



**Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito**

TAYNARA DUARTE PAIM

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL SOB A PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015)**

Brasília

2017

TAYNARA DUARTE PAIM

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL SOB A PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015)**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Georges Seigneur

Brasília

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

P143 Paim, Taynara Duarte. 1995-

O estupro de vulnerável sob a perspectiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) / Taynara Duarte Paim. – 2017.

62 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2017.

Inclui bibliografia.

Orientação: Prof. Georges Seigneur.

1. Estupro de vulnerável. 2. Brasil. [Estatuto da pessoa com deficiência (2015)]. 3. Pessoa com deficiência. 4. Sexualidade. 5. Direito Penal. I. Título.

CDU: 343.5

TERMO DE APROVAÇÃO

TAYNARA DUARTE PAIM

Trabalho julgado e aprovado para a obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Brasília-DF, _____ de _____ de 2017.

Curso de Direito

Centro Universitário de Brasília – UniCeub

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Georges Seigneur

Prof. _____

Prof. _____

À Luzia Batista de Faria e Leonor Tereza Duarte, meus exemplos de amor, sabedoria, cuidado e ternura.

“Guardam no olhar e na pele as marcas de toda uma vida. Guardam em si uma infinidade de conhecimentos que nos transmitem, é com eles que aprendemos. Aprenderam a lidar com as ‘feridas’ de uma forma admirável. Dão-se intensamente em cada dia.... Devolver-lhes o amor é o mínimo que podemos fazer. Tanto para dizer que faltam as palavras.” (Blue Shell)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, por todo seu amor e por me permitir chegar até aqui com saúde, força, discernimento e maturidade para concluir mais uma etapa em minha vida.

Em especial, agradeço aos meus pais, Marcos Roberto Paim e Cleusa Duarte Paim, por tudo que me ensinaram até hoje, por todo amor, dedicação e apoio que sempre me deram, sem eles, nada disso seria possível. À vocês, todo o meu amor, admiração e gratidão.

Ao meu irmão Yuri e meu afilhado Bernardo, que me ensinam a cada dia o que é amor, amizade, cuidado e parceria.

Aos meus amigos de faculdade, que permaneceram juntos nos momentos de desesperos, de comemorações, de estudos e de crescimento. Aos demais amigos que também carrego no coração, em especial minha amiga de infância, Lorena Nunes, que sempre esteve comigo em todos os momentos, obrigada por todos os momentos, por todo apoio e carinho.

Por fim, agradeço ao meu professor orientador, Georges Seigneur, que me acompanhou durante todo esse trabalho, muito obrigada!

RESUMO

Trata-se de trabalho que abordará a questão da caracterização do estupro de vulnerável após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, visto que, este assegura amplas liberdades aos deficientes (inclusive os deficientes mentais), dentre elas a de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, ao passo que, para a caracterização do estupro de vulnerável, tem-se por vítima os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais e pessoas que por qualquer outro motivo não possam oferecer resistência. O trabalho foi realizado com o estudo dos direitos fundamentais e da evolução dos direitos desse grupo, até o advento do EPCD, bem como o estudo dos níveis de deficiências mentais e elementos necessários para a tipificação do estupro de vulnerável. Concluiu-se que o EPCD não entrou em contradição com o Código Penal, há um aparente conflito de norma, visto que o EPCD assegurou mais autonomia e liberdade para as pessoas com deficiências (mentais ou não), enquanto que para que haja a tipificação do estupro de vulnerável contra pessoa com deficiência mental é imprescindível a ausência do discernimento para consentir com o ato, devendo ser analisado caso a caso, através de perícias, sempre com acompanhamento profissional (psicólogos, psiquiatras), para se constatar se houve estupro de fato, uma vez que existem diversos níveis de deficiências mentais, e essa condição não as impedem de ter uma vida sexual ativa.

Palavras-chave: Direito Penal. Estupro de vulnerável. Pessoas com deficiências mentais. Sexualidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Aparente conflito de norma.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPCD) – Lei nº 13.146/2015	11
1.1. A proteção Constitucional dos direitos das pessoas com deficiência. ..	11
1.1.1. <i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i>	11
1.1.2. <i>Direito à igualdade</i>	14
1.1.3. <i>Direito à liberdade</i>	17
1.2. A evolução dos direitos das pessoas com deficiência	19
1.3. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) – Lei Nº 13.146/2015	22
2. OS NÍVEIS DE DEFICIÊNCIAS MENTAIS	27
2.1. O que são deficiências mentais?	28
2.2. Classificação dos transtornos mentais	34
2.2.1. <i>Transtornos do desenvolvimento psicológico</i>	34
2.2.2. <i>Retardo mental</i>	35
2.2.3. <i>Transtornos mentais orgânicos e Demência</i>	38
2.2.4. <i>Transtornos da personalidade e do comportamento adulto</i>	39
2.2.5. <i>Esquizofrenia</i>	40
2.3. Todos os transtornos mentais levam à incapacidade?	42
3. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL	44
3.1. Dos sujeitos da infração	47
3.2. Percepção da sexualidade por jovens com deficiências mentais	51
3.3. Análise jurisprudencial	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a questão da caracterização do estupro de vulnerável com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, visto que, para a caracterização do estupro de vulnerável, tem-se por vítima desse crime os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais que não possuem discernimento para a prática do ato e pessoas que por qualquer outro motivo não possam oferecer resistência. E, em contraponto, o novo Estatuto assegura amplas liberdades aos deficientes, dentre elas a de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos.

Não há como negar que o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe incontáveis benefícios não só para aqueles que se encontram nessas condições, mas para as pessoas que convivem com elas e para a sociedade no geral, tratando-se de um grande avanço para o Estado, ao buscar pôr em prática o direito constitucional à igualdade e à liberdade para todos.

Entretanto, ante a ampla liberdade dada aos deficientes, inclusive para os deficientes mentais, tem-se a dúvida de quando haverá a caracterização do estupro de vulnerável, uma vez que o Estatuto dá total liberdade às pessoas com deficiência, em especial para o presente trabalho, a de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, previsto art. 6º, inciso II do Estatuto.

É incontestável a necessidade que se tinha da criação de uma legislação específica para as pessoas com deficiências, dando-lhes maior autonomia e mais capacidade para que pudessem atuar em sua própria vida, sem tanta intervenção de terceiros, como sempre houve.

Não obstante tantos privilégios conferidos às pessoas com deficiências que, diga-se de passagem, foi de grande delonga até chegar à esse patamar, não se pode fechar os olhos para a lacuna que foi deixada no âmbito do Direito Penal, visto que a liberdade dos direitos sexuais e reprodutivos podem afetar consideravelmente a caracterização do estupro de vulnerável.

O Código de Direito Penal Brasileiro, em seu art. 217-A, § 1º, determina que aquele que praticar qualquer ato libidinoso ou tiver conjunção carnal com enfermo ou deficiente mental que não possui o discernimento para consentir com o ato, estará

tipificado pelo estupro de vulnerável. Assim, questiona-se: como seria possível algo ser civilmente lícito e penalmente ilícito?

Dentre os doutrinadores, há o entendimento de que há a possibilidade de existir relação sexual com deficientes mentais ou enfermos, desde que o mesmo possua capacidade e discernimento suficiente para consentir ou não com ato. Entretanto, como poderá ser aferido esse discernimento se a regra geral é a capacidade plena da pessoa com deficiência para exercer seus direitos e liberdades?

Desse modo, entende-se que é de extrema importância a concessão de direitos e liberdades às pessoas com deficiências, em concordância com os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, que regem a Constituição Federal. Porém, deve-se atentar para a segurança que o Estado deve garantir, sobretudo, às pessoas com deficiências mentais, que são pessoas que demandam uma maior cautela e proteção do Estado, ao legislar e dar direitos.

Por fim, faz-se necessário o estudo aprofundado da questão controversa apresentada, com o objetivo de não deixar dúvidas sobre os direitos dos deficientes e deveres do Estado e da sociedade diante dessa parcela da população, uma vez que a presença de uma lacuna no crime de estupro de vulnerável poderia acarretar na falta de punição de pessoas que possivelmente estariam agindo de má-fé, aproveitando-se de pessoas que possuam o discernimento reduzido.

Noutra perspectiva, deve-se cogitar a hipótese de avaliações periódicas dessas pessoas com deficiências mentais, para que haja a proteção daqueles que não possuem condições de consentir com a prática de atos sexuais, devendo os familiares, a sociedade e o Estado agirem de maneira a prevenir a possível ocorrência de um estupro.

Será analisado o problema também sob o enfoque jurisprudencial e doutrinário, visando a proteção preventiva dos deficientes mentais, no que tange às possibilidades de estupro de vulnerável, com vistas à não permitir que alguém que praticou esse crime deixe de ser penalizado pela divergência na legislação.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPCD) – Lei nº 13.146/2015

Para iniciar o presente trabalho, faz-se necessário uma breve dissertação dos direitos assegurados às pessoas com deficiência, tendo como fonte primeira a Carta Magna de 1988 e, a partir dela, seguir com os estudos até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou diversos artigos do Código Civil, e que trouxe maiores garantias e liberdade para essas pessoas, tema este que será abordado adiante.

Após a elucidação do aspecto histórico dos direitos das pessoas com deficiência, passar-se-á, então, para a análise do entendimento do estupro de vulnerável, previsto no Código Penal, com a chegada desse novo Estatuto, uma vez que há um possível conflito entre as referidas normas, sendo necessário buscar por uma medida que traga segurança, sobretudo, às pessoas com deficiências mentais. Perpassando, ainda, pelo entendimento e classificação dos transtornos mentais.

1.1. A proteção Constitucional dos direitos das pessoas com deficiência

Ao travar estudos a respeito dos direitos das pessoas com deficiência, deve-se partir dos princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e demais normas que regulamentam sobre o tema, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja qual possui *status* de norma constitucional.

1.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Previsto no art. 1º, inciso III, da CF/88, tem-se como primeiro Princípio Constitucional que assegurará os direitos das pessoas com deficiência, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual, segundo o autor George Salomão Leite, trata-se de um princípio intrínseco ao ser humano, havendo variações culturais, uma vez que, o que é digno no Brasil, pode não ser digno no México, por exemplo.

Entretanto, ainda que possua uma influência cultural, trata-se de algo inerente ao ser, sendo um direito e um dever de todos.¹

Numa perspectiva ontológica, segundo os autores, a dignidade da pessoa humana é um elemento da própria condição de “ser” das pessoas, sendo inclusive “um elemento preexistente ao direito, pois é um atributo do ser humano.”²

Assim, conforme preconiza o art. 1º da Declaração Universal da ONU, de 1948, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.” O dispositivo objetiva a igualdade de dignidade e direitos à todos, sendo portanto, elemento assegurado e inerente às pessoas com deficiência também.³

Sob a ótica intersubjetiva ou social, a dignidade da pessoa humana caracteriza-se por um tratamento igualitário e recíproco por parte de todos, ou seja, “cada qual tem o direito de ver sua dignidade respeitada, como possui, também, o dever de respeitar a dignidade do outro.”⁴ Assim, no âmbito social, considerando uma maior subjetividade, em decorrência do contexto cultural de cada Estado, não se trata de um elemento universal, mas sim, de uma construção comunitária, conforme explica George Salomão Leite:

(...) Em cada país, em cada comunidade, o conteúdo da dignidade humana deve ser o resultado de uma construção por parte dos homens que habitam tais espaços territoriais, levando em conta seus respectivos contextos culturais. Portanto, a contextualização cultural é imprescindível para a obtenção do conteúdo da dignidade humana.
(...)⁵

De outro vértice, o autor analisa ainda, o princípio sob um outro aspecto intitulado de negativo (limite) e positivo (tarefa), em que, o aspecto negativo significa que o ser humano não pode ser objetificado, tampouco inferiorizado. Ou seja, o Estado e a sociedade não podem agir contra a dignidade humana. Já o positivo

¹ FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

² Ibidem, p. 62.

³ Ibidem, p. 63.

⁴ Ibidem, p. 63.

⁵ Ibidem, p. 63.

significa o dever do Estado e da sociedade de proteger e garantir, na prática, o respeito e a dignidade à todos indistintamente.⁶

Ainda sobre este princípio, mas agora restringindo sua aplicação para as pessoas com deficiência mental, é importante ressaltar a necessidade de inclusão dessas pessoas no meio social, dando-lhes o direito à educação especial quando necessário, direito ao trabalho, à assistência hospitalar e médica de acordo o quadro clínico de cada pessoa, bem como o respeito à autonomia, autodeterminação e inviolabilidade das mesmas.⁷

Sobre este último aspecto, a autora Luciana Barbosa Musse aborda o Princípio de respeito à autonomia, autodeterminação ou inviolabilidade da pessoa como algo inerente do próprio ser, uma vez que a liberdade de agir não pode ser cerceada, em regra.⁸

Ainda que se trate de pessoas com deficiências mentais, uma doença mental por si só não possui respaldo suficiente para o cerceamento do direito de uma vida civil plena, uma vez que existem diferentes níveis de deficiências mentais, pressupondo assim, que existem diversos casos em que a pessoa possui plena capacidade de agir e conduzir sua vida de maneira autônoma, dessa forma, faz-se necessário uma análise clínica e pormenorizada de cada caso individualizado, e a partir da conclusão dessas análises, buscar pelas medidas cabíveis para auxiliar essas pessoas, tendo sempre como regra a liberdade e autonomia.

Dessa forma, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal e na Declaração Universal da ONU, engloba inúmeros aspectos que é de responsabilidade da sociedade e do Estado como um todo, mas que tem por objetivo principal assegurar igualdade e tratamento digno à todos, incluindo as pessoas com deficiências (mentais ou não), abolindo o preconceito e tratamento degradante, desumano e indigno.⁹

⁶ FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

⁷ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 10.

⁸ Ibidem, p. 11.

⁹ FERRAZ, op. cit., p. 64.

1.1.2. *Direito à igualdade*

O direito fundamental à igualdade assegurado na CF/88 possui lugar de destaque, previsto desde seu Preâmbulo, perpassando pelo art. 3º, incisos III e IV¹⁰ como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de reduzir as desigualdades e promover o bem de todos sem preconceitos.¹¹ Mas seu principal dispositivo é o art. 5º que, além de elencar de maneira impositiva o direito à igualdade no *caput*, traz inúmeros dispositivos que impõem um tratamento igualitário à todos, como por exemplo igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), ou, em específico para pessoas com deficiências, proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI), dentre outros.¹²

Entretanto, a verdade é que, em se tratando de pessoas com deficiência, por maior cautela e garantias constitucionais e legais que se tenha, a erradicação da discriminação fática é algo que ainda demanda um árduo trabalho.

Nesse contexto, tem sido amplamente aceita a distinção entre uma modalidade direta de discriminação e os casos da assim chamada discriminação indireta, no sentido de que ambas as formas de discriminação são, quando não justificáveis do ponto de vista constitucional, ofensivas ao princípio da igualdade.

(...)

O que importa, ao fim e ao cabo, é que, independentemente da demonstração da intenção de discriminar, o impacto real de medidas em si neutras não venha, de modo desproporcional, em determinados grupos, a colocá-los em situação de efetiva desvantagem em relação aos demais segmentos sociais, pena de tais medidas serem consideradas incompatíveis com o princípio da igualdade.¹³

Assim, deve-se buscar do Poder Público, cada vez mais, medidas que possam abolir da “cultura” brasileira a discriminação fática, exigindo direitos e liberdades, com tratamento igualitário, projetos de inclusão, e legislação que lhes

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

¹¹ FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

¹² *Ibidem*, p. 76.

¹³ *Ibidem*, p. 88-89.

deem maiores garantias, visto que, todos os dias pessoas com deficiências sofrem discriminação e segregação.¹⁴

Não é preciso detalhar aqui o quanto pessoas com deficiência física e psíquica foram e ainda são expostas não apenas a discriminações, mas a tratamentos desumanos e degradantes (ou mesmo submetidas à deliberada eliminação de natureza eugênica), sem que se ingresse aqui no debate de o quanto (em que medida) um tratamento discriminatório já não constitui em si um tratamento desumano e degradante.¹⁵

Sob este aspecto da igualdade, Luciana Musse disserta em sua obra diversas medidas que podem ser adotadas para que haja a diminuição da discriminação (e desigualdade), sobretudo das pessoas com deficiências mentais. Iniciando pelo direito à singularidade das pessoas com transtornos mentais, a autora explica que o direito à singularidade é um desdobramento do princípio à igualdade:¹⁶

O tratamento isonômico admite a diferenciação jurídica entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, se referida distinção possibilitar a equiparação ou diminuição das desigualdades reais e injustas. Por isso, o referido princípio tutela o gozo das mesmas oportunidades concedidas aos ditos “normais” pelas pessoas com transtorno mental, em relação a qualquer dos direitos fundamentais assegurados na CF/1988, sejam eles individuais – vida, honra, imagem, privacidade, liberdade, propriedade – ou sociais – educação, trabalho, saúde, transporte, aposentadoria, moradia, lazer – consistindo, dessa forma, na denominada igualdade material ou *igualdade na lei*, disciplinada no art. 7º, XXX e XXXI, da CF/1988. Tendo em conta o fato de ser inerente à igualdade ora desconsiderar as diferenças, igualando as diversidades reais – igualdade formal –, ora discriminar para promover a equiparação – igualdade material –, enquanto fundamento da justiça, é que nossa Carta Maior e a legislação infraconstitucional que dispõe sobre os direitos das pessoas com transtornos mentais foram elaboradas, a fim de assegurar a esse grupo de pessoas reais possibilidades de inclusão social.¹⁷

Dessa forma, depreende-se que as pessoas com transtornos mentais devem ter o direito à diferença, mas sendo reconhecidas como iguais. Outro aspecto abordado pela autora Musse, é o direito à educação que, assim como a saúde, é um direito fundamental assegurado pela Constituição Brasileira, e que estão diretamente

¹⁴ FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88-89.

¹⁵ Ibidem, p. 91.

¹⁶ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 75.

¹⁷ Ibidem, p. 76.

ligados com o direito à igualdade, visto que, o acesso à saúde e assistência médica adequada para esse grupo de pessoas, bem como a inserção desde criança às escolas são fortes instrumentos para o melhor desenvolvimento dessas pessoas, além de ser um mecanismo para o combate à desigualdade.¹⁸

Assim, a criação de atividades sociais inclusivas nas escolas são medidas terapêuticas para as pessoas com deficiência mental, considerada um diferencial no desenvolvimento destas. “O acesso à educação e o acesso e a permanência na escola fazem parte das estratégias de inclusão social e reinserção psicossocial da pessoa com transtorno mental, seja ela criança, adolescente, adulto ou idoso.”¹⁹

De mesmo modo, o trabalho (e o direito ao trabalho) também é considerado uma medida terapêutica e de ressocialização, entretanto, sabe-se que o acesso ao mercado de trabalho para as pessoas com deficiência é limitadíssimo, sobretudo para os deficientes mentais.²⁰ Mesmo havendo cotas para as pessoas com deficiências para concorrer à vaga em concursos públicos e previsão legal que garante reserva de vaga para deficientes em empresa privada que tenham acima de 100 empregados, (Lei nº 8.213/91, art. 93)²¹, ainda há muita discriminação, desigualdade e barreiras que dificultam a vida dessas pessoas.

As pessoas com deficiências são pessoas como todas as outras e, do mesmo modo, merecem respeito e um tratamento digno, sendo necessário projetos e políticas de conscientização e integração entre as pessoas com deficiência e a sociedade.²²

¹⁸ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 106.

¹⁹ Ibidem, p. 106.

²⁰ Ibidem, p. 111.

²¹ BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

²² FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92.

1.1.3. *Direito à liberdade*

Ao abordar sobre o direito à liberdade, o autor Bruno Galindo traz duas dimensões importantes para a aplicação de tal direito fundamental sob a esfera dos cidadãos com deficiência, quais sejam: as liberdades negativas e positivas.²³

As liberdades negativas consistem na não atuação e intromissão do Estado ou da sociedade de maneira abusiva nas liberdades de cada um. Ou conforme o próprio autor explica: “... a ideia de ausência de constrangimento e de coerção ao indivíduo em relação ao desenvolvimento de suas potencialidades. É um dever omissivo, um dever de abstenção por parte do Estado e das demais pessoas”.²⁴

Enquanto que, as liberdades positivas estão ligadas à ideia de autonomia. “A positividade aí referida diz respeito à necessidade de desenvolver ações políticas de viabilização do exercício dessas liberdades”.²⁵ A partir disso, Galindo afirma que as liberdades negativas dependem diretamente da existência das liberdades positivas, ou seja, é preciso ter previamente autonomia para que se possa exercer livremente seus direitos. Como exemplo disso, tem-se:

[...] se reconhecemos a liberdade de locomoção, é necessário que o indivíduo tenha condições concretas de se locomover, do contrário seria uma liberdade vazia de conteúdo. Reconhecendo a liberdade de exercício profissional, é necessário garantir ao indivíduo efetivas condições de escolha de sua profissão ou trabalho. As liberdades, negativa e positiva são, portanto, interdependentes, e isso é de crucial importância para sua compreensão no âmbito das deficiências física e/ou mental que muitos cidadãos possuem.²⁶

Desse modo, invoca-se a necessidade de modificar a forma de pensar e buscar novas medidas inclusivas que atendam às necessidades de cidadãos que não se enquadram no “padrão de normalidade”, cidadãos que possuem necessidades especiais e que, através dessas medidas, obtenham autonomia para o exercício de suas liberdades.

As necessidades especiais das pessoas com deficiência precisam ser satisfeitas para que a deficiência ambiental seja menos relevante

²³ FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 97.

²⁴ Ibidem, p. 97.

²⁵ Ibidem, p. 98.

²⁶ Ibidem, p. 100.

ou mesmo irrelevante e viabilize o exercício das liberdades por elas. Para isso, muitos países têm estabelecido políticas públicas de inclusão, caracterizadas notadamente por ações de justiça corretiva, tentando compensar as desvantagens que esses cidadãos possuem em relação ao ambiente natural e social.²⁷

Destarte, a criação de normas que viabilizem o exercício da liberdade desses cidadãos, assegurando seus direitos, são de suma importância. Sob esta perspectiva, compreende-se como um grande avanço normativo em relação aos direitos da pessoa com deficiência a implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional. A referida Convenção é inspirada no lema “iguais na diferença”, que prevê muitos dos direitos fundamentais, sobretudo o da liberdade, que abrange toda a Convenção.²⁸

O lema “iguais na diferença”, inspirador da Convenção, é bastante feliz. Não se trata de querer que as pessoas sejam todas iguais, mas que elas tenham iguais oportunidades e que suas ditas “deficiências” não sejam empecilhos para o exercício de seus direitos e liberdades (...)²⁹

Por fim, deve-se atentar não somente para os avanços normativos, mas para as questões de mudança na compreensão cultural, através de ações educativas e medidas de inclusão, com objetivo de eliminar o preconceito e o tratamento desigual. Devendo essa luta ser em todos os aspectos, no político legislativo através de criação de normas, no governamental para promoção de políticas públicas de inclusão, e, sobretudo, na sociedade “na promoção de uma “pedagogia da diferença”, envolvendo a dissipação dos ventos da ignorância acerca do tema e a edificação de uma cultura de solidariedade e de respeito à diversidade”.³⁰

Assim, em atenção à necessidade dessas mudanças e de dar maior autonomia (liberdade) à esse grupo de pessoas, faz-se necessário uma breve abordagem sobre a evolução dos direitos das pessoas com deficiência, que será mencionado no próximo tópico.

²⁷ FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

²⁸ Ibidem, p. 102.

²⁹ Ibidem, p. 104.

³⁰ Ibidem, p. 107.

1.2. A evolução dos direitos das pessoas com deficiência

Durante muitos anos as pessoas com deficiências foram vistas como aberrações, pessoas impuras, que haviam sido castigadas por algum pecado, depois, veio a fase da invisibilidade, as pessoas com deficiências eram ignoradas, sobretudo no mundo jurídico. Após esse período surgiu a concepção da assistência, em que as pessoas com deficiência eram consideradas doentes e tratadas como tal e, por fim, tem-se a visão humanista, que busca a inclusão, o direito à igualdade, autonomia e à vida digna, como qualquer outro ser humano.³¹

Antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) o Código Civil e a legislação no geral, tinham essa concepção assistencialista. Na antiga redação no Código Civil, em seu art. 3º, inciso II, constava como “absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento para a prática desses atos”.³² Assim, os deficientes mentais eram considerados absolutamente incapazes, sendo impossibilitados de exercer quaisquer direitos da vida civil.

Por conta dessa limitação às pessoas com deficiência mental, era necessário requerer na justiça a interdição do “incapaz”, considerando-se legítimos para requerer-la os pais, parentes, tutores ou cônjuge do interditando, e na ausência destes, o Ministério Público, sendo, a priori, de responsabilidade da família zelar pelos cuidados e interesses do incapaz.³³

Dessa forma, o instituto da Curatela (mecanismo utilizado para constituir um poder assistencial ao incapaz maior, mediante decisão judicial) e da interdição eram extremamente comuns, visto que, toda pessoa com deficiência mental era considerada absolutamente incapaz, tornando-se medida imperativa a necessidade de nomeação de um curador a ele. Ocorre que, tal instituto é de extrema invasão à vida do curatelado e, portanto, com o decorrer do tempo, e com o advento do EPCD,

³¹ DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juri**. São Paulo: Científica, v. 5, n. 2, p. 263-288, maio/ago., 2016. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

³² BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

³³ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito**: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 124.

a Curatela passou a ser medida excepcional, além de ser necessário o preenchimento de alguns requisitos para que o juiz possa declarar a interdição do curatelado, como a assistência ao juiz de equipe multidisciplinar, para entrevistar pessoalmente o interditando (art. 1771, CC).

Nessa mesma linha de raciocínio, Maria Helena Diniz explica:

A curatela é um instituto de interesse público, ou melhor, é um múnus público, cometido, extraordinária e excepcionalmente (EPCD, art. 85, §2º), por lei a alguém para proteger, se necessário, direitos patrimoniais e negociais de maiores, que por si só não estão em condições de fazê-lo (Lei n. 13.146/2015, art. 85, § 1º), não mais regendo a pessoa dos incapazes, pois, sua deficiência não atinge a sua capacidade civil para casar-se ou constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos; conservar fertilidade, ter acesso a informação sobre reprodução e planejamento familiar, exercer guarda, curatela, adotar e ser adotado etc. (art. 6º, I a VI da Lei n. 13.146/2015).³⁴

Outrossim, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sobreveio um novo instituto que há grande expectativa de ser um mecanismo alternativo à curatela, chamado de Tomada de decisão apoiada, previsto no art. 115 do EPCD (Lei n. 13.146/15), inserido no Título IV e Capítulo III do Código Civil.

Tal instituto possibilita ao deficiente a escolha de pelo menos duas pessoas idôneas e que com elas possua vínculo e confiança, para auxiliá-lo na tomada de decisão sobre atos negociais, e demais atos da vida civil, sem que seja considerados inválidos, por conta de sua condição. Art. 1783-A, CC:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. ³⁵

Conforme explica Maria Helena Diniz, a pessoa de deficiência mantém sua capacidade civil sem qualquer restrição, ao utilizar deste instituto, visto que não estará interditado, simplesmente passará a legitimidade dos atos da vida civil para

³⁴ DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juri**. São Paulo: Científica, v. 5, n. 2, p. 263-288, maio/ago., 2016. Disponível em:

<<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

³⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

as pessoas que escolheu (chamados de apoiadores), enquanto que na curatela, o curatelado fica impossibilitado de praticar autogestão, sendo considerado incapaz.³⁶

O interessante deste instituto é a autonomia que ele oferece à pessoa com deficiência, uma vez que o requerimento da Tomada de decisão apoiada é feito por ela mesma em juízo, devendo indicar as pessoas que assim o quiser como apoiadores, devendo ainda constar os limites do apoio a ser oferecido, o prazo de vigência do acordo, bem como o requerimento do fim do acordo a qualquer tempo, tudo isso previsto no art. 1783-A e parágrafos do Código Civil.³⁷

Pode-se dizer que, analisando a evolução dos direitos das pessoas com deficiência, atualmente elas possuem seu espaço na sociedade, no mundo jurídico. O advento da Lei nº 13.146/2015 foi um grande avanço para esse grupo de pessoas, mas, não se pode ignorar a desigualdade que ainda os atingem e a discriminação que infelizmente ainda é grande. Devendo buscar sempre por medidas de inclusão, que os deem oportunidade de desenvolvimento e a possibilidade de viver a vida como qualquer outra pessoa, sem deixar de protegê-las nas suas limitações.

Ainda sobre esses direitos, a autora Luciana Barbosa Musse, voltada para os direitos das pessoas com transtorno mental, conclui sua obra explicando que a utilização da bioética como meio de intervenção na vida dessas pessoas, dando-lhes direitos e espaço na sociedade. No âmbito coletivo, a autora aponta para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, que foi realizado com a entrada em vigor do EPCD. E no âmbito individual, propõe-se as “estratégias inclusivas, o empoderamento, a libertação e a emancipação” das pessoas com deficiências mentais,³⁸ explica:

O empoderamento das pessoas com transtorno mental resulta de um longo processo histórico, marcado por abusos e muita violência contra indivíduos pertencentes a esse grupo. Seu fortalecimento pode ser identificado na medida em que se superam a posição de “pacientes psiquiátricos” e passaram a decidir, enquanto cidadãos, junto com a equipe de saúde mental, o seu projeto terapêutico

³⁶ DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juri**. São Paulo: Científica, v. 5, n. 2, p. 263-288, maio/ago., 2016. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

³⁷ Ibidem, p. 283.

³⁸ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 159.

individual, passaram a indicar representantes e a integrar a Comissão de Saúde Mental, do Conselho Nacional de Saúde, passaram a morar sozinhos, fora dos muros institucionais.³⁹

Enfim, foi e continua sendo um processo histórico lento até se alcançar os direitos assegurados às pessoas com deficiência, mas que deve-se sempre continuar lutando pelos direitos à igualdade, à autonomia e à liberdade desse grupo.

1.3. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) – Lei Nº 13.146/2015

Adentrando um pouco mais a fundo sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sabe-se que a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi internalizada no Brasil em 2008, através do Decreto Legislativo 186/2008 e do Decreto 6949/2009 com *status* de emenda Constitucional, conforme o art. 5º, § 3º da CF/88.

A partir da assinatura e da promulgação dessa Convenção, com hierarquia de emenda Constitucional, o Brasil se propôs a legislar sobre os direitos lá previstos, daí o motivo da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim, o advento do novo Estatuto nada mais é do que a execução do que foi proposto e aderido pelo Brasil na citada Convenção.⁴⁰

A primeira mudança que pode ser observada com a adesão da Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência foi a terminologia adotada, que antes referia-se à “pessoa portadora de deficiência”, agora, a expressão correta para referir-se à esse grupo é “pessoa com deficiência”. Outra mudança trazida pela Convenção e pelo Estatuto foi o conceito de pessoa com deficiência, em que, anteriormente utilizava-se como padrão de definição, tão somente o laudo médico, enquanto que, atualmente, tem-se por parâmetro não somente o isto, mas elementos sociais e ambientais. Ou seja, identifica-se a pessoa com deficiência não

³⁹ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito:** as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 159.

⁴⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**. RT, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015. p. 3.

apenas como sinônimo de incapacidade e limitação.⁴¹ Conforme dispõe o art. 2º da Lei 13.146/15 (art. 1º da Convenção):

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.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.⁴²

Assim, em análise ao parágrafo primeiro do art. 2º do Estatuto, optou-se por adotar o método “biopsicossocial” de avaliação da deficiência, o qual engloba não apenas a avaliação das limitações físicas, mentais, sensoriais e intelectuais, mas também os fatores externos à pessoa com deficiência. Desse modo, é de extrema importância a implementação de políticas públicas para a inclusão social dessas pessoas, ou seja, colocar em prática o que é proposto na Convenção e no Estatuto, com vistas à excluir as barreiras e discriminações existentes na sociedade.⁴³

O Estatuto trouxe diversas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, estão elas listadas do art. 96 ao 119 do mesmo. Dentre elas, é de relevante destaque as dispostas no art. 114 do EPCD, que são as alterações feitas no Código Civil, onde foi incluído o novo instituto da capacidade legal e da Tomada de Decisão Apoiada, além da nova concepção de curatela. Conforme esclarecem Araujo e Costa Filho (grifo nosso):

O art. 114 do EPCD trouxe modificações substanciais no Código Civil para fazer valer estes novos institutos da capacidade legal e da tomada de decisão apoiada e da nova concepção de curatela. Primeiramente retirou as pessoas com deficiência, inclusive as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes,

⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**. RT, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015. p. 5.

⁴² BRASIL. **Lei n. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁴³ ARAUJO, op. cit., p. 5.

remetendo-os para o rol dos relativamente incapazes, a partir de nova redação do art. 4.º combinado com as alterações procedidas pelo art. 114 do EPCD nos arts. 3.º, 4.º, 228, 1.518, 1.550, 1.557, 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775^a e 1.777, todos do CC/2002. **Dessa forma as pessoas com deficiência, ordinariamente, só serão interditadas em relações aos atos negociais e patrimoniais, mantendo-se as faculdades suas para casar, trabalhar, testemunhar, votar e praticar outros atos da vida diária.**⁴⁴

Cumprido ressaltar que, apesar do Estatuto ter retirado as pessoas com deficiência do rol dos absolutamente incapazes, art. 3º do Código Civil, e ter inserido no art. 4º do CC, rol dos relativamente incapazes, uma nova redação, referindo-se como “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (inciso III, art. 4º, CC), não significa que o instituto da incapacidade deixou de existir, mas passou a ser exceção, sendo a capacidade a regra, de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade.⁴⁵

Essa alteração tem influência pelo disposto no art. 6º do EPCD (grifo nosso), veja-se:

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

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

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

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

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

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.⁴⁶

Conforme anuncia o *caput* do artigo citado, o fato de uma pessoa ter alguma deficiência não é pretexto para ter sua capacidade civil cerceada, uma vez que o

⁴⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**. RT, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015. p. 5.

⁴⁵ Ibidem, p. 6.

⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

objetivo do Estatuto e do Estado, em consonância com os princípios constitucionais, é dar liberdade e condições para o exercício da liberdade à todos, em igualdade. E por isso, o advento do Estatuto trouxe uma maior autonomia às pessoas com deficiências, visto que, conforme o art. 1º do Decreto 6.949/2009, o propósito da Convenção, e conseqüentemente, do Estatuto, é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”⁴⁷

Não resta dúvidas de que a criação deste Estatuto é um grande avanço para o Brasil, sobretudo na busca pela liberdade e igualdade, direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, e que a autonomia dada às pessoas com deficiências proporciona a esperança de um futuro mais inclusivo e digno às mesmas.⁴⁸

Entretanto, na esfera penal, o disposto no art. 6º, inciso II da Lei 13.146/15 (em destaque), tem gerado uma grande insegurança jurídica, visto que a previsão do estupro de vulnerável (Art. 217-A, do Código Penal) considera como uma possível vítima (vulnerável) o deficiente mental ou enfermo que não tenha discernimento para a prática do ato sexual, assim, ante a redação dada pelo EPCD, que garante à essas pessoas o livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, quando será caracterizado o crime de estupro de vulnerável?

A partir deste questionamento, é de extrema importância estudar com maior afinco e profundidade os níveis de deficiências mentais, uma vez que, o simples fato do indivíduo ser portador de uma doença mental não é suficiente para ser considerado incapaz. De mesmo modo, para que seja tipificada a conduta do estupro de vulnerável, em se tratando de deficiente mental, tem-se como requisito a impossibilidade da vítima consentir com o ato sexual e, como já é sabido, existem deficientes mentais que possuem plena capacidade de decidir pelos seus atos

⁴⁷ BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

⁴⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**. RT, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015. p. 9.

sexuais. Dessa forma, o Capítulo 2 do presente trabalho será direcionado para um melhor entendimento a respeito dos níveis de deficiências mentais.

2. OS NÍVEIS DE DEFICIÊNCIAS MENTAIS

Para iniciar o presente capítulo, é necessário ter um panorama geral de como é diagnosticada uma pessoa com deficiência mental, e todos os aspectos relevantes para a chegada desta conclusão. Dessa forma, deve-se atentar para qual momento da vida do ser humano essa deficiência se manifestará, isto posto, a autora Luciana Musse explica, citando o autor Huffman Vernoy, que a psicologia do desenvolvimento humano possui oito fases, dividida por faixa etária, quais sejam:

[...] fase *pré-natal* (da concepção ao nascimento); b) *fase de bebê* (do nascimento aos 18 meses incompletos); c) *primeira infância* (dos 18 meses aos 6 anos incompletos); d) *infância intermediária* ou *segunda infância* (dos 6 anos aos 12 anos incompletos); e) *adolescência* (12 anos aos 20 anos); f) *período adulto jovem* (dos 20 anos aos 45 anos); g) *período adulto intermediário* (dos 45 anos aos 60 anos); h) *período adulto tardio*, também chamado terceira idade (dos 60 anos até a morte).⁴⁹

Já Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (art. 2º)⁵⁰ considera como crianças as pessoas com até 12 anos incompletos; adolescentes aquelas entre 12 anos e 18 anos incompletos; e adultos os indivíduos a partir de 18 anos, sendo estes considerados plenamente capazes de responder por todos os atos da vida civil, salvo se apresentar algum tipo de problema psíquico que impossibilite o exercício da vida civil plena.⁵¹

Assim, entende-se que, quanto mais cedo um transtorno mental se manifestar na vida do indivíduo, mais comprometida será a sua qualidade de vida e sua longevidade.⁵² Luciana Messe explica que:

Alguns transtornos manifestam-se em fases específicas do desenvolvimento do indivíduo. O autismo aparece na primeira ou na segunda infância; a esquizofrenia manifesta-se no final da adolescência, início da fase adulta; a demência gerada, dentre outras, por Alzheimer manifesta-se na terceira idade.⁵³

⁴⁹ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito**: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 42.

⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

⁵¹ MUSSE, op. cit., p. 42.

⁵² Ibidem, p. 43.

⁵³ Ibidem, p. 43.

A grande maioria dos transtornos mentais se manifestam na fase adulta, sendo que, atingem igualmente homens e mulheres. Sendo a depressão mais frequente entre as mulheres e, quanto aos homens, tem-se com maior frequência o abuso de substâncias psicoativas. Luciana Musse disserta que, conforme estudos feitos pela Organização Mundial da Saúde (OMS) “os transtornos mentais apresentam-se nas fases em que o desenvolvimento biopsicossocial é mais intenso na vida do indivíduo e, por conseguinte, ocasionam danos de maior monta tanto para a pessoa com transtorno mental como para sua família.”⁵⁴

2.1. O que são deficiências mentais?

Para compreender os níveis de deficiências mentais, é preciso primeiramente buscar o que se entende por deficiências mentais, a sua diferença com os transtornos mentais, além de adentrar na explicação de algumas dessas doenças, tema que será abordado adiante.

A autora Luciana Musse, em sua obra “Novos sujeitos de direito – As pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito”, traz três conceitos de deficiência. O primeiro, de acordo com o Decreto 3.298 de 1990, em seu art. 4º inciso IV, diz que:

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;⁵⁵

⁵⁴ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito**: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 43-44.

⁵⁵ BRASIL. **Decreto n. 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de

O segundo conceito, dado pela Organização das Nações Unidas através da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975, afirma que:

Refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.⁵⁶

E por fim, como terceiro conceito, Luciana Musse apresenta o conceito dado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, em 1999, que declara em seu artigo I:⁵⁷

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.⁵⁸

Além desses conceitos, é imprescindível trazer à baila o conceito dado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, principal objeto de estudo do presente trabalho, que diz em seu artigo 2º, *caput*:

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.⁵⁹

A partir desses conceitos, pode-se concluir que, de maneira geral, o que se entende por deficiência (seja ela mental ou não) é que se trata de uma limitação que

Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. Brasília, 1975. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁵⁷ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 45.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto n. 3.956**, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

o indivíduo possui em exercer sua vida individual e social de maneira autônoma, podendo essa limitação ser física ou mental, permanente ou temporária.

Com base nesta conclusão, e restringindo um pouco mais esse entendimento apenas para as pessoas com deficiências mentais, é cabível dizer que os transtornos mentais não são a mesma coisa que deficiências mentais, à medida em que os transtornos mentais não implicam necessariamente em uma limitação na vida do indivíduo, tampouco em um cerceamento no exercício autônomo da vida civil.

Os transtornos mentais podem ser definidos como um comportamento anormal. Tais comportamentos podem ser analisados do ponto de vista do indivíduo cujo qual se considera ter um comportamento anormal, ou ainda, do ponto de vista da cultura ou ambiente em que o indivíduo vive.⁶⁰

Conforme Holmes explica, do ponto de vista do indivíduo, as atenções são voltadas inicialmente para o sofrimento da pessoa, sendo considerados comportamentos anormais aqueles se encontram em situação de ansiedade, depressão, insatisfação ou com alguma outra perturbação. Após, analisa-se a incapacidade do indivíduo em manter sua vida pessoal, social, fisiológica ou profissional. Sendo assim, entende-se como comportamento anormal do ponto de vista do indivíduo, aquele que é infeliz e ineficaz no âmbito da vida cotidiana.⁶¹

Já do ponto de vista cultural, Holmes elucida que o comportamento anormal se dá pelo desvio da norma, isto é, o indivíduo não se enquadra nos padrões de normalidade dentro de determinada cultura.⁶² Para melhor compreensão deste ponto de vista, o autor exemplifica:

Por exemplo, um indivíduo que alucina será definido como anormal porque a maioria das pessoas não alucinam. Em relação a isto, é relevante observar que o que é normal em uma cultura pode não ser em outra. Por exemplo, em algumas culturas as alucinações constituem um sinal de esquizofrenia e o indivíduo é hospitalizado, mas, em outras, as alucinações são consideradas como a voz de um deus e o indivíduo é transformado em um sacerdote (Murphy, 1976). Também deveria ser observado que apenas comportamentos que a cultura considera “ruins” são definidos como anormais. Ter um QI

⁶⁰ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 31.

⁶¹ *Ibidem*, p. 31-32.

⁶² *Ibidem*, p. 31.

140 ou ser excepcionalmente bem adaptado também é afastado da norma, mas tal “bom” afastamento não é considerado anormal do modo como a palavra anormal é habitualmente usada. Do ponto de vista cultural, então, a anomalia é definida em termos de normas culturais e os sentimentos do indivíduo são desconsiderados.⁶³

Por fim, Holmes ultima que o ideal não é usar apenas um ponto de vista para definir um comportamento anormal (ou transtorno mental), mas sim ambas as perspectivas, conforme aclara: “... se usamos apenas o ponto de vista pessoal, o indivíduo feliz, mas que alucina, não será tratado e se usamos o ponto de vista cultural, o indivíduo deprimido que não causa incômodo para ninguém será ignorado até tentar suicídio.”⁶⁴

Sob um outro ponto de vista, o dos autores Fiorelli e Mangini, definir e mensurar a saúde e a doença mental, a noção de normalidade e anormalidade não é simples, uma vez que existem inúmeras variáveis ao considerar a personalidade e subjetividade de cada agente, sendo, portanto, imprescindível um diagnóstico feito por profissional especializado, para que não exista o risco de um parecer errôneo ou inexato. Assim, tem-se como definição de transtorno mental o comportamento fora dos padrões de normalidade (aceito no ambiente do indivíduo), sendo este comportamento notável para os demais.⁶⁵

Em síntese, Fiorelli e Mangini definem a personalidade como:

[...] a condição *estável e duradoura dos comportamentos* da pessoa, embora não permanente.

Os *comportamentos típicos, estáveis, persistentes* que formam o *padrão* por meio do qual o indivíduo se comporta em suas relações, nas mais diversas situações do convívio social, de trabalho e familiar, recebem a denominação de *características de personalidade*. As *manifestações dessas características* formam a imagem mental, para os observadores, do *comportamento* mais esperado dessa pessoa em cada tipo de circunstância.⁶⁶

Depreende-se da leitura que as características da personalidade não se apresentam de uma única forma, mas alternadas, uma vez que o comportamento do

⁶³ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 32.

⁶⁴ Ibidem, p. 32.

⁶⁵ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 98.

⁶⁶ Ibidem, p. 100.

indivíduo está diretamente ligado com a situação vivenciada e sua intensidade, podendo ser em maior ou menor grau.⁶⁷ Assim, a descrição de um comportamento não significa que pode-se prevêê-los, sobretudo em circunstâncias de grande emoção, conforme Fiorelli e Mangini explicam:

Não há personalidade “normal” ou características normais. Todos as apresentam em maior ou menor grau, combinadas de infinitas maneiras, o que torna cada indivíduo único em sua maneira de se comportar. Cada característica possui aspectos positivos e negativos, dependendo da situação e intensidade com que se apresentam; portanto, nenhuma é absolutamente “boa” ou “má”.

As emoções do momento, entretanto, têm o poder de alterar a predominância de uma ou mais características e conduzem a comportamentos imprevisíveis ou inesperados, sem que isso indique qualquer tipo de transtorno mental.⁶⁸

Assim, as características da personalidade se alteram com o decorrer do tempo e os acontecimentos da vida, em especial o estresse e os eventos traumáticos. Essas alterações na personalidade ocorrem porque o indivíduo busca de alguma maneira equilibrar a situação de estresse em que se encontra.⁶⁹ Entretanto, essas modificações não vão, necessariamente, tirar a funcionalidade do indivíduo, enquanto que, se tratando de deficiência mental, a funcionalidade pode sim ser comprometida.

Isto posto, a partir de uma visão mais técnica, Luciana Musse aborda o que são considerados transtornos mentais e suas divisões. Dessa forma, tem-se:

Os transtornos mentais podem ser *congênitos*, quando têm origem no período embrionário ou fetal, podendo ser hereditários (ex: autismo, esquizofrenia) ou adquiridos (atraso ou deficiência intelectual por exposição a agentes químicos ou físicos – álcool, cigarro, medicamentos, radiação, dentre outros – capazes de alterar a formação natural do embrião ou feto). Já os *adquiridos* são agravos mentais resultantes de comportamentos de risco ou acidentes, ocorridos após o nascimento do indivíduo. Transtornos mentais *crônicos* são aqueles que não evoluem normalmente para a cura, mas são passíveis de controle, intercalando-se com períodos de agudização, que podem evoluir para a morte ou voltar à fase de controle, quando o paciente adquire um estado de normalidade ou muito próximo dela. Os transtornos mentais *agudos* são agravos que normalmente evoluem para a cura ou, em casos extremos, para o

⁶⁷ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 101.

⁶⁸ Ibidem, p. 101.

⁶⁹ Ibidem, p. 107.

óbito. Caso não evolua para o óbito, há remissão total da doença. Alguns transtornos mentais agudos podem evoluir para a cronicização, como no caso da depressão e da ansiedade.⁷⁰

Além disso, deve-se levar em consideração fatores biológicos, psíquicos e sociais para compreender a manifestação e gravidade do transtorno mental. No que tange ao aspecto biológico, é possível constatar a relação entre transtorno mental e falhas no funcionamento neural, que é o que ocorre na esquizofrenia, na depressão e na dependência de substâncias psicoativas. Devendo considerar ainda o forte componente da carga genética juntamente com fatores do meio em que se vive, que influenciam diretamente na manifestação do agravo mental, como a desnutrição, o abandono ou a violência familiar.⁷¹

Já os fatores psíquicos (individuais) estão ligados com o vínculo afetivo do indivíduo com seus pais/responsáveis, uma vez que, esse vínculo tem total influência no desenvolvimento saudável ou não do indivíduo. De mesmo modo, o contato do indivíduo com o meio social também influencia na formação do seu comportamento, no que toca à adaptação do mesmo na sociedade. E, ainda, a forma como o indivíduo lida com situações de estresse e pressão, também tem influência na manifestação ou não de transtorno mental, como o desencadeamento de uma depressão.⁷²

Por fim, em relação aos fatores sociais, pode-se apontar como contribuintes para a manifestação de transtornos mentais atitudes de rejeição e preconceito por parte da sociedade, como o preconceito com a pobreza, escolha de gênero e opção sexual, racismo, machismo, dentre outros.⁷³

Enfim, o que se pode concluir de todo o exposto é que os transtornos mentais não são exatamente a mesma coisa que deficiências mentais, mas ambos estão em par de igualdade, uma vez que possuem como característica comum o comportamento anormal e, em qualquer um dos casos é indispensável o acompanhamento de profissional qualificado para que seja feito o diagnóstico correto e proporcionando, assim, o tratamento adequado.

⁷⁰ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito**: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 46-47.

⁷¹ Ibidem, p. 47.

⁷² Ibidem, p. 47.

⁷³ Ibidem, p. 48.

2.2. Classificação dos transtornos mentais

A partir do entendimento de que as deficiências mentais estão englobadas pelos transtornos mentais, será abordado neste tópico a classificação dos transtornos mentais e, assim, assimilar em quais casos esses indivíduos possuem discernimento para consentir com o ato sexual e exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, previsto no art. 6º inciso II do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.2.1. Transtornos do desenvolvimento psicológico

Os transtornos do desenvolvimento estão ligados ao desenvolvimento emocional e cognitivo de bebês e crianças, ou seja, são transtornos que iniciam-se na primeira ou segunda infância, afetando o desenvolvimento das funções relativas à maturação do sistema nervoso central, como a aquisição da linguagem e do desenvolvimento motor.⁷⁴

O transtorno que mais se destaca dentro dessa classe é o autismo infantil, também chamado pelos profissionais da área de transtorno do desenvolvimento invasivo. De acordo com David Holmes, o autismo infantil possui três sintomas principais, quais sejam: a falta de responsividade a outras pessoas, o prejuízo na comunicação verbal e não-verbal e um repertório de atividades e interesses grandemente restringido.⁷⁵

A falta de responsividade a outras pessoas consiste na falta de comunicação com outras pessoas. As crianças que possuem autismo se isolam, como se vivessem em um mundo próprio, aparentando uma inconsciência quando na presença de outras pessoas. Quando bebês, também não são interativos, não sorriem, nem verbalizam com outros, tampouco choram se são deixados sozinhos. Outra característica comum é a monotonia e a irritabilidade quando há mudança em sua rotina.⁷⁶ Holmes explica que:

⁷⁴ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 49.

⁷⁵ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 337.

⁷⁶ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 337.

A falta de interesse pessoal apresentada pelas crianças com autismo foi demonstrada em um estudo no qual se permitiu a crianças perturbadas e normais olhar para estímulos ambientais humanos e não humanos (Hutt & Ounsted, 1966). Quando comparadas às crianças não-autistas, as autistas dispenderam mais tempo olhando para estímulos ambientais e menos tempo olhando para estímulos humanos.⁷⁷

O segundo sintoma é o prejuízo na comunicação verbal e não-verbal, que mesmo em idade superior a 5 anos, as crianças com autismo não utilizam da linguagem. São mudas ou emitem alguns sons sem sentido, ou, quando falam, não apresentam um padrão de comunicação e lógica, como por exemplo a repetição (repetem o que é dito à criança) sem noção de sentido.⁷⁸

Por fim, tem-se o sintoma do repertório de atividades e interesses grandemente restringido que, de acordo Holmes consiste no seguinte comportamento:

As crianças com autismo podem se balançar para frente e para trás infundavelmente. Em outros casos, elas podem repetir certos comportamentos como girar um brinquedo de novo, e de novo ou elas podem repetidamente desfilar gestos ritualísticos com seus dedos e mãos. Por exemplo, elas podem movimentar os dedos como se tocassem piano e farão isto durante horas de cada vez. Alguns destes comportamentos parecem ser formas de auto-estimulação. Estas crianças com frequência engajam-se em comportamentos de automutilação, tais como arranhar-se ou bater em si mesmas.⁷⁹

Outro tipo de transtorno do desenvolvimento psicológico são os transtornos de aprendizagem, comunicação e habilidades motoras que podem se manifestar na dificuldade exacerbada da leitura, na matemática, linguagem expressiva, fonológico, coordenação motora, dentre outras.⁸⁰

2.2.2. Retardo mental

O retardo mental consiste na capacidade intelectual inferior aos padrões de normalidade. Ocorre que, nem sempre é fácil distinguir as habilidades normais e o

⁷⁷ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 337.

⁷⁸ Ibidem, p. 337.

⁷⁹ Ibidem, p. 338.

⁸⁰ Ibidem, p. 344.

retardo, pois o método utilizado para mensurar tal padrão nem sempre é exato, qual seja, o QI (Quociente de Inteligência).⁸¹ Holmes aclara que existem três critérios necessários para confirmar o diagnóstico de retardo mental, determinados pelo DSM-IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), são eles:

1. O indivíduo deve ter “funcionamento intelectual geral significativamente abaixo da média”. Tecnicamente, isto é definido como um QI de 70 ou inferior.
2. O indivíduo deve ter “déficits ou prejuízos no funcionamento adaptivo” que resultam de, ou estão associados à, baixa inteligência. Prejuízos no funcionamento adaptivo são definidos como a incapacidade de preencher os padrões da faixa etária do indivíduo (ex., incapacidade de cuidar de si mesmo, habilidades interpessoais ineficazes).
3. O transtorno deve ter se estabelecido antes dos 18 anos. Se um indivíduo funciona normalmente até esta idade e apenas mais tarde apresenta declínio, é diagnosticado como sofrendo alguma forma de demência em vez de retardo.⁸²

Nesse contexto, existem três causas principais de retardo mental: fatores genéticos (como é o caso da Síndrome de Down, em que o indivíduo possui a trissomia 21, que é o cromossomo número 21 extra), fatores físicos decorrentes do ambiente (como problemas durante a gravidez com a ingestão de álcool ou o uso de drogas) e fatores psicossociais (como um ambiente sem recursos suficientes para educação e desenvolvimento cognitivo).⁸³

O retardo mental é dividido em 4 níveis: Retardo mental leve, Retardo mental moderado, Retardo mental severo ou grave e Retardo mental profundo. O retardo mental leve é caracterizado pelo QI variante entre 50 e 69.⁸⁴ Esse grupo de pessoas conseguem desenvolver habilidades sociais e comunicativas, com um prejuízo mínimo nas áreas sensoriais e motoras, podendo viver em comunidade normalmente, ter sua moradia independente ou em apartamentos supervisionados,

⁸¹ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 439.

⁸² Ibidem, p. 439.

⁸³ Ibidem, p. 440-442.

⁸⁴ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito**: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 50.

sendo necessário um acompanhamento em situações de estresses, conforme explica Holmes.⁸⁵

Tem-se o retardo mental moderado quando o indivíduo possui o QI entre 35 e 49. Esse grupo alcança independência no que tange aos cuidados pessoais, à comunicação e algumas habilidades, mas é necessária a supervisão e orientação para trabalhar e viver em comunidade, ou quando estão sob estresse.⁸⁶

Já o retardo mental severo ou grave exige que seus portadores possuam assistência e acompanhamento contínuo. Com o QI entre 20 e 34, esses indivíduos podem desenvolver tarefas simples, sob supervisão cuidadosa, sendo adaptáveis à vida social, em pensões protegidas ou com suas famílias, de acordo com Holmes.⁸⁷

E finalmente, o retardo mental profundo é definido por aquele indivíduo com QI a baixo de 20, o que equivale aproximadamente à uma criança de 3 anos de idade, dessa forma, é imprescindível a supervisão constante e cuidados de terceiros durante toda sua vida, tanto para as tarefas mais difíceis como a comunicação, mobilidade, vida em sociedade, como para as questões pessoais, como a higiene.⁸⁸

A Síndrome de Down se enquadra entre os casos de retardo mental moderado e severo. Essa síndrome é causada pela existência do cromossomo 21 extra, que pode ser detectada ainda durante a gravidez. Assim, apesar dos indivíduos com síndrome de down possuírem um nível alto de retardo, geralmente são pessoas comunicativas, carinhosas, felizes e brincalhonas e, em alguns casos, com o acompanhamento adequado podem levar uma vida quase normal.⁸⁹

⁸⁵ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 441.

⁸⁶MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 51

⁸⁷ Ibidem, p. 51.

⁸⁸ Ibidem, p. 51.

⁸⁹ HOLMES, op. cit., p. 443.

2.2.3. Transtornos mentais orgânicos e Demência

Os transtornos mentais orgânicos, segundo Holmes, estão ligados à problemas físicos no cérebro, como a sua deterioração, morte ou mau funcionamento de células cerebrais.⁹⁰ Assim, explica:

Os sintomas de transtornos mentais orgânicos envolvem a perda de funções cognitivas, como memória, e a perda do controle muscular.

(...)

O sintoma mais importante associado aos transtornos mentais orgânicos é a **demência**. Demência refere-se a uma *perda organicamente causada de habilidades intelectuais* suficientemente grande para interferir no funcionamento social e ocupacional. Na maioria dos casos, o déficit envolve um declínio em memória, julgamento, habilidade de raciocínio abstrato e outras funções intelectuais superiores.⁹¹

Dessa forma, considerando que a habilidade mais comum que a demência afeta é a perda de memória, que por sua vez, afeta a execução de outras habilidades básicas como nomes e números de telefone, com o passar do tempo, essa perda de memória passa a afetar atividades básicas do dia a dia, como comer, tomar banho, escovar os dentes e, em seu estágio mais avançado, o indivíduo esquece eventos importantes, como nascimentos, casamento, bem como deixar de reconhecer seus próprios familiares ou mesmo a casa que habitam.⁹²

A partir disso, Holmes explica que a progressão da demência na vida do indivíduo é variável, à medida em que, a velocidade com a qual as habilidades declinam variam de indivíduo para indivíduo, ou de doença para doença. No caso da doença de Alzheimer, por exemplo, a deterioração do cérebro é progressiva, sendo o declínio da memória e habilidade suave. Já no caso de distúrbios como o multi-infarto, este ocorre quando diversos derrames matam diferentes partes do cérebro em momentos diferentes, assim, o declínio ocorrerá mais rápido e, cada derrame afetará uma habilidade diferente.⁹³

⁹⁰ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 432.

⁹¹ Ibidem, p. 432.

⁹² Ibidem, p. 432.

⁹³ Ibidem, p. 433.

2.2.4. *Transtornos da personalidade e do comportamento adulto*

Os transtornos da personalidade são diferentes dos outros pois nestes, em contradição com os outros, apresentam como característica um comportamento menos afastado das normas e sentem-se menos angustiados do que em outros tipos de transtornos. Assim, Holmes afirma que, é comum se constatar que em um dado momento ou outro da vida, todos ou a grande maioria das pessoas apresentarão algum sintoma de transtorno da personalidade, o que não significa que a pessoa esteja sofrendo de fato um transtorno.

O transtorno de personalidade é caracterizado pela visível inflexibilidade e a perda da capacidade de adaptação, independentemente da situação em que o indivíduo se encontra.⁹⁴ Nesse contexto, Fiorelli e Mangani elencam alguns dos mais conhecidos transtornos de personalidade, quais sejam: Paranoide (caracterizada pela desconfiança sistemática e excessiva, distorcendo as ações das outras pessoas); Dependente (o indivíduo torna-se incapaz de tomar decisões de alguma importância sozinho); Esquizoide (a pessoa se isola, busca atividades solitárias e introspectivas e não retribui cumprimentos ou demonstrações de afeto); De evitação (também se isola, porém, sofre por desejar o relacionamento afetivo e não saber como conquista-lo, acompanhado pelo medo de críticas e rejeição); Emocionalmente instável (o indivíduo oscila entre o melhor e o pior do mundo, não tem controle de seus impulsos); Histriônica (o indivíduo busca a atenção excessiva, sentindo-se desconfortável e com raiva quando não é o centro das atenções).⁹⁵

Além destes, cabe acrescentar também o transtorno da personalidade dissociada ou antissocial, também conhecido como psicopatas ou sociopatas. Esse transtorno é de difícil diagnóstico, uma vez que as pessoas que possuem esse tipo de transtorno não apresentam aqueles sinais tradicionais de um comportamento anormal, aparentando estarem bem. Os principais sintomas listados por Holmes, que possibilitam o diagnóstico são: a ausência de ansiedade ou culpa, são consideradas pessoas sem consciência, que não sentem remorso ao fazerem algo

⁹⁴ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 109.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 109.

errado, a busca pelo prazer (hedonistas) sem medir esforços ou consequências, a superficialidade de sentimentos e ausência de apegos emocionais a outros.⁹⁶

Outros sintomas cognitivos são a perceptível inteligência desses indivíduos, bem como as habilidades verbais e sociais que parecem serem capazes de se livrar de punições com sua conversa e poder de convencimento. E por fim, tem como sintoma motor, a impulsividade, e busca de sensações, sem pensar no perigo e consequências dessas buscas.⁹⁷

Por fim, os critérios para o diagnóstico adotados pelo DSM-IV são: a pessoa tem pelo menos 18 anos de idade; o indivíduo sofreu um transtorno de conduta antes dos 15 anos de idade (como o desrespeito ao direitos de outros – praticando intimidação, roubo, briga, etc); a pessoa demonstrou um padrão invasivo de desrespeito aos direitos dos outros desde os 15 anos (com: irritabilidade e agressividade, irresponsabilidade, ausência de culpa, desrespeito negligente pela segurança de si ou dos outros, etc.); os sintomas não ocorrem durante a esquizofrenia ou um episódio maníaco.⁹⁸

2.2.5. Esquizofrenia

Luciana Musse disserta que esse transtorno mental se manifesta, em regra, no final da adolescência ou início da fase adulta, cujo qual apresenta uma deterioração do funcionamento pessoal, social e profissional em razão de percepções estranhas, processos perturbados de pensamento, emoções incomuns e anormalidade motoras.⁹⁹

Já o autor Holmes afirma que os principais sintomas são as alucinações, os delírios, bem como os processos de pensamento perturbados e inundações cognitivas. As alucinações são percepções que o indivíduo tem sem fundamentação na realidade, ou seja, consiste em ouvir, sentir, cheirar ou ver coisas que não estão realmente acontecendo, tratando-se de uma construção da consciência do indivíduo

⁹⁶ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 309.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 309.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 310.

⁹⁹ MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito**: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. p. 55.

A alucinações mais comuns são as auditivas, em que o indivíduo escuta vozes que criticam seu comportamento ou lhes dão ordens. É importante ressaltar ainda que, para os indivíduos que passam por isso, não há diferença entre as alucinações e as percepções reais, para ele, tudo é real.¹⁰⁰

Os delírios são caracterizados por convicções errôneas que são mantidas a despeito de fortes evidências em contrário, sendo a maioria dos delírios bizarros e absurdos, enquanto outros são possíveis, mas improváveis.¹⁰¹ Nesse sentido, Holmes explica através dos seguinte:

Por exemplo, a crença de que há uma máquina no Capitólio que emite ondas que fazem pensar constantemente em sexo é um delírio bizarro, enquanto a crença de que agentes no FBI estão escondidos atrás de árvores no seu quintal para espiar seu comportamento sexual é um delírio não bizarro. Quando mais bizarro o delírio, mais provável que o indivíduo esteja sofrendo de esquizofrenia.¹⁰²

Por fim, pode-se constatar que os delírios mais comuns são os delírios de perseguição, em que o indivíduo acredita estar sendo perseguido, espionado e que querem o prejudicar. O delírio de referência se define por objetos, eventos ou pessoas que estão apresentando alguma mensagem ou significado particular para a pessoa. E por fim, tem-se o delírio de identidade, em que o indivíduo acredita ser outra pessoa, em geral, uma pessoa famosa (ex-presidente, ator famoso, Jesus, etc.).

O processo de pensamento perturbado significa o desvio dos pensamentos do indivíduo para pensamentos e ideias irrelevantes, ou seja, há um “afrouxamento” das ligações associativas entre os pensamentos.¹⁰³ Em síntese, assim explica o autor David Holmes:

As frases usadas por pessoas com esquizofrenia de modo geral são gramaticalmente corretas, mas os pensamentos expressados são desarticulados e não fazem sentido quando reunidos. Devido à aparente natureza aleatória dos seus pensamentos, as elocuições das pessoas com esquizofrenia foram descritas como **fugas de ideias** ou **saladas de palavras**. Cada ingrediente ou frase é

¹⁰⁰ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 237.

¹⁰¹ Ibidem, p. 237.

¹⁰² Ibidem, p. 237.

¹⁰³ Ibidem, p. 238.

separadamente identificável, mas foram misturados ou agitados de modo que não há ordem neles.¹⁰⁴

Por fim, a inundação cognitiva também chamada de sobrecarga de estímulos, consiste na ampliação da atenção, onde os indivíduos não possuem um filtro para impedir estímulos de percepções, pensamentos e sentimentos.¹⁰⁵

Destarte, os critérios necessários para o diagnóstico correto da esquizofrenia são: pelo menos um dos sintomas presentes durante pelo menos um mês (alucinações, delírios, discurso desorganizado, comportamento altamente desorganizado, sintomas negativos), o funcionamento em áreas como trabalho, relações sociais e auto cuidado encontram-se marcadamente abaixo de níveis anteriores, os sintomas persistem por pelo menos seis meses, os sintomas não são decorrentes de um transtorno de humor maior (depressão, por exemplo), além dos sintomas não serem decorrentes de abuso de substância, medicamentos ou de uma condição médica geral.¹⁰⁶

2.3. Todos os transtornos mentais levam à incapacidade?

De acordo com o que foi abordado e estudado durante todo este capítulo, a resposta para tal questionamento é um seguro NÃO. Pôde-se compreender após todos os estudos aqui explicitados que muitos dos transtornos mentais não são suficientes para tirar a capacidade de exercício da vida plena e autônoma desse grupo de pessoas.

O que se pode afirmar é que cada caso deve ser analisado de maneira individualizada e pormenorizada por uma equipe técnica qualificada, para se saber ao certo quais pessoas necessitam de acompanhamento e supervisão por tempo integral, e quais pessoas podem exercer sua vida e tomar suas decisões de maneira autônoma, sendo necessário a supervisão e orientação apenas em momentos específicos.

¹⁰⁴ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. p. 238.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 241.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 241.

Sob este aspecto, o novo instituto trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e inserido no Código Civil, a Tomada de Decisão Apoiada (tema já abordado no tópico 1.2) foi de grande avanço e pertinência, uma vez que é menos invasivo à vida das pessoas com deficiências mentais, proporcionando-lhes maior autonomia.

Sobre este questionamento, O autor Guido Palomba, em sua obra “Perícia na psiquiatria forense”, afirma que muitos transtornos mentais levam à interdição total, como são os casos das doenças mentais graves (psicoses, as toxicomanias e os alcoolismos de moderados a graves, as doenças senis avançadas, as demências, os traumatismos cranianos e os acidentes vasculares cerebrais graves e os desenvolvimentos mentais retardados, de moderados a graves).¹⁰⁷

Noutro vértice, as doenças mentais ou transtornos mentais que levam à interdição parcial, são aquelas de nível leve ou moderado, como psicopatia, neuroses acentuadas, retardos mentais leves ou moderados, dentre outros.¹⁰⁸

E por fim, Palomba afirma que sim, é possível uma pessoa ser portadora de transtorno mental e capaz para todos os atos da vida civil, com a seguinte ressalva: “Porém, quando o perito estiver diante de um caso dessa natureza, que é exceção, deverá justificar os motivos de o periciando ser portador da perturbação mental e ao mesmo tempo capaz civilmente.”¹⁰⁹

Assim, independentemente de ser possível o exercício pleno de todos os atos da vida civil ou se será necessário a supervisão e declaração de incapacidade civil do indivíduo, todos os casos devem ser analisados por peritos e equipe competente para tais diagnósticos. O que se pode constatar, ao fim e ao cabo, é que muitos transtornos mentais não ensejam a diminuição da consciência e autonomia de praticar os atos da vida civil desse grupo.

¹⁰⁷ PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 68.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 68.

3. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável está previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, no Título VI do Código, que foi nomeado pela Lei 12.015/2009 de: “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”. Note-se que o legislador buscou, com a nova nomenclatura, reforçar o Princípio Constitucional previsto no art. 1º, inc. III, da CF/88, qual seja, a dignidade da pessoa humana

Tal princípio possui lugar de destaque não só no ordenamento jurídico brasileiro, como também no contexto internacional, conforme elenca Renato Marcão e Plínio Gentil:

(...) É mencionada na Carta da Nações Unidas, de 1945, e, logo mais, na Declaração Universal dos Direitos do homem, de 1948, na qual se vê associada à razão e à consciência. Outros documentos de direito internacional, notadamente aqueles voltados à tutela dos chamados direitos humanos, fazem solene menção à dignidade do homem, situando-a como fundamento e objetivo de suas normas. Diz o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e reconhecimento de sua dignidade”. Assim, procurando tutelar a dignidade do ser humano, igualmente fazem referência à dignidade as Constituições da República Federal Alemã (1949). A de Portugal e da Espanha, para ficar com uns poucos exemplos.¹¹⁰

Assim, o nome dado ao Título VI do CP busca um maior amparo no Princípio Constitucional, assegurando à todos o direito ao respeito e à dignidade, não apenas no crime de estupro de vulnerável, mas em todos os crimes previstos no Título, que vão desde o art. 213, que prevê o crime de estupro, ao art. 234-B, que traz as disposições finais do título. Conforme afirma Fernando Capez, o novo título busca como proteção jurídica: “a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.”¹¹¹

Nesta mesma linha, Rogério Greco afirma que, o Título VI do Código assegura como bens juridicamente tutelados pelo art. 217-A a liberdade e a dignidade sexual, além do desenvolvimento sexual saudável, uma vez que o artigo

¹¹⁰ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

¹¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3. v. p. 17.

foi criado com o objetivo de proteger aqueles que entende-se por vulneráveis para consentir com a prática do ato sexual.¹¹² Dessa forma, Greco salienta:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.¹¹³

Ainda sobre esse aspecto, Cezar Roberto Bitencourt elucida que, no estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado imediato é a dignidade sexual do menor de 14 anos, do deficiente mental ou aquele que não possa oferecer resistência, ao passo que, nos outros crimes previsto no Título VI do Código Penal, a dignidade sexual é o bem jurídico mediato, tendo cada um deles seu bem jurídico tutelado imediato de acordo com suas características e elementos necessários para a tipificação.¹¹⁴

A previsão do estupro de vulnerável é voltado para aqueles que praticam conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra menores de 14 anos, deficientes mentais ou enfermos que não possuam discernimento para consentir com o ato e ainda, alguém que por algum motivo não possam oferecer resistência, ou seja, o tipo penal visa tutelar a dignidade sexual de pessoas vulneráveis. Veja-se:

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.¹¹⁵

De acordo com Marcão e Gentil “...estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se

¹¹² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial – artigos 213 a 361 do Código Penal. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. 3. v. p. 90.

¹¹³ Ibidem, p. 90-91.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. p. 98.

¹¹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 ago. 2017.

dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito.”¹¹⁶

Destarte, depreende-se da redação dada ao art. 217-A, que o legislador buscou um tratamento diferenciado para as vítimas desse crime, dando-lhes mais proteção, por considerá-las absolutamente vulneráveis quando comparadas com as vítimas do art. 213 do CP, sendo inclusive a pena aplicada aos autores daquele crime mais severa. Dessa forma, o que se conclui é que existem diferentes graus e intensidade de vulnerabilidade, devendo haver uma análise individualizada de cada caso,¹¹⁷ assim explica Bitencourt:

Certamente, quando o legislador previu o *estupro de vulnerável*, sem tipificar o “constrangimento carnal”, mas tão somente a prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém *absolutamente vulnerável*, ou seja, portador de vulnerabilidade máxima, extrema, superlativa. A suavidade da conduta tipificada – ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – contrastante com a pena cominada – oito a quinze anos de reclusão – indiscutivelmente destina-se à “violência sexual” contra vítima altamente vulnerável. E é natural que assim seja! Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade, ainda que se revele intolerável e, por isso mesmo, também grave e merecedora da proteção penal. É possível, em outros termos, que tenhamos, *in concreto*, uma vulnerabilidade relativa, mesmo em sujeitos com idade ou deficiências previstas nesse dispositivo legal, ou seja, que por circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares não é de todo vulnerável, isto é, não pode ser considerado absolutamente vulnerável.¹¹⁸

O crime de estupro de vulnerável possui como elementos do tipo “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso” com pessoa vulnerável. Diferente do estupro (Art. 213 do CP), em que, para que se tenha uma conduta típica, é necessário que haja o constrangimento mediante violência ou grave ameaça contra a vítima, já na conduta do Art. 217-A, o elemento do constrangimento é afastado pela vulnerabilidade da vítima.¹¹⁹

Essa diferença encerra a polêmica discussão acerca da presunção de violência, uma vez que a ausência de previsão do elemento “constranger” no art.

¹¹⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. p. 104.

¹¹⁸ Ibidem, p. 104-105.

¹¹⁹ MARCÃO, op. cit., p. 192.

217-A, afasta a necessidade de concordância ou não do vulnerável sobre o ato, assim, havendo a conjunção carnal ou praticando qualquer ato libidinoso, haverá a prática do estupro de vulnerável.¹²⁰

Noutra perspectiva, é de sabença que os sujeitos passivos previstos no crime de estupro de vulnerável, quais sejam: menor de quatorze anos, deficientes mentais ou enfermos que não possuam discernimento para consentir com o ato e ainda, alguém que por algum motivo não possa oferecer resistência, são pessoas que podem ser persuadidas com maior facilidade, mas não significa dizer que basta haver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com uma pessoa vulnerável que haverá a tipificação do crime de estupro, não se deve levar à literalidade do artigo, sobretudo nos casos em que a vítima for uma pessoa deficiente ou enfermo mental. Deve-se fazer uma avaliação da pessoa considerada como vítima, se realmente aquele indivíduo não possuía capacidade para consentir com o ato, analisar caso a caso, para que também não haja uma penalização injusta, conforme é o posicionamento do autor Bitencourt, supracitado.¹²¹

3.1. Dos sujeitos da infração

Ao considerarmos como elementos do tipo a conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso, pode-se afirmar que no polo ativo, ou seja, na condição de praticante do crime, o sujeito poderá ser tanto homem como mulher, uma vez que os atos libidinosos compreendem outras formas de realização sexual, que não a conjunção carnal.¹²²

Dessa forma, no caso do estupro de vulnerável, pode-se ter qualquer pessoa como sujeito ativo do crime, indistintamente, conforme explica Bitencourt:

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de *estupro de vulnerável*, indistintamente, homem ou mulher, contra, inclusive, pessoa do mesmo sexo. Como destacamos, coautoria e *participação* em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive contra vítimas do mesmo sexo dos autores ou partícipes.

¹²⁰ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. p. 105.

¹²² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3. v. p. 62.

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou *condição especial de vulnerabilidade* exigida pelo tipo penal, seja pela *menoridade* de quatorze anos, seja em razão de tratar-se de 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.¹²³

De outro vértice, no polo passivo, ou seja, a vítima do crime, deverá obrigatoriamente ser uma pessoa considerada vulnerável.¹²⁴ Assim, conforme já explanado anteriormente, para fins deste dispositivo, serão considerados vulneráveis os menores de 14 anos, os deficientes mentais ou enfermos que não possuam discernimento para a prática do ato e ainda, alguém que por algum motivo não possa oferecer resistência.

Inicialmente, tem-se os menores de 14 anos que, segundo entendimento do legislador, não possuem maturidade para consentir com a prática de atos sexuais, tratando-se, segundo entendimento dos Tribunais Superiores, de presunção de violência absoluta (*Juris et de jure*). Entretanto, há uma pequena parcela da Doutrina e da Jurisprudência que relativiza tal entendimento. É o caso do autor Guilherme Nucci que, utilizando a argumentação de que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera como adolescentes aqueles maiores de 12 anos de idade, dever-se-ia então a partir desta idade, ser concedida a capacidade para os atos da vida sexual.¹²⁵ Todavia, apesar dessa pequena divergência, a maioria ainda entende pela não relativização do consentimento e da presunção de violência.

Em seguida, entende-se por vulnerável aquele que por qualquer motivo não possa oferecer resistência. O maior exemplo dado pela doutrina para este caso é o estado de embriaguez, desde que não esteja em condições de consentir ou resistir diante do ato. Levando ainda em consideração que, esta condição será analisada no momento do crime, não sendo relevante se a vulnerabilidade deixou de existir posteriormente.¹²⁶

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. p. 99.

¹²⁴ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao título VI do Código Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 850.

¹²⁶ MARCÃO, op. cit., p. 199.

Por fim, há ainda como sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável, os deficientes mentais ou enfermos que não possuam o necessário discernimento para a prática do ato. Tal proteção é dada por se tratar de pessoas que são, em geral, frágeis e de fácil persuasão, a depender do nível de deficiência de cada pessoa, devendo o Estado, portanto, zelar por elas. Conforme questiona e explica os autores Marcão e Gentil:

O deficiente mental que tenha vida marital, ou um relacionamento sexual decorrente de uma união séria e duradoura, está sendo vítima de estupro de vulnerável, um crime hediondo? Deve ser considerado que existem níveis de deficiência e que, a partir de certo estágio de compreensão, o indivíduo tem uma capacidade de discernir que lhe permite a prática de atos sexuais, sem que isso represente qualquer violência contra si. Como a configuração do crime exige ausência do necessário discernimento, não haverá o delito se o deficiente, ou mentalmente enfermo, possuir tal capacidade.¹²⁷

Assim, pode-se compreender que, para ser considerado uma conduta típica, é necessário que a vítima não possua discernimento para a prática de atos sexuais, devendo ser feito exame pericial para a constatação da vulnerabilidade. É o que explica Capez:

Deve-se provar, no caso concreto, que, em virtude de tais condições, ela não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Cumpre, portanto, que sejam comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar atestada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico. Vejam que pela própria redação do tipo penal, não há como não se exigir uma análise concreta acerca da caracterização ou não da situação de vulnerabilidade da vítima.¹²⁸

Desse modo, pode-se dizer que há possibilidade da prática de relação sexual, desde que o enfermo ou doente mental possua, comprovadamente, discernimento para consentir com o ato. Igualmente, Bitencourt explica com propriedade, as pessoas com deficiências mentais também possuem desejos, sentimentos, necessidades (sexuais ou não) como qualquer outra pessoa, não devendo ser considerado o artigo 217-A do Código Penal um óbice ou um castigo na vida dessas

¹²⁷ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 199.

¹²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3. v. p. 67.

peças, mas tão somente um proteção para casos em que haja abuso, ou evidente falta de discernimento para a prática de atos sexuais.¹²⁹ Assim explica:

Para se reconhecer a *vulnerabilidade* do enfermo ou deficiente mental, é insuficiente a comprovação da existência dessa *anomalia psíquica*, sendo indispensável comprovar a *consequência psicológica* dela decorrente, isto é, a *incapacidade de discernir a prática do ato libidinoso*, sem a qual a vulnerabilidade não se configura.

(...)

Estamos sustentando, portanto, que, para a configuração da *incapacidade penal*, é insuficiente eventual enfermidade ou deficiência mental – que é o *aspecto biológico* – mas é indispensável a decorrência psicológica dessa *anomalia mental*, qual seja, a *incapacidade de entendimento e de autodeterminação*. Significa, a *contrario sensu*, que o indivíduo pode ser portador de determinada *anomalia mental*, mas a sua *consequência psicológica* (capacidade de entendimento e de autodeterminação) não se fazer presente; e, sem ela, não há que se falar em *incapacidade penal*. Para a comprovação dessa circunstância, no entanto, será necessário exame pericial especializado. *Mutatis Mutandis*, o mesmo pode ocorrer nas hipóteses dos *crimes sexuais*, ou seja, o sujeito passivo pode ser portador de *enfermidade ou deficiência mental* prevista neste art. 217-A, § 1º, e, no entanto, não apresentar a segunda característica exigida pelo tipo penal, qual seja, “*não ter o necessário discernimento para a prática do ato*”; em outros termos, a despeito de ser portador de “enfermidade ou deficiência mental”, o indivíduo pode ter, mesmo assim, capacidade para *discernir a prática de ato sexual*. Dito de outra forma, o indivíduo apresenta somente a causa – ser portador de enfermidade ou deficiência mental – mas não traz consigo a consequência, qual seja – a “*incapacidade de discernir a prática do ato*”.¹³⁰

A partir das explicações trazidas sobre o estupro de vulnerável, compreende-se que é necessário a ausência do discernimento da vítima para consentir com o ato, para que haja a tipificação do crime. Entretanto, nem sempre haverá uma avaliação prévia do nível de deficiência mental da pessoa, para se ter a certeza de que ela pode ou não consentir com o ato. Uma vez que, muitas dessas pessoas são inocentes e frágeis, podendo ser facilmente persuadidas a acreditarem que querem praticar aquele ato.

Por isso, faz-se necessária a existência de alguns cuidados especiais para com essas pessoas, como o acompanhamento multiprofissional, com psicólogos, psiquiatras, terapeutas, assistente sociais e médicos, bem como a supervisão e orientação dos familiares, que são quem mais convivem e conhecem tais pessoas,

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. p. 106.

¹³⁰ Ibidem, p. 111-112.

podendo assim, proporcionar-lhes mais amparo, cuidado e a possibilidade de levar uma vida comum. Dessa forma, não se pode aceitar que a legislação penalize também a própria vítima, impedindo-a de exercer seus direitos de liberdade (inclusive sexual), vida digna e igualdade, uma vez que são pessoas que possuem sentimentos, desejos e necessidades como qualquer outro ser humano.¹³¹

3.2. Percepção da sexualidade por jovens com deficiências mentais

Em análise à pesquisa feita pela autora Aida Souza Morales, orientada por Cecília Guarnieri Batista, sobre a “Compreensão da sexualidade por jovens com diagnóstico de deficiência intelectual”, objeto de seu trabalho de Mestrado, pela Universidade Estadual de Campinas (FCM-Unicamp), o que se pôde constatar é que os jovens com deficiências mentais possuem grande interesse sobre o tema da sexualidade, mas que, as pessoas ao seu redor (pais, familiares e professores das instituições de ensino) não sabem como lidar com tal assunto e muitas vezes optam por ignorar a necessidade de orientá-los nesse sentido.¹³²

Esse tipo de comportamento por parte das pessoas que convivem com jovens que possuem deficiências mentais não é exclusivo no Brasil, o que se pôde averiguar é que tal conduta é comum em todo o mundo, como menciona Morales em seu trabalho, países como Áustria e Estados Unidos também enfrentam esse tipo de preconceito. Muitas vezes, o motivo para não abordarem o tema da sexualidade com as pessoas com deficiências mentais não é o preconceito (mesmo sendo este um motivo muito presente na vida dessas pessoas), mas o fato de os considerarem eternas crianças, que nunca vão sentir desejos ou necessidades sexuais (o que é uma ilusão), ou por simples proteção.¹³³ Assim, Morales disserta:

No Brasil, um trabalho de orientação sexual foi relatado por Araújo (2002), envolvendo um grupo de adolescentes e jovens com diagnóstico de deficiência intelectual, em uma instituição de educação especial na cidade de Uberlândia-MG. A autora concluiu que os alunos apresentavam interesse, mas pouca informação sobre sexualidade, a maior parte conseguida com amigos e por meio da

¹³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. p. 107.

¹³² MORALES, Aida Souza; BATISTA, Cecília Guarnieri. Compreensão da sexualidade por jovens com diagnóstico de deficiência intelectual. **Psicologia: teoria e pesquisa**. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas, v. 26, n. 2, p. 235-244, abr./jun., 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v26n2/a05v26n2.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

¹³³ Ibidem.

televisão, o que denotava o pouco acesso dessa população à informação correta. Outro dado relevante indicou que os alunos sabiam da necessidade de se usar camisinha, mas não sabiam como usá-la e também não compreendiam o porquê dessa necessidade.

Denari (1997), ao procurar compreender como o adolescente minimamente alfabetizado e com deficiência intelectual percebe sua sexualidade, e como se configura essa manifestação para a sua família e para a instituição que ele frequenta, realizou uma pesquisa em uma escola de educação especial localizada no interior do Estado de São Paulo. Para a coleta de dados, foram realizados encontros informais com os adolescentes para a discussão de temas relativos à sexualidade escolhidos por eles, pelo período de um ano. Foram, também, realizadas reuniões semanais com os pais e conversas com profissionais, nos intervalos das aulas. A autora constatou e criticou as tentativas da instituição de suprimir a sexualidade, buscando sublimá-la por meio de práticas esportivas e artísticas, ou reprimi-la pela vigilância constante aos alunos. Mostrou que os adolescentes demonstravam interesse em relação aos temas de sexualidade e que muitos apresentavam expectativas de namoro, casamento e filhos. Constatou, também, o pouco conhecimento sobre comportamentos sexuais, concepção, contracepção e DST entre os adolescentes, e a presença de atitudes preconceituosas em relação à homossexualidade.

Em relação à percepção dos pais a respeito das manifestações da sexualidade de seus filhos, Denari (1997) chegou à conclusão semelhante à dos estudos anteriormente relatados, a saber, negação da sexualidade dos filhos adolescentes, tratando-os como crianças. Quanto aos profissionais da instituição, a autora identificou certo desconforto na aceitação da sexualidade desses adolescentes e, como decorrência, uma vigilância acirrada para coibir possíveis manifestações de namoro.

Esses estudos ajudam a caracterizar as concepções relativas à sexualidade do jovem com deficiência intelectual, e apontam para a importância dos programas de orientação sexual para essa população, como reconhecimento de seus direitos de cidadãos.¹³⁴

Enfim, o que se pode concluir com o trabalho elaborado pela autora Morales, é que os jovens com deficiências mentais possuem níveis diversificados de percepção sobre a sexualidade, alguns mais, outros menos, mas que ao participarem das aulas de orientação sexual obtiveram um esclarecimento à cerca do tema de maneira madura, sanando suas dúvidas e curiosidades com seriedade.¹³⁵

Assim, o que se evidencia é que o diálogo e a orientação aos jovens que possuem deficiências mentais à cerca do tema da sexualidade não os farão frágeis

¹³⁴ MORALES, Aida Souza; BATISTA, Cecília Guarnieri. Compreensão da sexualidade por jovens com diagnóstico de deficiência intelectual. **Psicologia: teoria e pesquisa**. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas, v. 26, n. 2, p. 235-244, abr./jun., 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v26n2/a05v26n2.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

¹³⁵ Ibidem.

ou mais tendenciosos à terem relações sexuais, mas darão à eles a noção exata do que se trata, de como devem agir e até mesmo para que tenham um maior autoconhecimento para afirmar o que querem e quando querem com autonomia, proporcionando-lhes mais segurança sobre si e sobre sua sexualidade. Portanto, quanto mais se buscar pelo esclarecimento e acompanhamento dos jovens com deficiências mentais, mais chances eles terão de levarem uma vida digna com autonomia, liberdade (sexual ou não) e igualdade, não devendo os pais e orientadores institucionais privarem essas pessoas de conhecerem e entenderem a sexualidade.

3.3. Análise jurisprudencial

Para concluir o presente trabalho, faz-se necessário entender qual o posicionamento do Poder Judiciário em relação a esse tipo de crime praticado contra deficientes mentais. Nas pesquisas feitas nos sites dos tribunais estaduais e superiores, não foi encontrado nenhum acórdão em que já estivesse em vigência o Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas pode-se analisar por analogia dois julgados, um do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (grifo nosso), respectivamente, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM CAUSA DE AUMENTO DE PENA - RÉU IRMÃO DA VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL - ART. 217-a, §1º C/C ART. 226, II, AMBOS DO CP - preliminar de ausência de materialidade não conhecida. mérito - Princípio do in dubio pro reo - inaplicabilidade - provas suficientes da autoria e da materialidade para um édito condenatório - PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA E UNIFORME - AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS - LAUDO PERICIAL DESNECESSÁRIO - CONTATO LIBIDINOSO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - versão do RÉU ISOLADA E EM DESARMONIA COM CONJUNTO PROBATÓRIO - Condenação mantida.

1- A preliminar de ausência de materialidade se confunde com o próprio mérito da causa, bem como demanda prova, razão pela qual deverá ser analisada em momento oportuno.

2- No processo penal, no que diz respeito a apreciação de provas, prevalece o princípio do livre convencimento motivado do juiz, que por sua vez é mitigado pelo in dubio pro reo.

3- Todavia, quando a versão apresentada pelo acusado é insubsistente e isolada no conjunto probatório, deve prevalecer a prova testemunhal presencial que se mostrou robusta e convincente para a condenação.

4- Nos crimes de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A - conjunção carnal ou outro ato libidinoso), é suficiente a prova testemunhal idônea e harmônica e a palavra da vítima para a condenação do réu, sendo despicienda a prova pericial, mormente quando não há violência real ou vestígios.

5- O simples fato da perícia não ter identificado vestígios de conjunção carnal recente não exclui a materialidade e autoria do crime, mormente diante da farta prova testemunhal e presencial dos fatos, na medida em que o contato libidinoso não envolveu ofensa física, tendo sido praticado mediante violência presumida, com abuso da deficiência mental da vítima.

6- Ademais, o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (CPP, art. 182).

7- Não há como acolher a versão dos fatos apresentada pelo réu quando completamente frágil e duvidosa, não se apoiando em qualquer elemento concreto de prova coligido no feito, mormente em razão do disposto no art. 156, caput do CPP (a prova da alegação incumbirá a quem a fizer).

8- Recurso desprovido. Condenação mantida.

(TJES, Classe: Apelação, 38110023975, Relator: MANOEL ALVES RABELO, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 01/08/2012, Data da Publicação no Diário: 09/08/2012)¹³⁶

Neste caso, julgado no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, tem-se como vítima pessoa menor de 14 e deficiente mental, dessa forma, ainda que não fosse comprovada a incapacidade de discernir com o ato sexual, o réu seria condenado pelo crime de estupro de vulnerável. Entretanto, nos casos de vítima maior de 18 anos (já que pessoas entre 14 e 18 anos são consideradas relativamente vulneráveis) o que deve ser observado é a capacidade da pessoa com deficiência mental em consentir com o ato, é submeter a vítima à avaliação multiprofissional para que se saiba se houve consentimento para a prática do ato, e se havia o necessário discernimento para a concordância da prática sexual, já que tal condição é fundamental para a tipificação do crime.

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO

¹³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação n. 038.11.002397-5**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Manoel Alves Rabelo. Espírito Santo. Julgado em 01 de agosto de 2012. Publicado no DJe em 09 de agosto de 2012. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CRIME NORMAIS PARA O TIPO. ARTIGO 61, II, "F", DO CP E ARTIGO 226, II, DO CÓDIGO PENAL. BIS IN IDEM. LESÕES CORPORAIS NO ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM REPARAÇÃO DE DANOS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. Provas suficientes para a condenação do réu pelo crime tipificado no § 1º, do art. 217-A, c/c art. 226, II, do Código Penal, mormente quando a materialidade e a autoria foram comprovadas pelas declarações harmônicas e coerentes das testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório, a confirmar os relatos da vítima, deficiente mental, sobre os abusos sexuais praticados pelo seu padrasto.

2. O dolo da ação que caracteriza a contravenção penal prevista no artigo 65 da LCP está diretamente direcionado à vontade de perturbar a tranqüilidade de alguém. Na hipótese, restou evidente a intenção do réu em satisfazer sua própria lascívia, motivo pelo qual incabível a desclassificação pretendida.

3. O rompimento da estrutura familiar é normal para o tipo se o delito sexual foi cometido contra a vítima por pessoa inserida na família.

4. Quando a relação doméstica com a vítima já está abrangida pela causa de aumento específica prevista no art. 226, inc. II, do Código Penal, configura "bis in idem" a aplicação da agravante prevista no artigo 61, inc. II, alínea "f", do Código Penal (prevalecendo-se de relações domésticas).

5. Exame indireto caracterizado por fotografias tiradas pela testemunha, a qual constatou as lesões na vítima em razão de agressões perpetradas por sua genitora, que não logrou êxito em comprovar ter agido em legítima defesa logo após injusta provocação daquela.

6. A ausência de pedido da vítima ou do Ministério Público para o pagamento de indenização inviabiliza a condenação em reparação de danos, por configurar indevida violação aos princípios da correlação, do contraditório e da ampla defesa.

7. Recursos conhecidos e parcialmente providos.

(Acórdão n. 900398, 20140610093079/PR, Relator: HUMBERTO ULHÔA, Revisor: NILSONI DE FREITAS, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 15/10/2015, Publicado no DJE: 21/10/2015. Pág.: 142)¹³⁷ **(grifo nosso)**

Neste segundo caso, depreende-se que o Poder Judiciário, representando o Estado, atua de maneira acertadamente protetiva, buscando a penalização dos réus ante a falta de provas periciais, sendo suficiente as provas testemunhais, bem como a confirmação da vítima pelo fato ocorrido. As provas periciais nem sempre são realizadas a tempo de comprovarem a autoria do crime ou a ocorrência do fato

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação n. 20140610093079**. Terceira Turma Criminal. Relator: Humberto Ulhôa. Paraná. Julgado em 15 de outubro de 2015. Publicado no DJe em 21 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

criminoso, visto que muitas vezes essas vítimas são abusadas durante meses, anos e nunca é descoberto, por isso se admite provas testemunhais e a alegação da vítima.

Em síntese, no âmbito do Poder Judiciário, não existe uma grande diversidade de julgados sobre este tema, que envolva estupro de deficientes mentais, o que torna ainda mais difícil a análise jurisprudencial. A escolha dos julgados trazidos à baila, foi com a finalidade de demonstrar a atuação protetiva do Estado sobre as pessoas com deficiências mentais, uma vez que em ambos os casos, a simples afirmação da vítima e declarações de testemunhas foram suficientes para a condenação do réu.

Certo é, as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ainda não geraram muitos reflexos na esfera judicial, sobretudo na área Penal, por isso a dificuldade de encontrar julgados que já estivessem em consonância com o Estatuto, trata-se de uma novidade, que deve ser observada, sempre em busca da proteção desse grupo de pessoas, mas sem que as mesmas sejam privadas de seus direitos.

Destarte, a partir das explicações trazidas sobre o estupro de vulnerável, as percepções e compreensões que as pessoas com deficiências mentais possuem sobre a sexualidade e todas as demais abordagens feitas nesse trabalho, compreende-se que é possível as pessoas com deficiências mentais manterem uma vida sexual ativa, desde que possuam discernimento para consentir com o ato, pois, como foi demonstrado no segundo capítulo, existem vários níveis de deficiências mentais, entre leve, moderado e severo, o que não limita a vida dessas pessoas por completo, sendo perfeitamente possível elas levarem uma vida comum, ter uma vida sexual ativa, sempre com o acompanhamento e apoio da família e dos profissionais.

Assim, após todos os estudos feitos para a realização do presente trabalho, o que se conclui é que, ainda que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha tirado a condição de civilmente incapaz das pessoas com deficiência mental, no âmbito penal, a condição de capacidade ou incapacidade para a prática de relações sexuais, sempre será submetida à avaliação pericial multiprofissional, não se confundindo, portanto, as esferas civis e penais, no que tange à capacidade de consentimento.

CONCLUSÃO

Por muitos anos as pessoas com deficiências foram ignoradas, não apenas no âmbito jurídico, mas no mundo real também. Analisando a evolução dos direitos das pessoas com deficiência, atualmente elas possuem seu espaço na sociedade, no mundo jurídico. O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015 foi um grande avanço para esse grupo de pessoas, mas, não se pode ignorar a desigualdade que ainda os atingem e a discriminação que infelizmente ainda é grande. Devendo-se buscar sempre por medidas de inclusão, que os deem oportunidade de desenvolvimento e a possibilidade de viver a vida como qualquer outra pessoa, sem deixar de protegê-las nas suas limitações.

A evolução dos seus direitos foi lenta e gradativa, até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que revogou os artigos do Código Civil que considerava esse grupo de pessoas totalmente incapazes, trouxe o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, que faz da Curatela e da Interdição institutos bem menos utilizados, dando-lhes mais autonomia, estando amparados pelos princípios constitucionais de liberdade (sexual ou não), igualdade e dignidade da pessoa humana.

Assim, deve-se ter em mente que, ainda que se trate de pessoas com deficiências mentais, uma doença mental por si só não possui respaldo suficiente para o cerceamento do direito de uma vida civil plena, uma vez que existem diferentes níveis de deficiências mentais, fazendo-se necessário uma análise clínica e pormenorizada de cada caso individualizado, e a partir da conclusão dessas análises, buscar pelas medidas cabíveis para auxiliar essas pessoas, tendo sempre como regra a liberdade e autonomia.

Em segundo plano, ao analisar com mais profundidade os tipos de deficiências mentais, constatou-se, mais uma vez, que esse grupo de pessoas não pode ser tratado de maneira genérica, tampouco privar os seus direitos de liberdade e igualdade como forma de proteção. Assim, de acordo com o que foi abordado e estudado no 2º capítulo, pôde-se concluir que muitos dos transtornos mentais não são suficientes para tirar a capacidade de exercício da vida plena e autônoma desse grupo.

Assim como o próprio EPCD garante, em seu art. 2º, § 1º, para que se considere uma pessoa deficiente, a mesma deverá passar por uma avaliação multiprofissional, feita pelo método “biopsicossocial”, que engloba não apenas a avaliação das limitações físicas, mentais, sensoriais e intelectuais, mas também os fatores externos à pessoa com deficiência. Portanto, cada caso deve ser analisado individualmente para se saber ao certo quais pessoas necessitam de acompanhamento e supervisão por tempo integral, e quais pessoas podem exercer sua vida e tomar suas decisões de maneira autônoma, sendo necessário a supervisão e orientação apenas em momentos específicos.

Por fim, ao analisar os elementos do tipo, necessários para a tipificação do estupro de vulnerável, constatou-se que é imprescindível que a pessoa com deficiência não possua capacidade de discernimento para consentir com a prática do ato sexual (chamado por Bitencourt de capacidade penal). Por isso, é de extrema importância que as pessoas com deficiências mentais possuam acompanhamento profissional e familiar, que estes participem da vida daqueles, para que estejam sempre esclarecidos acerca do tema da sexualidade, dos seus direitos de liberdade, autonomia, igualdade e vida digna.

Ultimando, apesar do aparente confronto de normas, onde o Estatuto da Pessoa com Deficiência garante à esse grupo plenas liberdades, inclusive sexuais e reprodutivas, e o Código Penal tipifica como estupro de vulnerável “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso” com pessoa que possua deficiência mental, para sua caracterização faz-se necessária a comprovação da ausência de discernimento para consentir com o ato. Não se misturando as capacidades civis e penais, uma vez que as liberdades e garantias que o EPCD trouxe às pessoas com deficiências não significa que estas deixarão de ser tuteladas e resguardadas pelo Estado, por isso, a previsão penal exige a capacidade de discernimento para consentir com a prática sexual, reconhecendo implicitamente, a liberdade de escolha das pessoas com deficiência.

O que se vê é, de um lado, o EPCD buscando assegurar às pessoas com deficiências (não só mentais) uma vida normal, sem limitações ou restrições simplesmente por suas condições de deficiências, amparando-os pelos princípios constitucionais, ao passo que, de outro lado, têm-se o Código Penal (através do

Legislativo e Judiciário) buscando por medidas protetivas para essas pessoas, por serem consideradas “frágeis”, vulneráveis. Por isso, o que se propõe são análises e acompanhamento de multiprofissionais e familiares, com propósito de orientá-los, auxiliá-los e esclarecê-los sobre a sexualidade, e seus direitos como cidadão.

Dessa forma, conclui-se que o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, apesar de ter gerado esse aparente conflito de norma, trouxe incontáveis benefícios para as pessoas com deficiências e não interferirá na tipificação do crime de estupro de vulnerável.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**. RT, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015. p. 3.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 4. v. 674 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 04 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 3.956**, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília, 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, 2009.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação n. 20140610093079**. Terceira Turma Criminal. Relator: Humberto Ulhôa. Julgado em 15 de outubro de 2015. Publicado no DJe em 21 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação n. 038.11.002397-5**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Manoel Alves Rabelo. Espírito Santo. Julgado em 01 de agosto de 2012. Publicado no DJe em 09 de agosto de 2012. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial – arts. 213 a 359-h. 14.** ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3. v. 736 p.

DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juri**. São Paulo: Científica, v. 5, n. 2, p. 263-288, maio/ago., 2016. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. 477 p.

FIGLIOLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. 456 p.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial – artigos 213 a 361 do Código Penal**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. 3. v. p. 90. (1200 p.)

HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001. 565 p.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao título VI do Código Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 464 p.

MORALES, Aida Souza; BATISTA, Cecília Guarnieri. Compreensão da sexualidade por jovens com diagnóstico de deficiência intelectual. **Psicologia: teoria e pesquisa**. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas, v. 26, n. 2, p. 235-244, abr./jun., 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v26n2/a05v26n2.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico: Elsevier, 2008. 174 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 850. (1312 p.)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. Brasília, 1975. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.