa hipótese trata-se de crime sexual praticado com violência presumida, devido a comprovada deficiência mental da vítima (BRASIL, 2010).

Na mesma linha se manifestou o relator Dr. Fábio Cristóvão de Campos Faria da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na apelação criminal 416117-24.2005.8.09.0026, ao votar pela manutenção de sentença condenatória de acusado por crime de estupro de vulnerável, o qual valendo-se da relação de confiança com a família de deficiente mental e da ausência de familiares no horário dos fatos, ameaçou e obrigou a vítima a com ele manter relações sexuais (BRASIL, 2016).

A infração se consuma no momento da prática de atos libidinosos ou no momento da conjunção carnal, a depender do caso, sendo irrelevante a aquiescência da vítima.

Mesmo que o autor do crime sexual em desfavor de vítima deficiente mental, não tenha se utilizado de ameaças ou instrumentos de coação, a mera condição da vítima, já provoca sua condenação, por ter havido nesse caso violência presumida contra a vítima.

Necessário se destacar que a condição de incapacidade da vítima será apurada por meio de perícia médica, capaz de aferir o nível da debilidade mental e se ela a torna incapaz entender a natureza da relação sexual.

Nesse sentido esclarece Corrêa Júnior (2009, p.223): “É preciso que a vítima, em razão da enfermidade ou debilidade mental, seja inteiramente incapaz de entender a natureza do ato sexual.”

O autor observa que as debilidades de pequena monta, que não tornam a pessoa incapaz de entender a natureza da relação sexual e suas consequências, não levam a configuração do crime de estupro de vulnerável.

Ademais, o crime de estupro de vulnerável é tido como crime hediondo. Regulamenta o artigo 1º, da Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990):

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

Por ser praticado, em tese, contra pessoa que não têm capacidade de defender-se, o crime de estupro de vulnerável é considerado como crime hediondo, e encarado de forma repugnante pela sociedade.

No crime em apreço, como já mencionado, não se discute a vontade da vítima no momento da conjunção carnal ou na prática dos atos libidinosos, já que o alienado no estatuto repressivo não pode tomar suas próprias decisões.

Pode-se afirmar com a análise do artigo acima subscrito, que o alienando mental é tratado pela legislação penal como plenamente incapaz de entender a natureza dos atos sexuais e aquele que com ele praticar relação sexual será sujeito às penas do crime de estupro de vulnerável.

Ademais, necessário relembrar que para a legislação penal o crime de estupro de vulnerável com vítima deficiente mental é crime de violência presumida, ou seja, é irrelevante a prática de violência física ou psicológica por parte do autor.

Essa seção, foi de grande valia para a resolução da problemática proposta, uma vez que fora possível compreender o que expressa o art. 217-A, §1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), em uma análise literal, para logo adiante ser possível entender a compreensão doutrinária e jurisprudencial para a aplicação do crime em comento.

Deste modo, o próximo item pretende esclarecer os direitos dos doentes mentais frente a Lei nº 13.146/15, a qual destina-se a garantir a igualdade de direitos e liberdades fundamentais aos portadores de deficiência.

2.2 Do Alienado Mental na Lei nº 13.146 de 2015

Sabendo como se posiciona a lei penal acerca da vulnerabilidade do deficiente mental, o item em apreço pretende demonstrar que tal vulnerabilidade deve ser relevada, para que o alienado mental consiga exercer livremente seus direitos.

A Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015, transformou de forma colossal a maneira como era visto o alienado mental. Aqueles que eram tidos como incapazes até meados de 2015, hoje são sujeitos de direitos plenos e livres em suas escolhas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), conceitua as pessoas que se consideram deficientes:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência 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.

Dessarte, consideram-se deficientes aqueles que têm qualquer tipo de impedimento de longo prazo, seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, e que encontram dificuldades de conviver em sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Por sua vez o conceito de deficiente mental pode ser extraído do artigo 4º, inciso IV, do Decreto nº 3.298 (BRASIL, 1999):

Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

[...]

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

Assim, considera-se deficiente mental, aquele com capacidade intelectual reduzida e com limitações em duas ou mais áreas de habilidades adaptativas que fazem com que o indivíduo não consiga conviver em sociedade em igualdade de condições às demais pessoas.

A Lei Brasileira de Integração de Pessoa com Deficiência afasta a prática de ações discriminatórias em face de pessoa portadora de deficiência e garante igualdade de oportunidades a esses indivíduos. Estatui o artigo 4º da referida lei (BRASIL, 2015):

Art. 4º. Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Destarte, as pessoas com deficiência não serão alvo de práticas discriminatórias, entendendo-se como discriminação qualquer ação ou omissão que tenha o manifesto interesse de prejudicar outrem, e impedir o exercício pleno de seus direitos e liberdades.

Outro avanço do Estatuto em questão foi a abolição da condição de absolutamente incapazes dos deficientes mentais e limitação dos casos de interdição do Código Civil de 2002, de modo que conforme redação dada pela Lei nº 13.146/15, estarão sujeitos a curatela aqueles que de forma passageira ou permanente não possam exprimir sua vontade (BRASIL, 2002).

Aos alienados mentais foram concedidos os mesmos direitos garantidos à população em geral, consideradas suas condições peculiares, de forma a garantir sua integração com as demais pessoas.

Além disso, é dever de todos assegurar a efetivação de tais direitos. É o que preconiza o artigo 8º da Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015):

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Dessa maneira, a pessoa com deficiência tem assegurado todos os direitos inerentes a pessoa humana, inclusive os referentes a sexualidade. Não se podendo limitar sua participação na sociedade, nem o livre exercício de seu direito de escolha, baseando-se simplesmente no fato de possuir doença mental transitória ou permanente.

Nos termos do Estatuto em apreço, a deficiência do alienado mental não afeta sua capacidade civil, sendo que essa capacidade abrange o direito de casar-se e se constituir união estável, ter relações sexuais e ter filhos, conservar sua fertilidade, conviver em família e comunitariamente, bem como ter a guarda, tutela, curatela e adotar, em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

A capacidade de autodeterminar-se de acordo com sua vontade garantiu ao detentor de necessidades especiais direitos que até então eram impedidos de exercer e o direito de constituir família, seja por meio da união estável, seja por meio do casamento, e a liberdade de manter relações sexuais, foi sem dúvida o ápice da lei.

Por isso tudo, pode-se concluir que o deficiente mental tem a garantia de exercício dos mesmos direitos previstos a população em geral, não sendo hoje a condição de deficiente suficiente para retirar-lhe a capacidade civil.

Em razão da capacidade de se autogerir o deficiente mental tem a liberdade de unir-se em união estável, contrair matrimônio e praticar relações sexuais, algo que até então lhe era restringido.

Nesse sentido, ao contrário do que preconiza o código penal, as relações sexuais praticadas de modo voluntário pelo alienado mental, tem resguardo jurídico, e por tanto não devem ser penalizadas.

Seria, portanto, injusto que a pessoa que realizado desejo seu e de pessoa deficiente que manifesta de forma incontestado seu consentimento para a prática de relações sexuais, seja punida por tal ato.

Dito isto, essa seção em muito auxilia na solução da problemática proposta, haja vista que não se compreende a aplicação do direito se não o compreender, e esse item se propôs justamente a relacionar os direitos resguardados pela Lei Brasileira de Integração de Pessoa com Deficiência, para se entender nos próximos capítulos a aplicação desses direitos.

No próximo item pretende estabelecer um liame entre o Código Penal e a Lei 13.146, de modo a demonstrar a antinomia existente entre as disposições vigentes nos dois diplomas.

2.3 Da Antinomia existente entre o Código Penal e a Lei nº 13.146 de 2015

Avaliadas as determinações dos dispositivos legais analisados, o presente item pretende confrontá-los e demonstrar a antinomia existente entre o Código Penal de 1940 da

Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência (Lei nº 13.146/15), avaliação que auxiliará sobremaneira na solução da problemática proposta.

Sabe-se que no Brasil prenomina-se o princípio da independência das instâncias, então um ato cível não necessariamente trará consequências na seara criminal e vice-versa.

Assim, é possível afirmar que a promulgação da Lei nº 13.146/2015, não foi suficiente para alterar o texto do artigo 217-A, §1º do Código Penal, que ainda pressupõe que as pessoas com deficiência mental são incapazes de entender a natureza do ato sexual.

Mesmo com a reforma parcial do código penal pela Lei nº 12.015/09, não foi observado o direito de manter relações sexuais consentidas da pessoa alienada mental, sendo nos termos do artigo 217-A, §1º, incapaz de discernir para a prática do ato.

Lecionam Licchesi e Xavier (2016, online):

Um ponto mais sensível do Código Penal que não foi observado pelo legislador diz respeito aos crimes contra a dignidade sexual. De acordo com a reforma parcial realizada pela Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a ser crime de estupro de vulnerável a prática de qualquer ato sexual com pessoa menor de 14 anos ou “alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”, punido com 8 a 15 anos de reclusão (art. 217-A). Com isso, as pessoas com deficiência mental foram consideradas vulneráveis, isto é, absolutamente incapazes de consentir com a prática de atos sexuais. Pelo Estatuto, no entanto, a deficiência, ainda que mental, não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos (art. 6.º). Tal capacidade está assegurada desde antes pela Convenção, que foi assinada pelo Brasil ainda em 2007, antes da criação do tipo penal em questão. É no mínimo curioso observar que, no mês de agosto de 2009, ao mesmo tempo em que se concedia *status* de Emenda Constitucional à Convenção, reconhecendo o exercício de direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência, criava-se o crime hediondo de estupro de vulnerável, impondo relevante incapacidade sobre tais pessoas. Esta inobservância pelo legislador, seja em 2009 ou 2015, cria relevante dificuldade aos operadores do direito, que precisam avaliar, caso a caso, quando uma pessoa com deficiência tem ou não o necessário discernimento para a prática de ato sexual, o que gera incerteza e insegurança jurídica, não apenas para os juízes, promotores e advogados, como para as próprias pessoas com deficiência e seus parceiros.

Em observância ao disposto, o artigo 217-A, §1º (BRASIL, 1940), em análise literal considera vulneráveis as pessoas com deficiências mentais, e por tanto, são incapazes de consentir com a prática de atos sexuais. Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência prescreve justamente o contrário, ao dizer que os deficientes mentais são plenamente livres de escolherem com quem se relacionar, e manter com quem queira relações sexuais, isso porque a deficiência não afeta sua capacidade de autogerir.

Para os autores o legislador penal, foi de certa forma negligente ao deixar de apreciar o disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinada em 2007 pelo Brasil, a qual garantia os direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência, antes da promulgação do código penal.

Ademais, no mesmo ano de sua promulgação, concedia-se status de Emenda Constitucional à supradita Convenção, e mesmo assim o Código Penal criou o crime hediondo de estupro de vulnerável.

Certo é que a inobservância dos preceitos da Convenção pelo legislador penal, gera insegurança aos aplicadores da lei, vez que há a dificuldade em avaliar os casos em que a deficiência realmente provoca incapacidade do indivíduo em discernir acerca da natureza dos atos sexuais.

Como asseveram Cabette e Cabette (2017, online):

Há uma necessária intersecção entre o Direito Civil e o Direito Penal que deve ser tratada com base na inter e mesmo na transdisciplinaridade para chegar a uma conclusão razoável, sem que o enfermo mental sem discernimento seja prejudicado, perdendo a proteção legal que, necessariamente, deve lhe ser conferida, mas, também, reconhecendo a autonomia e liberdade inerentes às pessoas deficientes, mesmo mentais, detentoras de capacidade decisória suficiente para dar ou não seu consentimento em atos de natureza sexual. O tormentoso binômio liberdade / segurança será o desafio permanente nas linhas que seguem.

Partindo do que lecionam os autores, verifica-se a necessidade de uma unificação dos preceitos legais, objetivando a complementação de informações, não há contradição, como se verifica até então. Tal contradição, torna complexa a análise de situações que envolvam deficientes e a prática de atos sexuais consentidos. Diga-se consentidos, porque os atos sexuais não consentidos, são indiscutivelmente configuradores de crime de estupro.

Como visto pela interpretação literal do artigo 217-A, §1º, do Código Penal, é punível todo aquele que pratica atos de natureza sexual com deficiente mental, sendo nesse caso presumível a violência, já que o deficiente é incapaz de discernir acerca da natureza do ato.

Contradizendo ao disposto no Código Penal, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, trouxe em seu texto a liberdade do deficiente mental de decidir se mantém e com quem manter relações sexuais, ficando em aberto o seguinte questionamento: é correto punir quem mantém relações sexuais consentidas com deficiente mental?

Desta maneira evidente a antinomia existente entre o disposto no Código Penal de 1940 e a Lei nº 13.146/2015, que cumprem de maneira diversa o dever de proteger os interesses das pessoas com deficiência.

Na medida que o Código Penal expressa sua proteção ao alienado mental atribuindo-lhe extrema vulnerabilidade e o considerando incapaz de entender a natureza dos atos sexuais e manifestar consentimento indubitável, a Lei nº 13.146/2015, concede a eles todos os direitos e liberdades fundamentais, tratando-os de modo igualitário, independentemente de sua deficiência.

É possível dizer que essa seção é um dos pontos mais importantes da pesquisa, pois demonstra as contradições nos textos de ambas as leis, e possibilita um questionamento acerca da aplicação do art.217-A, §1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), após a promulgação da Lei nº 13.146/2015, questionamento esse que corresponde à problemática da pesquisa. Assim, a importância desse item para a solução da problemática proposta, encontra-se, pois, no fato de estimular a curiosidade dos leitores, para ao longo do trabalho descobrir a aplicação atual do crime de estupro de vulnerável.

Diante desta contradição legislativa, será imperioso a análise de cada caso em específico, fato que será detalhado no próximo capítulo, que tratará do direito do alienado mental em manter relações sexuais e sua repercussão no direito penal.

3. DO DIREITO DO ALIENADO MENTAL DE MANTER RELAÇÕES SEXUAIS E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PENAL

Importante ratificar inicialmente que o alienado mental possui os mesmos direitos daqueles que não possuem alterações neuropsiquiátricas, e para tanto privá-lo de manter relações sexuais consentidas seria uma afronta aos direitos e liberdades fundamentais previstos constitucionalmente.

O que se vislumbra nos casos de alienados mentais, é uma alteração psicológica, contudo suas necessidades fisiológicas ficam ativas, inclusive seu interesse sexual. Por óbvio como já visto em momento anterior não se pode generalizar, já que certos indivíduos são incapazes de entender a natureza dos atos sexuais.

Com tudo isso, pode-se afirmar que deve-se avaliar caso a caso, não se permitindo a aplicação generalizada do preceito de que todos os alienados mentais seriam incapazes de manter relações sexuais, como sugere a análise literal do texto do artigo 217-A, §1º, do Código Penal.

Por esse motivo o presente capítulo pretende discutir acerca do direito do alienado mental em manter relações sexuais consentidas, a fim de se dirimir quaisquer dúvidas acerca da aplicabilidade da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Após efetivado o estudo do direito do alienado mental em manter relações sexuais, explorar-se-á a repercussão da supradita lei no Direito Penal, cuja finalidade será esclarecer quão significativa foi a alteração legislativa para a defesa dos direitos dos deficientes mentais em manter relações sexuais.

3.1. Do Direito do Alienado Mental de Manter Relações Sexuais Consentidas

O item em apreço tem por objetivo estudar o direito do alienado mental em manter relações sexuais, já que após a promulgação da Lei de Integração da Pessoa com Deficiência, priorizou-se o atendimento de práticas não discriminatórias, para a defesa dos direitos destes indivíduos.

Diante dessa análise pretende ao final do item chegar à conclusão de que em regra os deficientes mentais não podem ser excluídos da prática de atos sexuais, já que o interesse sexual é uma condição própria de todo animal.

É próprio da natureza humana, que após o desenvolvimento físico completo, passe a se ter interesses distintos dos que tinha na infância, sendo perceptível interesses de natureza sexual, e a necessidade fisiológica para a prática do ato.

A prática de atos sexuais é comum a todas as espécies, sendo um ato instintivo. O ser humano, como todo animal, também possui instintos sexuais. No entanto, esses instintos são controlados por regras sociais, religiosas, morais, etc. Uma pessoa portadora de deficiência mental, que em razão de sua deficiência não tem conhecimento das regras sociais e morais que freiam os instintos, ou não consegue se comportar de acordo com essas regras, tem uma tendência maior a dar mais vazão aos seus instintos, inclusive o sexual (MONDIN, online).

O homem como qualquer outro animal, possui instintos de natureza sexual, contudo ao contrário do que se aplica aos animais irracionais, aos seres humanos são exigidos o cumprimento de regras sociais, religiosas, morais.

Tais regras, propõem-se a controlar os instintos animais do ser humano, ocorre que as pessoas que apresentam algum tipo de deficiência mental, não conseguem conter seus instintos, ou não conseguem se comportar de acordo com as regras exigidas pela sociedade, já que devido a sua deficiência as desconhecem.

No entanto, aquela menina portadora de Síndrome de Down, que é igual às outras garotas, inclusive na necessidade de ter prazer sexual — necessidade que talvez seja maior, por não ter freios inibitórios morais ou sociais —, está excluída da atividade sexual. Ela não pode manter relações sexuais porque, quem mantiver relações sexuais com ela, estará cometendo o crime de estupro, ainda que ela queira manter relações sexuais (MONDIN, online).

Uma pessoa que possui deficiência mental, embora não consiga agir conforme os padrões de conduta impostos pela sociedade, tem a necessidade de ter prazer sexual, que por vezes são ainda maiores por não conseguirem conter seus instintos.

Excluir as pessoas com deficiência mental da prática de relações sexuais, seria prática discriminatória, já que possuem as mesmas necessidades sexuais de uma pessoa considerada mentalmente normal.

O deficiente mental, como qualquer outra pessoa, tem necessidades de expressar sua sexualidade e a maneira como ele faz isso acaba produzindo, muitas vezes, certo grau de constrangimento social e familiar. Reprimir a sua sexualidade não vai fazer com que ela desapareça, e as tentativas de dessexualizar o deficiente irão angustiá-lo e torná-lo mais agressivo. A repressão pura e simples da sexualidade pode alterar o equilíbrio emocional

do deficiente, diminuindo as possibilidades de que ele tenha um desenvolvimento melhor. Quando bem encaminhada e orientada, a sexualidade melhora o desenvolvimento afetivo, facilitando a capacidade de se relacionar, melhorando a auto-estima e a adequação à sociedade (BRANDEMBERG, online).

Não se pode tratar o deficiente mental como indivíduo assexuado, isso porque eles têm a necessidade de expressar seus sentimentos sexuais, e reprimir esses sentimentos não vão fazer com que o interesse sexual desapareça.

Eventual repressão do indivíduo alienado mental com tentativas de dessexualizá-lo pode causar sentimentos de angústia e torná-lo agressivo, isso porque a repressão da sexualidade tende a alterar seu equilíbrio emocional e diminuir as possibilidades de um desenvolvimento adequado.

Ademais, o indivíduo que possui deficiência mental quando bem orientado tende a se desenvolver melhor, desenvolvendo positivamente sua autoestima, sua capacidade de relacionar-se com outras pessoas e a forma como deve tratar o sexo em sociedade.

Acrescenta Brandemberg (s/d, online) que “a sexualidade é um fator importante para o desenvolvimento da personalidade e as expressões de sexualidade dos deficientes mentais não devem ser recriminadas, mas sim tratadas como algo natural”.

Recriminar a prática de atos sexuais por deficiente mental só lhe traria prejuízos, levando-o a desenvolver sentimentos depressivos e de não aceitação da deficiência. Justamente por isso a questão levantada deve ser tratada como algo normal, e ao contrário de ser recriminada deve ser orientada.

A sexualidade das pessoas com deficiência é, em geral, negligenciada. A própria ideia básica e fundamental do direito de exercer a sexualidade, assim como o direito à reprodução, estão fora do marco de inteligibilidade sobre a realidade vivida por pessoas com deficiência. Mais difíceis ainda são o reconhecimento e a garantia dos direitos sexuais e direitos reprodutivos de maneira ampla, especialmente para mulheres com deficiência. Preconceitos e discriminações sobre a sexualidade das pessoas com deficiência e a falta de educação e informação sobre sexualidade e direitos dificultam ou impossibilitam a garantia desses direitos para as pessoas com deficiência. (STFFEN e MUSSKOPF, 2015, 44 - 45).

O tema em questão é de maneira geral negligenciado, a ideia de que deficientes mentais se relacionem sexualmente e exerçam seu direito reprodutivo estão fora do alcance das mentes humanas. Seja por preconceito, discriminação ou falta de informação, essa

negligência dificulta ou impossibilita o livre exercício dos direitos sexuais dos alienados mentais.

Nesse sentido, o direito à liberdade sexual afirma que as pessoas têm o direito de relacionar-se com quem quiserem, da forma que quiserem, desde que respeitando os direitos da outra pessoa. Afirma, também, o direito à livre orientação sexual, assim como o respeito à liberdade de pensamento, opinião e expressão sobre sexualidade. Esses direitos não são garantidos para as pessoas com deficiência, as quais têm dificuldades em ter sua sexualidade e suas opções reprodutivas levadas a sério e respeitadas. Por outro lado, o direito à participação na vida pública e política é fundamental para que essas questões sejam garantidas. Nele estão implicadas a garantia à intimidade sexual, o direito à liberdade de associação e de reunião pacífica para discutir temas relevantes, incluindo aqueles relacionados à sexualidade. Isso se torna especialmente importante quando se trata de pessoas com deficiência, frequentemente alijadas de tais processos, particularmente da elaboração de políticas públicas na área da sexualidade e da reprodução que reflitam as suas necessidades. Assim, para a garantia dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos é necessário acessibilidade, equidade e equiparação de oportunidades. É fundamental assegurar o acesso a todos os serviços da comunidade, incluindo o atendimento à saúde sexual e reprodutiva, oferecendo recursos para garantir a igualdade de participação nos relacionamentos afetivos e sexuais, bem como nas discussões públicas sobre tais questões (ONU, 1993). (STFFEN e MUSSKOPF, 2015, 51 - 52).

O direito à liberdade sexual, resguarda os direitos das pessoas se relacionarem com quem quiserem, sendo este direito garantido às pessoas com deficiência, já que seu direito à sexualidade e reprodutivo devem ser levados em consideração.

Não se pode colocar freios nos instintos sexuais de um alienado mental, bem como não se pode punir aquele que mantém relações sexuais consentidas com deficiente mental.

A Lei nº 13.146/2015 (Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência), incluiu dentre os direitos previstos às pessoas com deficiência a faculdade de manterem relações sexuais consentidas com pessoa de seu interesse.

Nestes termos, possibilitou que os alienados mentais relacionassem sexualmente com pessoa de sua escolha, sem que a essa fosse imputado em momento posterior crime de estupro de vulnerável.

A Lei Brasileira de Integração da Pessoa com Deficiência veda a incidência de práticas discriminatórias em face de pessoas portadoras de deficiência, priorizando o direito a igualdade constitucionalmente previsto (BRASIL, 2015).

Não é possível, portanto, que pessoas portadoras de deficiência mental sejam privadas do livre exercício de seus direitos, em razão de seus impedimentos psicológicos.

Sendo dever de todos a prática de ações inclusivas, para que estes indivíduos se sintam acolhidos e respeitados.

Como estudado no capítulo anterior a Lei de Inclusão aboliu a condição de absolutamente incapaz das pessoas com algum tipo de limitação mental, trazendo permissiva aos direitos de casar-se e manter relações sexuais, exercer direitos sexuais e reprodutivos, podendo decidir sobre o número de filhos, conservar sua fertilidade, exercer o direito a família e a convivência familiar e comunitária, e ainda exercer direito de guarda, tutela, curatela e adoção.

Em verdade, o estatuto deixa claro que o seu objetivo é retirar o tema da órbita exclusiva da incapacidade da pessoa para o da inclusão social, até mesmo no que diz respeito ao polêmico tema da sexualidade. Como se sabe, a sexualidade das pessoas portadoras de deficiência mental sempre foi um tabu da sociedade moderna, a qual desconsiderou, por séculos, que o deficiente, como qualquer outra pessoa, tem necessidade de expressar a sua sexualidade, independente do grau de constrangimento social que isso possa causar (SOARES, 2017, online).

Conforme considerações feitas pelo autor aquele que até a promulgação da lei era incapaz de tomar decisões sobre si próprio, já que o simples fato de ser portador de deficiência mental já era condição de incapacidade, agora pode inclusive ter uma vida sexual ativa, algo que era até então considerado pela sociedade algo insólito.

Nesta linha assevera o artigo 4º, III, do Código Civil, ao dizer que só será considerado incapaz aquele que de forma passageira ou permanente não possam exprimir de forma concreta e indubitável a sua vontade (BRASIL, 2002).

O exercício ao direito à sexualidade garante, também, àqueles que tenham algum relacionamento amoroso e sexual com pessoa alienada mental não sejam processados e condenados por crime de estupro de vulnerável.

O deficiente mental como qualquer ser humano considerado normal, tem o direito de praticar relações sexuais com pessoa de seu interesse, não podendo aquele que se deu ao desfrute de manter relações sexuais com pessoa alienada mental ser processado por isso.

Proibir pessoa deficiente mental de manter relações sexuais consentidas, seria uma afronta a seus direitos e liberdades previstos constitucionalmente, já que como qualquer outro indivíduo tem necessidades sexuais, as quais muitas vezes são mais intensas por desconhecerem as regras de comportamento impostas pela sociedade.

Conclui-se que frear esses instintos sexuais do alienado mental, a ponto de proibi-lo de manter relações sexuais é prática discriminatória e uma afronta ao princípio de inclusão da pessoa com deficiência, determinada na Lei de Integração da Pessoa com Deficiência.

Com isso, essa seção auxilia na solução da problemática proposta ao explorar o direito à liberdade sexual do alienado mental, pois defendendo esse direito poderá ao final ver em quais casos essa liberdade poderá resultar de consentimento válido do deficiente mental e em quais casos o agente que mantém relações sexuais com vítimas com esse tipo de déficit será penalizado criminalmente por seus atos.

Dessa forma, o item seguinte pretende estudar os efeitos da Lei de Integração da Pessoa com Deficiência, na órbita do direito penal, analisando se houve a extinção do crime de estupro de vulnerável quando se tem por vítima pessoa deficiente mental, ou se continua vigorando, e se assim for em quais casos será aplicado.

3.2. Da repercussão do direito de manter relações sexuais consentidas pelo alienado mental no Direito Penal

Não se pode olvidar que a promulgação da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, provocou alterações significativas na orbita do direito penal, no que se refere ao crime de estupro de vulnerável, quando se tem como vítima alienado mental.

Este item objetiva, portanto, estudar os efeitos da supradita lei no direito penal, isso porque em análise literal do artigo 217-A, §1º, do Código Penal, que considera crime de estupro de vulnerável a prática de relações sexuais com deficiente mental.

O crime de “Estupro de Vulnerável”, previsto no artigo 217 – A do Código Penal Brasileiro se propõe a tutelar a dignidade e a liberdade sexual de pessoas que não têm o necessário discernimento para o consentimento em atos dessa natureza. Dentre os chamados “vulneráveis”, destacam-se os enfermos mentais sem discernimento (CABETTE e CABETTE, 2017, online).

Por crime de estupro de vulnerável, tem-se a prática de relações sexuais com pessoas que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, dentre essas pessoas tem-se os deficientes mentais. O Código Penal, propõe-se com a criminalização em epígrafe tutelar a dignidade e a liberdade sexual desses indivíduos.

Isso ocorre porque a prática sexual deve ser consentida, e nossa lei penal (Código Penal, artigo 217-A) prevê que é crime de estupro manter relação sexual com alguém que, por deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, pois o deficiente não tem capacidade para consentir, muito embora possa, efetivamente, querer (MONDIN, online).

Em sentido literal da lei penal, o deficiente mental é incapaz de discernir sobre a natureza do ato sexual, o que leva a afirmar que muito embora tenha instintos sexuais, os quais na maioria das vezes são desenfreados, são incapazes de manifestar consentimento irrefutável.

Desta maneira, aquele que atende a interesse sexual seu e de pessoa alienada mental, comete crime de estupro, não se discutindo por hora grau de deficiência, ou se a prática sexual foi praticada de forma voluntária por deficiente mental.

Atualmente, a aplicabilidade do artigo 217 – A, §1º do Código Penal, encontra certas restrições em razão da promulgação do Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a qual por ter como objetivo primordial a inclusão de pessoa com deficiência.

Acontece que com o surgimento do denominado “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (Lei 13.146/15), os deficientes, inclusive mentais, deixaram, na seara civil, de serem apontados dentre os absolutamente incapazes. Essa alteração legal pode remeter a questionamentos sobre sua eventual repercussão no campo penal, mais especificamente no que se refere ao ilícito de “Estupro de Vulnerável”. Ao menos em tese, é possível questionar a efetiva condição de vulnerabilidade desses deficientes e a legitimidade da repressão penal contra qualquer pessoa que com eles mantenha alguma relação de caráter sexual consentida, ou seja, sem violência ou grave ameaça (CABETTE e CABETTE, 2017, online).

Com a promulgação da supradita lei, o deficiente mental deixou de ser reconhecido como absolutamente incapaz na seara cível, o que leva a se questionar seus efeitos no campo penal, no que se refere ao crime de estupro de vulnerável.

Oportunamente, questiona-se a condição de efetiva vulnerabilidade desses indivíduos e se há legitimidade na punição daquele que mantém relações sexuais consentidas com deficiente mental.

Tais questionamentos, fazem-se importantes pelo fato de que no momento em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência garantiu aos deficientes mentais todos os direitos e liberdades fundamentais inerentes ao ser humano e vedando práticas discriminatórias contra estes indivíduos, limita as causas de criminalização de relações sexuais praticadas do deficiente mental.

Seja no estudo das inovações da capacidade civil dos enfermos mentais, seja na investigação do tema do “Estupro de Vulnerável” na seara penal, é possível perceber que a doença mental, por si só, desde sempre, não tem o condão de conferir ao seu portador incapacidade para os atos da vida civil e nem vulnerabilidade como vítima criminal ou mesmo ensejar a ultrapassada “presunção de violência” nos crimes sexuais. Ademais, a alteração promovida no campo civil não necessariamente tem efeitos transcendentais para o âmbito criminal. Isso, considerando o fato de que os critérios para aferição de capacidade em cada uma das searas em destaque são diversos (CABETTE e CABETTE, 2017, online).

Cabe destacar que a deficiência mental, por si só, não tem força de conferir a seu portador o título de absolutamente incapaz para os atos da vida civil, ou conferir-lhe vulnerabilidade ou ensejar a presunção de violência nos crimes sexuais.

Ademais, merece ser lembrado que alterações legislativas na seara cível, não necessariamente trarão mudanças à esfera criminal, isso porque são esferas independentes, e como tal tem modo diverso de constatar a capacidade dos sujeitos.

A título de conhecimento a capacidade civil adquirida nos casos de casamento, emancipação e conclusão de curso superior não influenciam na capacidade penal dos indivíduos, já que são capacidades completamente diferentes.

Assim sendo, nada mais óbvio do que o fato de que a alteração da capacidade civil dos enfermos mentais levada a termo pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), não tem, por si só, força para alterar de qualquer maneira a aplicação, interpretação e, especialmente, a vigência de normas penais que tratem da matéria (CABETTE e CABETTE, 2017, online).

O grau de discernimento da pessoa portadora de deficiência mental é fato relevante para a aferição de sua capacidade de se alto gerir, como menciona o Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2016): “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Como consectário lógico, ausente o discernimento necessário, devidamente comprovado, caracterizado está o crime do art. 217 – A, § 1º, do Código Penal, em toda a sua plenitude típica. Com efeito, são situações totalmente distintas aquela em que o sujeito faz sexo com um deficiente mental, de forma consentida e discernida, daquela em que esse mesmo sujeito aproveita-se da enfermidade mental, para usar o deficiente, inepto para o

ato, apenas como objeto sexual da sua própria lascívia (CABETTE e CABETTE, 2017, online).

Deve ser verificado, portanto, o grau de discernimento do alienado mental, de forma a aferir se ele tinha ou não a capacidade intelectual suficiente para entender a natureza dos atos sexuais.

Este é, portanto, o ponto nodal a ser enfrentado pelos operadores do direito: saber distinguir o deficiente, enquanto sujeito de direito, e, desse modo, plenamente capaz de manter a sua vida sexual, saudavelmente, daquele enfermo mental, vítima da exploração sexual de outrem, tido como objeto, impondo justa punição àqueles que atentem contra a sua dignidade sexual (CABETTE e CABETTE, 2017, online).

Dito isto, é importante que os operadores do direito saibam distinguir o deficiente mental que é capaz de manter uma vida sexual ativa, daquele que não consegue discernir acerca da natureza do ato sexual e que se vê submisso a exploração sexual de outrem.

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. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual (CABETTE e CABETTE, 2017, online).

Não se pode vedar a prática de relações sexuais por pessoa deficiente mental, como também não se pode punir aquele com quem manteve relações sexuais, se possível aferir que o alienado mental tenha pleno conhecimento da natureza do ato sexual e agiu de acordo com esse discernimento.

Em face do atual quadro jurídico, seja no campo cível, seja no penal, cabe ao operador do direito e ao jurista distinguir aquele que age realmente como sujeito, independentemente de sua condição de saúde mental, daquele que age submisso, subjugado ou submetido pela vontade alheia, muitas vezes maliciosa e prejudicial. (CABALETTE e CABALETTE, online).

Ratifica-se, outrossim, que será necessário saber se o deficiente mental que praticou relações sexuais, agiu de forma voluntária, e tinha pleno discernimento para a prática, situação em que seu companheiro sexual não deverá ser punido.

Será punido, por sua vez, aquele que pratica relações sexuais com alienado mental que não possui o discernimento necessário para a prática de atos sexuais, deixando-o submisso a sua vontade de forma maliciosa e prejudicial.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que para a atual configuração do crime de estupro de vulnerável que tenha por vítima pessoa deficiente mental, será necessário aos operadores do direito, uma análise minuciosa de cada caso em específico, para saber distinguir o deficiente mental com discernimento para prática de atos sexuais e o que não tem o discernimento necessário e por isso age de acordo com vontade alheia.

Essa seção responde em partes a problemática proposta já que demonstra doutrinariamente como se dá a aplicação atual do crime de estupro de vulnerável, após a Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015), que garante o direito à liberdade sexual dos alienados mentais, demonstrando claramente em quais casos o crime restará configurado e em quais casos deverá resolver pela absolvição do agente que manteve relações sexuais consentidas com pessoa deficiente mental.

Para melhor compreensão das hipóteses de configuração do crime de estupro de vulnerável, pretende o capítulo a seguir estudar por meio de análise jurisprudencial, casos práticos de aplicação do tema, com a finalidade de esclarecer em quais casos poderá o acompanhante sexual de alienado mental ser punido e em quais casos não deverá ser processado.

4. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL ACERCA DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, §1º DO CÓDIGO PENAL

Consoante estudado nos capítulos anteriores houve uma evolução na interpretação do art.217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), o crime de estupro de vulnerável que antes configurava-se pela mera prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoa deficiente mental, adotando-se a teoria da violência presumida, hoje só será imputado àquele que pratica tais atos com deficiente mental que não tenha discernimento para a prática de atos sexuais.

Com isso, aferir-se-á, por meio da análise de casos concretos o nível de discernimento do deficiente mental, a fim de verificar se a deficiência o impede de compreender a natureza dos atos sexuais e se consegue manifestar consentimento irrefutável.

A pesquisa utilizará de decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça e acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, tais tribunais foram escolhidos em razão de ser possível a análise de decisões regionais, de modo a entender o que entende o tribunal imediato e nacional.

Ao final, busca-se compreender como se dá a aplicação do art. art.217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), após a promulgação da Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015).

4.1. Análise de Decisões Monocráticas do Superior Tribunal de Justiça

Observado em capítulos anteriores o entendimento doutrinário acerca da atual aplicação do art. art.217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), o qual partiu da presunção de violência presumida para atos de natureza sexual praticadas com pessoas deficientes mentais para o pressuposto de capacidade de manifestar consentimento válido para a prática, analisar-se-á neste e nos itens seguintes o entendimento jurisprudencial quanto ao seu recente modo de aplicação.

Neste item em específico, serão analisadas decisões monocráticas de origem do Superior Tribunal de Justiça, as quais exploram a opinião do dito tribunal acerca da aplicabilidade do art. art.217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), considerando que todas as decisões do objeto de estudo são posteriores à promulgação da Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015).

4.1.1. Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 1.219.218 – MG (2017/0319764-9)

Trata o presente procedimento de agravo em recurso especial, por meio do qual o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, manifestou inconformismo contra a inadmissão, na origem, de recuso especial fundamentado no art.105, III, “a” da CF/88, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que manteve a absolvição de acusado de crime de estupro de vulnerável, pela inexistência de laudo pericial que demonstre o grau de discernimento e autodeterminação da vítima (BRASIL, 2018).

Sustentou o Ministério Público em recurso especial, que mesmo que a vítima tenha sido submetida a exames médicos e relatórios psicopedagógicos, dos quais se poderia extrair que a vítima não teria o discernimento necessário para a prática de atos sexuais, o Tribunal de origem manteve a absolvição do acusado pela prática de crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 2018).

Destacou, ainda, o órgão ministerial que havendo supressão mesmo que parcial da capacidade de entender a natureza dos atos sexuais ou a capacidade de autodeterminar-se, restará configurado o delito em comento. Ressaltou, que face a deficiência mental a vítima, apesar de ter um corpo adulto, era ingênua como uma criança e que a ausência de laudo pericial não era empecilho para o reconhecimento da deficiência da vítima, sendo a necessidade do laudo suprimida pelos demais meios de prova constituídos no processo (BRASIL, 2018).

Mencionou que a deficiência da vítima era notória, e por esse e outros motivos requereu a condenação do acusado nas penas do art. 217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 2018).

O Tribunal de origem, entretanto, negou provimento ao recurso, ante a incidência da Sumula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Em agravo assevera o Ministério Público que em nenhum momento postula o reexame de provas, mas tão somente a valoração atribuída pela Câmara Julgadora aos elementos fáticos (BRASIL, 2018).

Conhecido os fatos a relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura entendeu pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial, isso porque o órgão ministerial estaria de fato, pretendendo rediscutir as razões pelas quais o Tribunal de origem manteve a sentença absolutória, ratificando que não se mostra plausível nova análise do contexto probatório pela Corte Superior, que não pode ser considerada uma terceira instância recursal (BRASIL, 2018).

Face o relatado, extrai-se que ao acusado fora imputada a prática do crime de estupro de vulnerável que tinha por vítima pessoa deficiente mental. Do contexto probatório dos autos concluiu-se pela absolvição do acusado, pelo fato de inexistir prova contundente de que a deficiência da vítima restringia sua capacidade de compreender a natureza dos atos sexuais.

Desse modo, tal entendimento confirma o que fora discutido ao longo do presente trabalho acerca da aplicabilidade do crime de estupro de vulnerável previsto no art.217-A, § 1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), o qual só reconhecido e como consequência resultará na condenação do acusado, se for comprovado que a vítima alienada mental, não tinha à época dos fatos capacidade de compreender as consequências dos atos de natureza sexuais ou a capacidade de autodeterminar-se.

4.1.2. Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 1.110.213 – MG (2017/0131964-9)

O agravo objeto de estudo fora interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da respectiva Unidade Federativa, o qual teria inadmitido, na origem, recurso especial (BRASIL, 2018).

Conforme se emerge dos autos, o agravado fora absolvido pela suposta prática do art.217-A, §1º c/c art.226, II, ambos do Código Penal. Interposta apelação pelo Ministério Público, o Tribunal de origem manteve a absolvição do acusado, sob o argumento de que para a configuração do crime previsto no art.217-A, §1º do Código Penal, a lei exige não apenas que a vítima seja deficiente mental, mas que essa deficiência seja capaz de abolir inteiramente a sua capacidade de entendimento e autogoverno, o que será aferido através de laudo pericial e concluindo o exame pela existência de retardo mental de natureza moderada e existindo dúvidas quanto a capacidade da ofendida de consentir para a prática de atos sexuais, deve-se concluir pela manutenção da absolvição do acusado (BRASIL, 2018).

Interpôs o parquet recurso especial asseverando que o art.217-A, §1º, do Código Penal não exige que a deficiência mental que acomete a vítima seja absoluta e completa, bastando que a deficiência limite o necessário discernimento para a prática do ato sexual. Inadmitido o recurso pelo Tribunal de origem, com base na Sumula nº 7 do STJ, subindo ao Superior Tribunal de Justiça por meio de agravo (BRASIL, 2018).

Conhecido o agravo o relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, reconheceu que o Tribunal de origem manteve a absolvição do acusado, tendo por base o princípio do “in

dubio pro reo”, vez que persistia dúvida de que a deficiência da vítima a impedia de consentir para a prática de ato sexual. E existindo dúvida razoável, esta deve ser interpretada em favor do acusado, isso porque somente a prova firme e incontroversa está apta a ensejar um juízo de culpabilidade (BRASIL, 2018).

O consentimento é fator preponderante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável. Sobre o assunto explica Cunha (2017, online):

[...] no caso do deficiente mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nesta condição, como ocorre no caso do menor de quatorze anos. Aqui, caracteriza-se o crime se o agente mantiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, **não tem o necessário discernimento**. É imprescindível, portanto, ao contrário do que se verifica no *caput*, apurar concretamente se a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental tinha ou não discernimento para a prática do ato (grifo do original).

Como explica o referido autor, não se pune a relação sexual praticada com pessoa deficiente mental pelo simples fato de possuir essa anomalia, pune-se aquele que pratica atos de natureza sexual com pessoa que nessa condição não tem o necessário discernimento, desse modo, imprescindível a aferição da condição do deficiente mental à época dos fatos, para descobrir se tinha ou não ciência das consequências da prática do ato.

Concluiu-se, portando, que em verdade o recurso interposto pelo órgão ministerial buscava a reanálise de provas, o que esbarra no óbice imposto pela Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça, sendo inviável a desconstituição da decisão do Tribunal de origem por ser ele soberano na análise das provas (BRASIL, 2018).

Com isso, novamente, resolveu-se pela absolvição do acusado face a insuficiência probatória constante nos autos, com as quais foi impossível concluir indubitavelmente que a vítima possuía a época dos fatos deficiência mental que a impossibilitaria de compreender a natureza dos atos sexuais.

4.1.3. Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 1.074.721 – MG (2017/0072134-8)

No julgado em apreço o Ministério Público do Estado de Minas Gerais descontente, interpôs agravo de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não admitiu recurso especial manejado com fulcro no art.105, III, “a”, da Constituição Federal (BRASIL, 2018).

De acordo com o entendimento do Tribunal, para que se configure o delito tipificado no art.217-A do Código Penal, é necessário que a deficiência da vítima retire sua capacidade de discernimento, tornando-a incapaz de manifestar consentimento válido para a prática de atos sexuais, contudo os laudos acostados nos autos limitavam-se à declarar que a vítima é portadora de retardo mental sem, contudo, perquirir acerca da sua capacidade de consentir validamente para a prática dos referidos atos (BRASIL, 2017).

Como leciona Nucci (210, p. 928-931):

[...] deve-se analisar o grau de enfermidade ou deficiência mental para se analisar se a vulnerabilidade é absoluta ou relativa. Considerando-a relativa está-se sinalizando para um discernimento mínimo para a relação sexual, desativando o comando existente no art. 217-A. §1º ("não tiver o necessário discernimento para a prática do ato"). [...] Não se pode olvidar, nesse contexto, que pessoas enfermas ou doentes mentais, com base no princípio da dignidade da pessoa humana têm direito, quando possível, à vida sexual saudável. Sentem necessidade e desejo e podem manter relacionamentos estáveis, inclusive, conforme o caso.

Nestes termos, há obrigatoriedade na análise do grau de deficiência mental para que seja possível averiguar se a deficiência da vítima lhe deixava em estado de vulnerabilidade absoluta ou relativa. Se relativa, a vítima terá pelo menos um mínimo de discernimento para a prática do ato sexual e não se caracterizará o crime de estupro de vulnerável.

Ademais, deve ser observado no que se refere à prática de atos sexuais com pessoa deficiente mental, o princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando-se, sempre que possível, seu direito a uma vida sexual saudável, já que a deficiência não lhes retira o desejo sexual, bem como a vontade de manter um relacionamento com quem queiram.

Com efeito, os documentos juntados aos autos seriam insuficientes para comprovar a capacidade ou a incapacidade da vítima para discernir acerca da natureza dos atos sexuais, uma vez que não foi possível aferir com segurança a existência de déficit intelectual e se existente sua intensidade (BRASIL, 2017).

Assim, pelo referido Tribunal o intuito ministerial para reforma da decisão encontra óbice na Sumula nº 7 do STJ, de modo que negou seguimento ao recurso especial. Apresentou, o Ministério Público agravo para conhecimento de recurso especial, afirmando que pelo contexto fático e probatório foi desacertada a decisão do tribunal sendo impositiva a condenação dos acusados (BRASIL, 2017).

Da análise do agravo o relator Ministro Ribeiro Dantas, conheceu o agravo para não conhecer o recurso especial, já que intencionava o parquet a reanálise de provas, atribuição que não compete a Corte em questão conforme a já mencionada súmula nº 7 (BRASIL, 2017).

Novamente, afere-se que o entendimento prioritariamente aplicado atualmente é no sentido de que sendo comprovado que à época dos fatos a vítima deficiente mental era capaz de entender a natureza da relação sexual e de comportar-se de acordo com esse entendimento, impossível condenar o agente que simplesmente agiu de acordo com a sua vontade e a do alienado mental.

Da mesma maneira, como no processo aconteceu no processo em análise, não se pode condenar o indivíduo, se não há nos autos provas suficientes que não deixem dúvidas de que o alienado mental por sua deficiência não detinha capacidade suficiente para entender as consequências de uma relação sexual.

4.1.4. Decisão de Agravo em Recurso Especial nº 991.282 – BA (2016/0257024-0)

No processo em epígrafe houve interposição de agravo por indivíduo conhecido apenas como P J de S, contra decisão proferida pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que não admitiu seu apelo (BRASIL, 2017).

Consta que o agravante fora condenado nas sanções do art. 217-A, §1º, do Código Penal. Interposto recurso especial, este não fora admitido pela instância de origem (BRASIL, 2017).

Em síntese, requereu a parte, sua absolvição, sob o argumento de atipicidade da condita delitiva e decreto condenatório baseado em provas frágeis. No caso dos autos, argumenta o acusado que a vítima não padecia de deficiência mental que a tornasse incapaz de ter o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, e de conhecer suas consequências (BRASIL, 2017).

Contudo restou evidenciado por meio de laudo pericial a vulnerabilidade da vítima que não possuía o discernimento necessário para consentir, validamente, com a prática sexual, e compreender a dimensão de tal ato, o qual em conjunto com outras provas, inclusive o interrogatório extrajudicial e judicial do acusado, bem como o depoimento da vítima que afirmou que o acusado colocou um pano em sua boca, para que não fizesse barulho, o que

demonstra violência, comprovaram a prática do crime de estupro de vulnerável pelo autor (BRASIL, 2017).

No que se refere à vulnerabilidade da vítima alienada mental, leciona Nucci (2009, p. 39):

[...] o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental, incluindo-se nesse cenário o retardado [...] é ponto problemático, porquanto há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que apresentam deficiência mental, mas que não lhes retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa.

Nesse bojo, considera o autor que há situações como no caso em análise que a vítima por sua deficiência mental é incapaz de apresentar consentimento válido para a prática de atos sexuais, tornando a conduta violenta, e, portanto, ilícita, configurando o crime de estupro de vulnerável.

Necessário ressaltar, que em casos em que se afere que a vítima por sua deficiência não tinha capacidade de se manifestar de modo válido para a prática de relações sexuais, independentemente do emprego de violência física ou psicológica, ter-se-á configurado o crime de estupro de vulnerável.

Da análise do agravo o relator Ministro Jorge Mussi, conheceu do agravo para não conhecer o recurso especial, haja vista que o pleito defensivo absolutório, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário um estudo aprofundado do contexto fático-probatório, o que é atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, portando, incabível em sede de recurso especial.

Ademais, a pretensão do agravante encontra óbice no Enunciado nº 83 da Súmula do STJ, pelo qual não se conhece recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (BRASIL, 2017).

No caso supra narrado, o acusado foi condenado nas penas do art.217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), haja vista que restou suficientemente comprovado nos autos a alienação mental da vítima e sua incapacidade de compreender a natureza dos atos sexuais, bem como a adoção de práticas violentas no momento das relações sexuais.

4.2. Análise de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Analisado nos itens anteriores decisões monocráticas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, verificar-se-á no item em apreço considerações do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, sob a imputação atual do crime de estupro de vulnerável.

Tal como o anterior, esse item procura compreender a aplicação do art. 217-A, §1º do Código Penal (BRASIL, 1940), após a promulgação da Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015), sendo que ao final entenderá em quais casos aquele que pratica relações sexuais com deficiente mental será condenado, ou terá sua absolvição decretada.

4.2.1. Decisão em Apelação Criminal nº 72768-90.2007.8.09.0085

No processo de origem da Comarca de Itapuranga, Goiás, o apelante Anderson da Silva Noleto Leal, a quem fora imputada a prática das condutas tipificadas nos arts. 213 e 214, c/c art.224, “b”, todos do Código Penal, manifesta inconformismo com sentença condenatória do juízo de primeiro grau. De acordo com exordial acusatória no dia 24.02.2007, o acusado teria sido detido por ter violentado sexualmente pessoa acometida de distúrbio mental (BRASIL, 2017).

De acordo com a narrativa fática o acusado teria constrangido a vítima, débil mental, mediante violência presumida, à conjunção carnal, bem como à prática de ato libidinoso, consistente em coito anal, fatos que resultaram na condenação do acusado (BRASIL, 2017).

Chegado ao Tribunal o apelo, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, representada pelo Dr. Luiz Gonzaga Pereira da Cunha, manifestou-se no sentido de que a apelação deveria ser conhecida e desprovida (BRASIL, 2017).

Da análise fática e jurídica o relator Jairo Ferreira Júnior, Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau entendeu que (BRASIL, 2017):

[...] o Direito Penal deve ater-se às condutas realmente lesivas à liberdade sexual da pessoa intelectualmente enferma, e abster-se de atuar de forma a restringir a liberdade sexual. Mormente por ser esta prerrogativa parte da dignidade sexual da pessoa, princípio este que deriva da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o Direito Penal não deve restringir a liberdade sexual do alienado mental, punindo aquele que com ele mantém relações sexuais consentidas, haja vista que essa liberdade tem origem no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Acrescenta o relator (BRASIL, 2017):

[...] nem todas as pessoas intelectualmente enfermas são vulneráveis. De modo que as pessoas capazes para consentir validamente não podem ser consideradas vulneráveis, mesmo porque o ato sexual, também de t \hat{e} mpera instintiva, deve ser lembrado como fato positivo para a pr \acute{o} pria sa \acute{u} de do enfermo. Mister ressaltar, outrossim, que o Estatuto da Pessoa com Defici \hat{e} ncia (Lei n. 13.146/2015) visa garantir \grave{a} pessoa deficiente a igualdade de tratamento com as pessoas n \acute{o} portadoras de defici \hat{e} ncia, direitos concernentes ao casamento, fam \acute{i} lia e paternidade e outros que hoje n \acute{o} lhes s \grave{a} o aplic \acute{a} veis, dentre eles, o direito \grave{a} pr \acute{a} tica sexual.

Pelos ensinamentos do referido juiz, n \acute{o} se deve generalizar a vulnerabilidade de pessoas intelectualmente enfermas, j \acute{a} que nem sempre pessoas com essa esp \acute{e} cie de defici \hat{e} ncia, podem ser consideradas incapazes de consentir validamente para a pr \acute{a} tica de atos sexuais. Ali \acute{a} s, \grave{a} s pessoas deficientes devem ser garantidos os mesmos direitos previstos a pessoas n \acute{o} portadoras de defici \hat{e} ncias, abrangendo direito ao casamento, \grave{a} constitui \hat{c} o de fam \acute{i} lia, a paternidade e a liberdade sexual.

Corroborando com essa afirmativa Dias (2012, p. 107 apud Mendes e Madrid, 2016, p. 06):

O direito referente \grave{a} sexualidade \acute{e} parte integrante da personalidade de cada ser humano, um elemento essencial e fundamental de nossa humanidade. Nesta linha, os direitos sexuais t \hat{e} m como objeto e fundamento a prote \hat{c} o da dignidade da pessoa humana no que se diz respeito \grave{a} s quest \hat{o} es relacionadas com o sexo, portanto, podemos afirmar que os direitos sexuais s \grave{a} o uma esp \acute{e} cie de direitos humanos.

Destarte, o direito \grave{a} sexualidade deve ser aplicado de modo igualit \acute{a} rio a todo ser humano, inclusive \grave{a} s aqueles que possuem defici \hat{e} ncia mental, isso porque tal direito encontra amparo no princ \acute{i} pio da dignidade da pessoa humana, e como tal s \grave{a} o afirmativamente direitos humanos.

Partindo dessas considera \hat{c} oes e por entender que a v \acute{i} tima portadora de retardo mental moderado tinha uma rela \hat{c} o de afetividade com o acusado, bem como aferida a inexist \hat{e} ncia de les \hat{a} o corporal por meio de laudo pericial, o relator concluiu pelo

consentimento na prática de atos sexuais, e votou pela absolvição do acusado que até então havia sido condenado em primeira instância (BRASIL, 2017).

Com o voto do relator pela absolvição de Anderson, acordaram os integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade, pela absolvição do acusado, nos mesmos termos do voto do relator (BRASIL, 2017).

No acórdão em questão verificou-se a aplicação plena da Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015), haja vista, que os desembargadores, entenderam por unanimidade pela absolvição do acusado que mantinha relação de afeto com a vítima, priorizado o direito desta de ter uma vida sexual saudável, independentemente da sua atual condição.

4.2.2. Decisão em Apelação Criminal nº 123064-88.2012.8.09.0197

Trata-se de apelação criminal oriunda de processo criminal de Cromínia, Goiás, por meio da qual pretende a defesa a absolvição do acusado Rariel Rodrigues de Carvalho, condenado na instância inicial por ter em tese praticado conjunção carnal com vítima de 14 (quatorze) anos e portadora de paralisia cerebral, com pequeno atraso mental (BRASIL, 2016).

Considerou que as provas, depoimentos testemunhais e pessoal da vítima devidamente colhidos sob o crivo do contraditório, comprovaram a culpa do acusado de modo que não merecia prosperar sua demanda absolutória (BRASIL, 2016).

Apurou-se, outrossim, que o acusado conhecia a situação da vítima, o que dá suporte à manutenção de sua condenação.

Nesse viés, ressalto que a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento que, em se tratando de crimes contra a dignidade sexual, delitos geralmente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima tem sobrelevada relevância, especialmente quando em harmonia com as demais provas do processo, conforme se verifica no presente caso. [...] Nesse cenário, ao contrário do alegado pela defesa, verificasse que a prova colhida sob o crivo do contraditório foi suficiente e segura para comprovar a materialidade e a autoria do crime descrito no artigo 217-A, § 1º do Código Penal, motivo pelo qual a manutenção da condenação de **RARIEL RODRIGUES DE CARVALHO** é medida impositiva (BRASIL, 2016).

O voto da relatora desembargadora Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira pela manutenção da condenação do acusado, foi seguindo com unanimidade pelos integrantes da

Quarta Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (BRASIL, 2016).

No caso em questão, o acusado foi condenado pela prática de crime de estupro de vulnerável com vítima deficiente mental, após restar devidamente comprovado o delito, por meio de laudo pericial, depoimento testemunhal e pessoa da vítima, aferindo-se de modo indubitável que a vítima não tinha o discernimento necessário para a prática do ato sexual.

Desta feita, foi possível com as análises realizadas perceber que doutrinadores e representantes do poder judiciário partilham do mesmo entendimento de que não mais o indivíduo será penalizado por ter praticado relações sexuais consentidas com pessoa alienada mental, abandonou-se por completo a teoria da violência presumida.

Após a promulgação da Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015), foi, portanto, reconhecida a liberdade sexual dos deficientes mentais, como direito vinculado à dignidade da pessoa humana.

Nestes termos, o capítulo em muito contribui para a solução da problemática proposta, uma vez que se viu reconhecido pelos tribunais o direito de amar do alienado mental, cujo déficit não lhe retire a capacidade de discernir acerca da natureza dos atos sexuais, sem que seu companheiro sexual seja punido por isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Lei nº 13.146/15, foram resguardados diversos direitos às pessoas com deficiência, com vistas a inclusão desse indivíduo, em igualdade de condições, com àqueles considerados mentalmente e fisicamente “normais”.

Dentre esses direitos, foi observado à pessoa com deficiência, o direito à sexualidade, admitindo que possa se relacionar sexualmente com pessoa de seu interesse, defendidos, também, os direitos reprodutivos do deficiente.

A prática de relações sexuais com pessoas deficientes mentais, ainda não é vista com bons olhos pela sociedade, que seja por falta de informação adequada, seja por preconceito, são incapazes de perceber que o deficiente mental como qualquer outra pessoa tem suas necessidades sexuais. Deve-se ter em mente, que alterações psíquicas na pessoa alienada mental, não são capazes de anular seu interesse sexual, não a tornam um ser assexuado.

Essa não aceitação de prática de relações sexuais por pessoa deficiente mental, em momento pré Estatuto da Criança e do Adolescente, também não era aceita pelo Código Penal, o qual dava por consumado crime de estupro de vulnerável em caso de prática de atos sexuais, ou quaisquer atos libidinosos com alienado mental.

Nesse momento de interpretação legal, a violência, requisito obrigatório para a configuração do crime, era presumida, de maneira que independentemente da manifestação de vontade pelo deficiente mental, aquele que com ele praticou atos de natureza sexual será punido.

Dessa forma, evidente o antinomismo existente entre a Lei nº 13.146/15 que se presta a incluir o deficiente de todos os meios e formas possíveis e o art. 217-A, § 1º do Código Penal, que recria aquele que pratica atos de natureza sexual com alienado mental.

Devido essa divergência legislativa, foi necessário aplicar uma nova interpretação ao texto do art. 217-A, §1º do Código Penal, deixando de lado a teoria de violência presumida, e aplicando uma na análise particular em cada caso em específico, aferindo-se por meio de prova pericial e testemunhal, se o deficiente era na época do ato capaz de discernir acerca da natureza do ato sexual e manifestar de modo inequívoco seu consentimento.

Então, a tarefa legislativa de adequar o texto da lei a atual conjuntura, transferiu-se ao judiciário, que fará aplicar a lei de um modo específico, partindo da análise individual de situações das quais seja acionado.

O órgão julgador, deverá avaliar por meio de prova pericial e testemunhal, o grau de discernimento da pessoa deficiente mental, verificando se esta seria capaz de manifestar consentimento válido ou não.

Ante o exposto, é possível concluir que atualmente o crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, §1º do Código Penal, dar-se-á por consumado nos casos em que houver a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoa deficiente mental que não seja capaz de entender a natureza do ato sexual ou não possa se comportar de acordo com esse consentimento, manifestando inequivocamente consentimento válido.

Aos demais casos de prática de ato sexual com deficiente mental, será considerada apenas a aquiescência deste para o ato, já que todos os casos em que houver emprego de violência real, o infrator será punido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº2.848 de 07 de dezembro de 1940. Brasília, DF, 1940.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, 2015.

_____. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 1990.

BRANDEMBERG, Flaviane. **Sexualidade das Pessoas Portadoras de Deficiência Mental**. 2015. Disponível em: <<http://www.folhavoria.com.br/entretenimento/blogs/sexo-e-prazer/2015/12/08/sexualidade-das-pessoas-portadoras-de-deficiencia-mental/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de Vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2017. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/62348/estupro-de-vulneravel-diante-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

JÚNIOR, Luiz Carlos Bivar Corrêa. **Direito Penal: Parte Especial**. Brasília: Vestcon, 2009.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; XAVIER, Luciana Pedroso. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Repercussões no Direito Penal**. 2016. Disponível em:< <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-suas-repercussoes-no-direito-penal-1yksix4ech3zrrc1t9a8zptiy>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

MONDIN, Mauro Monteiro. **A inclusão sexual das pessoas portadoras de deficiência mental**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/149748608/A-inclusao-sexual-das-pessoas-portadoras-de-deficiencia-mental>>. Acesso em: 11 jan.2018.

SOARES, José da Costa. **O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental: análise crítica à luz das inovações do estatuto da pessoa com deficiência.** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60387/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-em-face-de-deficiente-mental>>. Acesso em: 11 jan. 2018.