

# ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - LEI Nº 13.146/2015.

Mauricio da Silva Oliveira<sup>1</sup>

Orientadora: Keit Diogo Gomes<sup>2</sup>

## RESUMO

Com o advento da lei nº 12.015/2009, fora alterado de maneira expressiva dispositivos do Código Penal, prevendo o denominado Crimes Contra a Dignidade Sexual, que antes eram chamados de Crimes Contra os Costumes. Tal lei introduziu ao Código Penal Brasileiro, o crime de estupro de vulnerável, previsto no Art. 217-A, bem como revogou o Art. 224 do mesmo códex e a regra da presunção de violência. O presente pesquisa visa abordar especificamente o crime de estupro de vulnerável, e a influência de alguns pontos da Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto a questão da vulnerabilidade. A metodologia de pesquisa foi preponderantemente a revisão bibliográfica, com referências a livros, artigos e jurisprudências. Buscando, assim, através deste artigo, esclarecer as questões quanto a vulnerabilidade e o aparente conflito da norma com o surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

**Palavras-chave:** Estupro. Vulnerabilidade. Código Penal. Lei 13.146/2015. Deficiência. Discernimento.

## ABSTRACT

With the advent of Law No. 12,015 / 2009, it had significantly altered provisions of the Criminal Code, providing for the so-called Crimes Against Sexual Dignity, which were formerly called Crimes Against the Custom. This law introduced into the Brazilian Penal Code, the crime of rape of vulnerable, provided for in Article 217-A, as well as repealed Article 224 of the same code and the rule of presumption of violence. The present research aims to specifically address the crime of rape of vulnerable, in addition to Article 6, item II, of Law 13,146 / 2015 - Disabled Persons Statute, where it says that disability does not affect the person's full civil capacity , Including: to exercise sexual and reproductive rights. The research methodology was predominantly the bibliographical review, with references to books, articles and jurisprudence. Thus, through this article, seek to clarify the issues regarding vulnerability and the apparent conflict of the norm with the emergence of the Statute of the Person with Disabilities.

---

<sup>1</sup>Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito no Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG). E-mail: mauricio.oiciruam1@gmail.com

<sup>2</sup>Professora do Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG). Especialista em Direito Penal e Processual Penal e Mestranda em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

**Key-words:** Rape. Vulnerability. Criminal Code. Law 13.146/2015. Deficiency. Discernment.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro passou por inúmeras transformações com o advento da lei nº 12.015/2009, dentre elas, a nomenclatura, na parte especial do código, do Título VI, que antes chamado de – Dos Crimes Contra os Costumes, passou a denominar-se – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, fruto este, do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Além disso, outra reforma importante foi a mudança do Art. 213, em que antes o crime de estupro era *bipróprio*, onde era exigido que o sujeito ativo fosse o homem e o sujeito passivo a mulher, agora é considerado *bicomum*, em que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo.

Outra mutação trazida à baila, pela lei acima mencionada, e de forma expressiva, foi a revogação do Art. 214 do Código Penal Brasileiro, que tratava do atentado violento ao pudor, que consistia constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a praticar com o agente ato libidinoso diverso da conjunção carnal, agora fundido ao art. 213 sendo tipificado como estupro, havendo nessa situação a continuidade típico-normativa.

Há de se destacar ainda, uma mudança relevante ao ordenamento jurídico, em que, com a entrada em vigor da lei nº 12.015/2009, revogou-se o Art. 224 do CP, que previa a presunção de violência, em que os vulneráveis eram protegidos, mas principalmente findou uma discussão que existia entre doutrina e jurisprudência, que questionava tal presunção se absoluta ou relativa, quanto aos menores de 14 anos, previstos na alínea a) do mencionado artigo.

Com a revogação do dispositivo acima, mais uma das alterações realizadas pela lei nº 12.015/2009 foi à criação do Art. 217-A do Código Penal, fazendo nascer o tipo penal autônomo chamado estupro de vulnerável, dividindo-se em três categorias de vulneráveis, a primeira sendo o menor de 14 (catorze) anos, disposto no *caput* do artigo e, outras duas encontradas no parágrafo primeiro, quais sejam: alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário

discernimento para a prática do ato, ou, alguém que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Há ainda, a entrada em vigor em janeiro de 2016 do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015, que causou alterações consideráveis no ordenamento jurídico, revogando os incisos do Art. 3º do Código Civil, que considerava absolutamente incapaz aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, além de afirmar, em seu Art. 6º, II, que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos”<sup>3</sup>.

Desse modo, o que se almeja com o presente artigo é analisar a evolução na normatização penal quanto ao crime de estupro de vulnerável, e o entendimento doutrinário a respeito do tema, e as questões envolvendo a vulnerabilidade do sujeito passivo do tipo penal, bem como a influência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que tange a sua capacidade para exercer direitos sexuais e reprodutivos.

## **2 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL ANTERIOR A LEI Nº 12.015/2009**

Vale destacar primeiramente, que antes de 2009, o Código Penal trazia em seu título VI – Dos Crimes Contra os Costumes, tal nomenclatura devia-se ao fato de que tutelava-se a moral sexual. O primeiro artigo do mencionado título é o Art. 213, que trata do estupro, onde limitava-se a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal.

Assim, a interpretação era que o estupro tratava-se de crime *bipróprio*, sendo necessária que o sujeito ativo fosse homem e o sujeito passivo mulher, para ocorrer então o denominado coito vaginal, a penetração do órgão viril masculino, na cavidade vaginal da mulher.

Outro tipo penal existente anterior a lei nº 12.015/2009, era o atentado violento ao pudor, previsto em seu Art. 214, que incriminava o constrangimento de alguém à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, aliás, foi revogado pela mencionada lei, fundindo-se a figura do crime de estupro, ocorrendo à chamada continuidade típico-normativa.

---

<sup>3</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado**. 1º ed. Bahia. Editora JusPodivm, 2016 p. 43.

O ato sexual praticado com pessoa vulnerável, não era previsto de forma autônoma, como nos tempos atuais, não havia, portanto, um capítulo próprio como hoje que tipificasse a ilicitude, ou seja, o que havia era o disposto no Art. 224, a denominada presunção de violência.

O mencionado dispositivo retro, elencava 3 (três) espécies de vítimas: os não maiores de 14 (catorze) anos, a vítima alienada ou débil mental e, por fim aqueles que não podiam, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Dessa maneira, o fato configuraria a depender do caso concreto, de estupro (Art. 213) ou de atentado violento ao pudor (Art. 214), à conjunção carnal ou à pratica de ato libidinoso respectivamente, combinado com o Art. 224 do código penal.

A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada *presunção de violência*, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no Art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato<sup>4</sup>.

A principal intenção era demonstrar que tais vítimas enumeradas nas alíneas do Art. 224 do CP, não possuíam assentimento verdadeiro para ter qualquer tipo de envolvimento sexual, seja a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, daí a presunção de violência que o mencionado dispositivo tratava.

Contudo, ao longo de anos, mais precisamente na década de 80, havia enormes embates entre a doutrina e a jurisprudência, quanto a questão da presunção de violência, se relativa (*iruis tantum*) comportando prova em contrário analisando assim o caso concreto, ou absoluta, (*iuris et de iure*) a ponto de não ser questionado, não podendo se quer comportar prova em contrário, em relação ao menor de 14 (catorze) anos de idade.

Eram essas as discussões levantadas no ordenamento jurídico brasileiro, e segundo o autor Rogério Greco<sup>5</sup>, alguns dos tribunais superiores, passaram a entender a presunção de violência como relativa, ao argumento de que a sociedade no final do século XX e início do século XXI haviam modificado significativamente, e que os menores de 14 (catorze) anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.

---

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14º ed. Rio de Janeiro. Gen Editora, 2014 p. 1024.

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial** – vol.3. 13º ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2016 p. 83

A exemplo disso vejamos o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>, no sentido de que a presunção de violência elencadas no Art. 224, “a”, do Código Penal, devia ser relativizada, analisando-se o caso concreto, e assim, permitindo o afastamento da violência caso comprovada elementos justificadores como a relação afetivo-sexual, como disposto no acórdão a seguir:

RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO. É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, “a”, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual. No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores.

Entretanto, a Quinta Turma do próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>7</sup>, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido contrário ao acórdão acima, proferindo o seguinte julgado:

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 804999/SC. Recurso Especial 2005/0209761-1. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão julgador T6 – Sexta Turma. Data do julgamento: 10/11/2009.

<sup>7</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 1021634/SP. RECURSO ESPECIAL 2008/0003201-1. Relator Ministro JorgeMussi. Órgão julgador T5 – Quinta Turma. Data do Julgamento: 14/09/2010.

configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, “a”, do Código Penal, ser considerada de maneira absoluta. 2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime. 3. Ressalva do entendimento desse relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa. 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal a quo prossiga no julgamento da apelação.

Como se observa, entre os dois julgados, não havia uma entendimento pacífico quanto da presunção de violência, apesar da lei adotar um critério objetivo que é a idade, os tribunais adotavam critérios subjetivos não exigidos pela lei.

Por fim, e para encerrar de uma vez por todas, com tais embates, surgiu no ordenamento jurídico penal brasileiro, a lei nº 12.015/2009, revogando o Art. 224 e acabando com a presunção de violência e, criando o delito autônomo do estupro de vulnerável.

### **3 O CRIME AUTÔNOMO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL À LUZ DA LEI 12.015/09**

Como dito, anteriormente não havia um tipo penal específico para o caso de estupro de vulnerável, aplicava-se o Art. 213 (estupro) ou Art. 214 (atentado violento ao pudor) conforme o caso, combinado com o Art. 224 do Código Penal, que estabelecia a chamada presunção de violência.

Após a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, houve inúmeras mudanças na legislação penal brasileira, começando pelo nome do Título VI, que passou a ser – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, mudando dessa forma o bem jurídico tutelado que é a sexualidade humana, como preleciona o autor Damásio de Jesus<sup>8</sup>:

A expressão escolhida, em nosso sentir, foi oportuna e se encontra em sintonia como Texto Maior. Deveras, o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos (concepção dominante). Ao tratar nosso Código de crimes contra a ‘dignidade sexual’, fica claro que se busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.

---

<sup>8</sup>JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Especial**. 19º ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 121.

Houve também, alterações significativas quanto ao crime de estupro trazidas pela lei supra primeiro com a revogação do Art. 214 (atentado violento ao pudor) e a fusão do tipo penal ao Art. 213, ocorrendo assim a denominada continuidade típico-normativa, e a mudança quanto a classificação do crime de estupro, que passou a ser *bicomum*, podendo ser qualquer pessoa o sujeito ativo ou passivo.

Mas, uma das principais reformas, foi quanto ao Art. 224 e a presunção de violência, revogada pela lei supramencionada, criando o tipo penal autônomo Estupro de Vulnerável, previsto no Art. 217-A do Código Penal<sup>9</sup>, trazendo a seguinte redação:

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.

§ 2º. (*vetado*).

§ 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º. Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Como se observa do dispositivo acima, não há que se falar em presunção de algum tipo de violência, aliás, a justificativa ao projeto que culminou com a criação da lei nº 12.015/09, foi para substituir o regime de presunção de violência.

Adota-se, portanto, o critério idade, ou seja, um critério de objetividade fática, onde ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos é crime de estupro de vulnerável, bem como, com aqueles previstos no primeiro parágrafo do artigo.

Apesar da instituição do delito autônomo de estupro de vulnerável, há ainda posicionamentos contrários, mantendo a discussão que se tinha no passado, e que a criação de uma nova lei, não muda a realidade da sociedade, em sentido contrário, observa-se o que preleciona o autor Guilherme de Souza Nucci<sup>10</sup>:

O nascimento do tipo penal inédito não tornara sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro. 2014, p. 1053

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei nº 12.015/09, p.37

sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Por outro lado, de forma a discordar tal posicionamento, o autor Rogério Greco<sup>11</sup>, adotando um critério objetivo para análise do caso que é a idade da vítima, anote-se:

Com a devida vênia, ousamos discordar do renomado autor. Isto porque, como dissemos acima, a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Passando a análise do tipo penal, entende-se que não há outros critérios para afastar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, por ser um critério idade objetivo.

O crime de estupro de vulnerável é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, a conduta punível é a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso, com menor de 14 (catorze) anos de idade, portador de enfermidade ou deficiência mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência.

Neste caso, não é necessário que haja violência ou grave ameaça, diferentemente do estupro previsto no Art. 213 em que, há o constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, não abrindo precedentes para outros critérios, se não o de idade, de forma objetiva, sem olhar a experiência ou o consentimento da vítima que não pode ser levada em consideração.

Essa é a intenção do legislador, ao observar tal situação e criar um delito autônomo, no caso o estupro de vulnerável, em que tal faixa etária menor de 14 (catorze) anos, ainda está em desenvolvimento físico e psicológico e, justamente por isso, mesmo que tenha uma experiência sexual antecipada, de forma precoce, busca-se uma punição mais severa para aqueles que se aproveitam de tal situação.

---

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 13ª ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus. 2016, p.85

Devido ao avanço tecnológico, da cultura das redes sociais, muitas crianças passam a ter um acesso de informações que não condizem com a idade que possuem, que estão ainda em desenvolvimento.

A impressão passada por vítimas menores de 14 anos que consentiram para a prática do ato, como experientes, por já ter praticado relação sexual, ou que aparentam ter mais idade, muitas das vezes é disfarçada de imaturidade, ajudada pelo instinto sexual, não tendo, portanto, condições de consentir livremente.

Ainda em análise do Art. 217-A, outro vulnerável é o previsto no parágrafo primeiro do mencionado artigo, que é ter conjunção carnal, com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Nesse caso, não há que se discutir quanto a questão da vulnerabilidade se é absoluta ou relativa, pois, como bem retrata a norma, aquele que tenha enfermidade ou deficiência mental, mas, que esta lhe cause a falta de discernimento para a prática do ato.

Seria necessário, analisar ao caso concreto, uma vez que nada impede que uma pessoa que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental, possa ter uma relação sexual de forma sadia, desde que, obviamente, que tais enfermidades ou deficiências, não lhe tire o necessário discernimento para a prática do ato.

Por fim, temos a última categoria trazida na segunda parte do §1º do Art. 217-A do Código Penal, que são aqueles que, por qualquer outra coisa, não pode oferecer resistência. Aqui, refere-se àquelas distintas das mencionadas no *capute* da primeira parte do § 1º, da enfermidade ou deficiência mental, ou seja casos de embriagues letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir.

#### **4 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A PROTEÇÃO À DIGNIDADE SEXUAL**

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, teve como base e influencia a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência realizada em Nova York, em 2007.

Ratificados pelo Congresso Nacional, em conformidade com o procedimento do § 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988<sup>12</sup>, ou seja, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, a presente lei ingressou no ordenamento jurídico através do Decreto nº 186, de 9 de julho de 2008, que o aprovou e, em seguida, com o advento do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 iniciou-se sua vigência no âmbito interno.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim, possui “status” de emenda constitucional, assumindo dessa maneira, o topo da pirâmide legislativa brasileira, destinada a assegurar e a promover, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, conforme Art. 1º do mencionado Estatuto, que assim diz:

Art. 1º. É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

A proteção trazida pela lei ao deficiente tem como consequência o desdobramento dos direitos humanos, reforçando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no Art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, onde todos nascem iguais e, ainda que por alguma deficiência física ou mental, são titulares dos mesmos direitos e obrigações.

O presente Estatuto traz ainda o conceito de pessoa com deficiência em seu Art. 2º, conforme abaixo transcrito:

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.

Observa-se que o disposto acima, traz fielmente o conceito dado a pessoa com deficiência pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu art. 1º, sendo a fonte de inspiração do Estatuto.

---

<sup>12</sup>CURIA, Luiz Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 51ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2015 p. 12

No que se refere aos direitos sexuais, o deficiente tem o direito de livremente escolher seus parceiros, respeitando-se ainda, sua orientação sexual. O Estatuto da Pessoa com Deficiência reforça a ideia da dignidade sexual que é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana, protegendo a liberdade sexual do deficiente.

O Art. 6º, II, do Estatuto, diz que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos, acabando assim com as inverdades de que o deficiente se trata de pessoa que não possua vida sexual, que não possua as necessidades inerentes a todo e qualquer ser humano, anota-se, o que diz o mencionado artigo:

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:  
Inciso II – exercer direitos sexuais e reprodutivos.

Como se observa no dispositivo retro, a deficiência não afeta o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, porém, o que se pode indagar é por quais motivos considerar o enfermo ou deficiente mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, previsto no Art. 217-A, do Código Penal, como vulnerável, uma vez que a deficiência, conforme o Estatuto em seu Art. 6º, não afeta sua capacidade de exercer direitos sexuais.

Pode parecer contraditório tais leis, porém, é um aparente conflito de normas, pois, o Código Penal, não pune aquele que tenha conjunção carnal com um deficiente mental, mas sim com o deficiente mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, devendo assim, ser analisado o caso concreto (vulnerabilidade relativa).

Aliás, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência enumera em seu Art. 5º, parágrafo único, aqueles considerados especialmente vulneráveis observam-se, assim, o mencionado artigo:

Art. 5º. A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.  
Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no *caput* deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

O legislador ao enumerar tais pessoas (criança, adolescente, mulher e idoso) levou-se em consideração de forma subjetiva as características físicas, psicológicas e sociais, características essas agravadas quando somadas a deficiência, surgindo uma vulnerabilidade maior.

A importância de listar tais pessoas como vulneráveis, deve-se a estudos realizados no mundo e levantamento de dados que comprovam e determinam uma maior proteção dos mesmos, veja-se o que Flávia Cintra diz na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada:

Quando a deficiência se agrega à condição feminina, como mais um fator de discriminação, as situações de exclusão, segregação e violência se potencializam. Do ocidente a oriente, as mulheres com deficiência têm sido sistematicamente expostas à violação de seus direitos mais básicos. A violência ocorre tanto nas ruas como em casa, sendo que a maioria é causada por parentes de primeiro grau, sobretudo maridos e companheiros. O UNICEF avalia que de cada dez mulheres no mundo, uma é vítima de estupro pelo menos uma vez em sua vida. Estima-se que mulheres com deficiência correm 3 vezes mais o risco de serem estupradas do que mulheres sem deficiência. A maior vulnerabilidade física, a necessidade de cuidados adicionais e a crença quase universal que as pessoas com deficiência não são testemunhas confiáveis para fazer sua própria defesa, fazem dessa população um alvo fácil para o estupro e o abuso sexual.

Diante disso, apesar do Art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência afirmar que a deficiência (física ou mental) não afeta a plena capacidade da pessoa em exercer direitos sexuais e, ainda que os mesmos possuam totais direitos de escolha de seus parceiros, deve-se protegê-las de toda forma de violência e exploração, ao que determina o Art. 5º do Estatuto.

O objetivo da lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) é justamente a inclusão social e a cidadania, como forma de evitar qualquer tipo de discriminação, dando as pessoas com deficiência todos os direitos possíveis com o intuito de igualdade na sociedade inclusive de respeito à sua liberdade sexual.

Além disso, protegendo-as, como previsto no Código Penal em seu Art. 217-A, ao punir aquele que tenha conjunção carnal com alguém que devido a sua deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, se aproveitando de tal situação, bem como no Art. 5º do Estatuto supracitado.

Portanto, com o advento da lei nº 13.146/2015, concretiza-se a ideia da vulnerabilidade relativa, prevista na primeira parte do § 1º do Art. 217-A do Código Penal, devendo à análise do caso concreto ser realizado.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como objetivo, primeiramente trazer à tona as alterações embutidas pela lei nº 12.015/2009 no Código Penal de 1940, ao prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, e, principalmente, o delito de estupro de vulnerável, realizando uma abordagem sobre o tipo penal antes e depois da lei.

Assim, o foco, na pesquisa, foi trabalhar com os principais entraves doutrinários e jurisprudenciais pertinentes sobre o assunto, para então chegar aos verdadeiros motivos que levaram o legislador a promover as alterações trazidas pela lei acima citada.

Destaca-se ainda a importante mudança do bem jurídico tutelado, realizada pela lei nº 12.015/2009, que após 69 anos do Código Penal, passou a tutelar a dignidade sexual, como fruto do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988, acompanhando, assim, os avanços culturais e morais da sociedade, funcionando como uma espinha dorsal da mesma.

Dessa maneira, com a instituição da lei nº 12.015/2009 houve uma maior proteção daqueles que a lei denomina de vulneráveis, previstos no Art. 217-A criado pela mencionada lei, trazendo penas mais severas para aqueles que praticam conjunção carnal e/ou outros atos libidinosos com os mesmos.

Com a chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei nº 13.146/2015), houve no ordenamento jurídico brasileiro um grande impacto e reforço para aqueles que necessitam de maior proteção, como forma de garantir uma maior liberdade para dispor do próprio corpo, sem qualquer tipo de constrangimento.

Diante de todos os argumentos aqui revelados, não restam dúvidas, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, através de seu Art. 5º, parágrafo único, reforça a ideia da vulnerabilidade e de uma maior proteção, bem como, ao mesmo tempo, dá uma maior autonomia e liberdade para as pessoas deficientes escolherem livremente seus parceiros, conforme se vê em seu Art. 6º, como resultado dos desdobramentos dos direitos humanos.

Assim, entre o Código Penal Brasileiro e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, observa-se que não há conflito no que tange a vulnerabilidade do deficiente mental, pois, mesmo que o Estatuto alavanque a autonomia dos

deficientes e diga que a deficiência não afeta a plena capacidade civil para exercer direitos sexuais, ele (Estatuto) os protege de toda forma de exploração como dito no Art. 5º.

Portanto, deverá ser analisado o caso concreto, quanto da falta de discernimento para a prática do ato sexual, por aqueles considerados deficientes mentais, seguindo-se assim a corrente da vulnerabilidade relativa, penalizando aqueles que se aproveitam de tal situação, conforme o disposto no Art. 217-A, § 1º, do Código Penal, supracitado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 804999/SC. Recurso Especial 2005/0209761-1. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão julgador T6 – Sexta Turma. Data do julgamento: 10/11/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 1021634/SP. RECURSO ESPECIAL 2008/0003201-1. Relator Ministro Jorge Mussi. Órgão julgador T5 – Quinta Turma. Data do Julgamento: 14/09/2010.

CINTRA, Flávia. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentado**. Brasília. Corde. 2008

CURIA, Luiz Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 51ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2015 p. 12

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado**. 1º ed. Bahia. Editora JusPodivm, 2016 p. 43.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – vol.3**. 13º ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2016 p. 83.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14º ed. Rio de Janeiro. Gen Editora, 2014 p. 1024.