



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFAEL FORTUNA DOREA BARRETO**

**A DIVERGÊNCIA QUANTO AO CONCEITO DE  
VULNERABILIDADE NO SEU REFLEXO AO ARTIGO 217- A  
DO CÓDIGO PENAL E O CRIME DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL**

Salvador  
2022

**RAFAEL FORTUNA DOREA BARRETO**

**A DIVERGÊNCIA QUANTO AO CONCEITO DE  
VULNERABILIDADE NO SEU REFLEXO AO ARTIGO 217-A  
DO CÓDIGO PENAL E CRIME DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Orientador:

Salvador  
2022

## TERMO DE APROVAÇÃO

**RAFAEL FORTUNA DOREA BARRETO**

### **A DIVERGÊNCIA QUANTO AO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO SEU REFLEXO AO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL E CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2022.

## RESUMO

A presente monografia tem como escopo, trazer uma discussão, sem que se esgote toda a temática, acerca das divergências quanto ao conceito de vulnerabilidade, e de que forma tal conceito reflete no âmbito do Direito Penal, mais precisamente, os seus reflexos no art. 217-A do Código Penal brasileiro, além é claro do crime de estupro de vulnerável. Sabe-se que o crime de estupro de vulnerável busca, em verdade, promover a proteção da dignidade da pessoa humana em sua integralidade, e dá uma maior atenção aos menores de 14 (quatorze) anos, além daqueles que, por enfermidade ou algum tipo de deficiência mental, não consiga exprimir sua vontade, ou mesmo, não consiga oferecer algum tipo de resistência. O Código Civil, já traz disposições acerca dos vulneráveis, dispondo inclusive sobre os absoluta e relativamente incapazes, contudo, há que se falar que existem no ordenamento jurídico brasileiro uma série de discussões sobre tal tema e, como este reflete nos demais campos do Direito, principalmente no âmbito do Direito Penal, daí, a importância da análise trazida com a presente monografia, uma vez que o Direito não é absoluto, tratar sobre as disparidades que envolvem o conceito de vulnerabilidade e, principalmente os seus reflexos no Código Penal, ao passo que também analisar-se-á sobre o posicionamento, não apenas legislativo, mas, também jurisprudencial brasileiro, possibilitando com isso, uma melhor compreensão do tema, e seus reflexos nas legislações ordinárias.

**Palavras-chave:** Incapacidade. Vulnerabilidade. Direito Penal. Reflexos. Criminalização. Critérios.

## ABSTRACT

The present monograph aims to bring a discussion, without exhausting the whole theme, about the divergences regarding the concept of vulnerability, and how such concept reflects in the scope of Criminal Law, more precisely, its reflections on art. 217-A of the Brazilian Penal Code, besides, of course, the crime of rape of vulnerability. It is known that the crime of rape of vulnerable seeks, in truth, to promote the protection of the dignity of the human person in its entirety, and gives greater attention to minors under 14 (fourteen) years, besides those who, due to infirmity or some kind of mental deficiency, are not able to express their will, or even, are not able to offer some kind of resistance. The Civil Code already makes provisions for the vulnerable, including those who are absolutely and relatively incapable. However, it must be said that there are in the Brazilian legal system a number of discussions on this issue and how it reflects on other fields of law, especially criminal law, hence the importance of the analysis brought in this paper, since the Law is not absolute, deal with the disparities involving the concept of vulnerability and, especially its consequences in the Criminal Code, while will also analyze the position, not only legislative, but also jurisprudential Brazilian, enabling with this, a better understanding of the subject, and its consequences in ordinary legislation.

**Keywords:** Incapacity. Vulnerability. Criminal Law. Reflexes. Criminalization. Criteria.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

|      |                                    |
|------|------------------------------------|
| CC   | Código Civil                       |
| CF   | Constituição Federal               |
| EPCD | Estatuto da Pessoa Com Deficiência |
| ONU  | Organização das Nações Unidas      |
| SUS  | Sistema Único de Saúde             |
| STF  | Supremo Tribunal Federal           |
| STJ  | Superior Tribunal de Justiça       |
| TRF  | Tribunal Regional Federal          |

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                               |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....                                                                                                                     | <b>09</b> |
| <b>2 NOTAS FUNDAMENTAIS SOBRE A CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA MENTAL</b> .....                                       | <b>10</b> |
| 2.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA: IMPORTÂNCIA EXISTENCIAL .....                                                                | 11        |
| 2.2 UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE CIVIL COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INDIVIDUAL .....                                     | 18        |
| <b>2.2.1 Incapacidade absoluta e relativa até o Código Civil de 2002</b> .....                                                                | <b>22</b> |
| <b>2.2.2 A Lei Federal nº 13.146/2015 e a busca pela inclusão das pessoas com deficiência</b> .....                                           | <b>24</b> |
| 2.3 ORDENAMENTOS JURÍDICOS SUPRANACIONAIS PROPORCIONADORES DA AUTONOMIA DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA MENTAL.....                             | 29        |
| <b>3 O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ÂMBITO DA AUTONOMIA PRIVADA</b> .....                                                               | <b>35</b> |
| 3.1 DESENVOLVIMENTO JURÍDICO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO BRASIL .....                                                                | 37        |
| <b>3.1.1 Os crimes contra a dignidade sexual na perspectiva tridimensional do Direito</b> .....                                               | <b>38</b> |
| <b>3.1.2 Atualizações normativas proporcionadas pela Lei Federal nº 12.015/2009</b> .....                                                     | <b>41</b> |
| <b>3.1.3 A Lei Federal nº 13.718/2018 como manifestação do maior rigor jurídico para a prática de crimes de estupro</b> .....                 | <b>44</b> |
| 3.2 VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA: O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL COMO VÍTIMA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....                          | 47        |
| <b>4 DA CORRETA HERMENÊUTICA QUANTO À LIBERDADE SEXUAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO PENAL À LUZ DA LEI FEDERAL DE INCLUSÃO</b> ..... | <b>53</b> |
| 4.1 ANÁLISE JURÍDICA DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL SOB A MATERIALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 13.146/2015.....                                     | 57        |
| 4.2 POR UMA CONSTRUÇÃO DE VULNERABILIDADE SEXUAL À LUZ DA CONCRETA AUTONOMIA PRIVADA.....                                                     | 63        |

|                          |           |
|--------------------------|-----------|
| <b>5 CONCLUSÃO .....</b> | <b>71</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b>       |           |



## 1 INTRODUÇÃO

O crime de estupro de vulnerável é considerado uma das mais importantes inovações no âmbito do Direito Penal Brasileiro, tendo advindo com a entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 1990, que inseriu no Código Penal o art. 217-A. Nessa esteira, o legislador extinguiu a presunção da violência ligada aos crimes sexuais, que estava entabulada no art. 224 do referido Código, que, por sua redação retrógrada gerava para as pessoas uma insegurança jurídica, quando levada a situações concretas, gerava posicionamentos divergentes, estes que se baseavam, em alguns casos, na palavra da vítima, e em outros, na palavra do ofensor.

Com a extinção do art. 224 do CP, encerrou-se um ciclo de calorosos debates no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tratava da natureza jurídica dos crimes contra os costumes, pois, com a nova sistemática adotada, ou seja, com a adoção do título “dos crimes contra a dignidade sexual”, do Código Penal, passou-se a tratar da vulnerabilidade absoluta para aqueles menores de 14 (quatorze) anos, além daqueles que, por qualquer outro motivo, não possam oferecer resistência – a exemplo daquelas pessoas que possuem algum tipo de enfermidade ou mesmo algum tipo de transtorno mental.

A esse passo, o legislador também foi responsável por inserir um objetivo inclusive ao art. 213 do CP, no que se refere a tutelar a liberdade sexual dos indivíduos, criando aqui uma maior proteção nas situações que ensejem atos libidinosos ou conjunção carnal, mediante uso de violência, grave ameaça e até mesmo mediante fraude.

Apesar disso, o art. 217-A é ainda responsável por causar inúmeros debates no mundo legislativo e doutrinário (e porque não afirmar o campo jurisprudencial). Como dito, a edição do referido dispositivo demonstra uma preocupação do legislador em criar uma maior proteção àqueles que, por alguma razão, não possam exprimir suas vontades, ou mesmo, de oferecer algum tipo de resistência, as resguardando de abusos sexuais ou início antecipado da vida sexual.

Com isso, buscou-se com a presente monografia, uma análise acerca das divergências que envolvem o conceito dos vulneráveis, principalmente coube uma maior análise acerca do crime de estupro de vulnerável contido no art. 217-A do CP e as discussões que envolvem tal dispositivo, sendo imprescindível para tal, uma análise da jurisprudência brasileira.

## 2 NOTAS FUNDAMENTAIS SOBRE A CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA MENTAL

Deve-se observar que as percepções de capacidade nasceram no Direito Romano, uma vez que, *in casu*, tratava-se o homem como sujeito de direitos para distingui-lo na posição de membro da comunidade dos homens livres. Fora aqui trazidas as expressões *ius commercii* e *ius connubi* para designar o atributo fundamental da personalidade, qual seja a garantia da significativa e plena capacidade do indivíduo.

Desta maneira, ao longo dos anos, o ordenamento jurídico foi se desenvolvendo para proteger e assegurar os anseios do indivíduos à época. As duas grandes codificações civis brasileiras - quais sejam a de 1916 e a de 2002, ao contrário das legislações *ex ante* aplicadas em solo pátrio – como foi o caso das Ordenações Filipinas –, estabeleceram noções sobre a questão da incapacidade.

Consoante REQUIÃO (2015, p. 73) pode-se afirmar que, entre tais ordenamentos, foram mantidas as características de maneira aproximada, havendo congruência na fundamentação, nas consequências e, de certa maneira, também no rol dos incapazes. Insta salientar que possuir capacidade é deter proteção, haja vista a garantia em tela assegurar a autonomia privada do indivíduo, trazendo, assim, o reconhecimento de sua existência para a aplicação dos direitos personalíssimos.

Ao longo dos anos, foi erroneamente atribuída a ideia de que proteger o rol dos incapazes significava privá-los de sua autonomia privada, perspectiva que, conseqüentemente, não permitia que tais sujeitos exercessem pessoalmente os atos da vida civil. Até a chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em 2015. A regra no ordenamento jurídico brasileiro foi pela incapacidade do portador de transtorno mental, sendo essa a grande mudança trazida pelo supracitado Estatuto.

Houve ainda a retirada dos portadores de transtorno mental do rol de incapazes, garantindo, assim, que tivessem possibilidade de concreta participação no seio social. Trata-se de perspectiva extremamente importante para a vida dos sujeitos em tela, uma vez que promove a igualdade material.

Desta forma, considerando a imperiosidade do *quantum* pretextado, a partir do capítulo *in fine*, o(a) leitor(a) terá condição de examinar como que a autonomia privada insere-se no contexto das pessoas portadoras de deficiência. Assim, o objeto da presente monografia será internalizado de forma mais didática e célere.

## 2.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA: IMPORTÂNCIA EXISTENCIAL

A autonomia da vontade nasce no século XVIII, momento em que as ideias liberais começam a ganhar força e refletem diretamente no ordenamento jurídico da época, tendo seu ápice na França. Este movimento objetivava o ideal burguês e positivou o contrato como lei entre as partes no bojo do artigo 1.134 do Código Civil Francês, estabelecendo que as convenções legalmente constituídas tem o mesmo valor que a lei.

Assim, de acordo com a teoria clássica, a vontade passou a ser propulsora dos negócios jurídicos, motivo pelo qual acabou recebendo extrema importância nos acordos celebrados à época, uma vez que, aduz-se tal materialidade por conta de Carl von Savigny, à época entendia que se o declarante incidisse em erro sobre o conteúdo da declaração ou quando houvesse uma divergência entre o que quer e o que final declara, o negócio será considerado inválido, pois, o mesmo entendia que não poderá subsistir sem o seu suporte essencial, sendo ele a vontade. (UBALDINO, 2009, p. 24).

Nesse sentido, surge uma mudança na estrutura orgânica do contrato, o qual foi levado em conta todos os fatores sociais, econômicos e políticos, fazendo com que os juristas e filósofos do século XVIII dessem à regra canônica uma extensão inexistente em suas origens. Fora assim, estabelecendo que as convenções são obrigatórias e se tornando a única lei entre as partes. (JEOVÁ, 2002, p. 131-132).

A autonomia da vontade chegou no seu ápice a partir do Código Napoleônico, documento responsável por se tornar a base de todo o sistema contratual da época. Pode-se observar, assim, que a liberdade humana, no bojo do século XVIII, foi dotada de extrema importância à conjuntura social da época, manifestando assim que o acordo de vontades foi equiparado à lei.

Conforme o caminhar da humanidade, novos parâmetros e interpretações surgem ao conceito da autonomia da vontade, podendo ser observadas no século XX, momento no qual o direito liberal clássico estabelece um limitador da autonomia da vontade. No que diz respeito às regras legais de ordem pública e bons costumes, as partes estariam livres para firmar negócios jurídicos, mas não poderiam contrariar aquilo que o ordenamento entendia como matéria de “ordem pública”, pelo fato de o legislador privilegiar o interesse público ao interesse privado dos contratantes.

Ademais, tem-se o surgimento do princípio da supremacia da ordem pública, no auge do liberalismo, o qual estabelece que a autonomia da vontade não é absoluta e trouxe o conceito de relatividade. Fora promulgado que a autonomia da vontade deve ser norteada pelas orientações em tela, motivo pelo qual DE PAGE (apud SOUZA; SILVA), afirma que a ordem pública seria “aquela que entende como os interesses essenciais do Estado ou da coletividade ou que fixa, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade”. (2017, p. 20).

Nesse sentido, PEREIRA (2017, p.11) estabelece o conceito de bons costumes, apontando como “aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país e até dentro de um mesmo país e mesma época”.

Dessa forma, o Direito ficou engessado e passou a ser norteado pela atmosfera do positivismo jurídico, motivo pelo qual começou a ficar desconexo com a realidade social enfrentada à época. O positivismo puro ganhou força e passou a ter como dogma a igualdade dos contratantes, ligado unicamente à liberdade de contratar – outrossim, as grandes transformações sociais, políticas e econômicas provocaram a mudança na teoria dos contratos e na sua relação com a autonomia da vontade, pois o paradigma clássico não estava respondendo mais a nova realidade.

Assim sendo, a crise do Estado liberal cria um novo conceito de liberdade, o qual se equipara um pouco com o conceito de igualdade, dando à primeira perspectiva um novo valor. O Poder Público deixa de ser sinônimo de governo para a liberdade, assumindo a figura de governo para o bem-estar social.

Destarte, a liberdade humana nas contratações foi equiparada à lei, mas não deu certo, posto que não foram cumpridas as suas perspectivas. *A posteriori* ser suprimido o interesse coletivo pelo interesse individual, ao fim do século XX, percebe-se que a ética foi perdida e o grau de equilíbrio das relações contratuais firmadas foram quebradas – neste sentido, o entendimento sobre a autonomia da vontade teve que ser mudada para enquadrá-las aos novos quadros sociais vividos por uma sociedade cada vez mais desigual.

Portanto, ser entendido que a autonomia da vontade, é, na verdade, a retratação do poder que o indivíduo tem de autorregular seus interesses, ou seja, é a liberdade de firmar obrigações. Conforme SANTOS (2007, p. 25), se tem a autonomia da vontade como uma especificidade da liberdade de contratar no Direito Civil, posto

que aduz o poder de os indivíduos suscitarem, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

Noutras palavras, o instituto em tela, simplesmente, é um aspecto da liberdade de contratar atribuído aos particulares. No entendimento de GOMES FILHO (2003, p. 27) o princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para a celebração dos contratos atípicos.

À luz do pensamento de DINIZ (2014, p. 41), esta confirma o entendimento de que o poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, conjuntamente com o princípio da autonomia da vontade, envolve a liberdade contratual, sendo seu conteúdo abordado na obrigação firmada e na criatividade firmada entre os particulares. Neste sentido, pode-se dar início aos contratos atípicos, a liberdade de contratar e também a liberdade de celebrar ou não o contrato e a de escolher o contratante.

Ademais, é perceptível que a autonomia da vontade, com o passar do tempo, e as profundas mudanças que a revolução industrial e tecnológica causou na sociedade, acabaram por torná-la mais específicas, sistemáticas e complexas suas relações, refletindo na limitação de fato a autonomia dos indivíduos. Assim, surgindo novas relações entre os particulares, bem como novas figuras contratuais, como o surgimento da empresa, contratos de adesão, relação de vulnerabilidade entre os negócios jurídicos firmados.

Logo, ao adentrar ao conceito da criação da autonomia da vontade, tem-se como principal norteador a liberdade, fundada na ideia de que as pessoas são verdadeiramente livres para pactuar sobre obrigações de seus interesses. Entretanto, ao ser aprofundada minuciosamente nos dias atuais, é notório que os indivíduos perderam a igualdade nos parâmetros das relações, ou seja, acabaram por ter cerceada sua liberdade de escolha e até mesmo de vontade, tornando a autonomia da vontade uma “autonomia da mentira”, uma vez que, diversas obrigações firmadas no dia a dia não são válidas.

Com o desenvolvimento da sociedade e a insuficiência do princípio da autonomia da vontade no quesito existencial, nasce o princípio da autonomia privada, o qual pode ser visualizado sob diversos aspectos. Cabe aqui citar o poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, trazendo proteção ao indivíduo, qual seja garantido sua liberdade e personalidade em poder estabelecer sua vontade nas relações na esfera de sua vida civil e/ou econômica.

Embora parecidos e intimamente relacionados, não se confundem os princípios da autonomia da vontade e autonomia privada, tendo em vista algumas perspectivas materiais. Os doutrinadores AMARAL (2006, p. 335) e CABRAL (2004, p. 111) reconhecem e diferenciam o princípio da autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, ao passo que o princípio da autonomia privada reflete no reconhecimento da esfera individual do indivíduo, trazendo soberania e proteção nas manifestações fulcradas no princípio da liberdade, com referência no sujeito de direito, na propriedade, aos seus bens, a sua atividade econômica.

Assim, o princípio da autonomia privada nasce da importância de superar o caráter individualista e liberal da autonomia da vontade. Tratando-se de norma jurídica da Teoria Geral do Direito Privado, aplicável nas relações subjetivas existenciais e patrimoniais, deve ser compreendida como o poder de auto-regulação da proteção da aspiração pessoal dos particulares, como meio de autoconstrução da personalidade.

Logo, autonomia privada encontra-se umbilicalmente ligada na intersubjetividade do ser, ou seja, conferindo proteção aos anseios particulares de cada indivíduo, protegendo seus direitos de escolha na esfera de sua vida civil, norteadas pelo sistema aberto de normas e princípios. Poderes esses conferidos pela influência do liberalismo, que impactou a codificação francesa, no iluminismo e também no Código Civil de 1916, tendo em vista que tinha como base a autonomia da vontade e a iniciativa privada, além do ordenamento jurídico pátrio em vigor, sendo eles, a Constituição Federal de 1988 e também abarcado pelo Código Civil no sistema do ordenamento do negócio jurídico.

Para entender melhor o princípio da autonomia privada, ser especificado o panorama da liberdade, qual seja, um dos direitos mais antigos reconhecidos ao ser de direito, ainda que em diversos momentos da história da humanidade tenham ficado restritos a determinados grupos. Contudo, em razão das múltiplas mudanças sofridas ao longo do tempo, seja um dos direitos que mais sofreu evolução e redimensionamento em seu conceito.

Insta salientar que a liberdade está inserida em praticamente todas as relações jurídicas, sejam elas de natureza pública ou privada, pois, pode-se perceber que a própria aceitação do Estado Democrático de Direito está inteiramente ligada na verdadeira relação de reciprocidade entre as liberdades individuais dos indivíduos. Portanto a formação do estado supracitado apenas existe devido a uma parcela da

liberdade renunciada por cada indivíduo, tornando o Estado como soberano. LIMONGI, faz uma consideração de enorme relevância, *in verbis*:

Vê-se, por essa fórmula, que o ato de associação compreende um compromisso recíproco entre o público e os particulares, e que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares, e como membro do Estado em relação ao soberano". (2006, p.216).

Dentre os vários direitos subjetivos, alguns constituem posições de liberdade como o atributo da imprescindibilidade. Embora sendo vinculados, como todos os direitos subjetivos, ao ordenamento jurídico representam, no entanto, uma esfera de liberdade, a qual deve ser salvaguardada ao indivíduo sob pena de se despojar completamente de valor a sua personalidade.

Nesse interim, além de construir uma posição imprescindível de liberdade, também se baseia nesta. A liberdade não se limita em caracterizar a força jurídica que reveste um determinado bem, mas assume a mesma dignidade de bem sobre o qual incide a força jurídica do sujeito.

Destarte, é correto deduzir que a autonomia privada é expressão da liberdade na seara dos negócios jurídicos, uma vez que concebe poder ao indivíduo de autoregulamentar seus próprios interesses nas relações jurídicas firmadas entre os particulares. De acordo com PERLINGIERI, a autonomia privada pode ser entendida como:

[...] o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitude jurídicas (...) Na base desta concepção reside, frequentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum. (2002, p.17).

Dessa forma, como a autonomia privada está estreitamente ligada a liberdade do indivíduo, é inegável afirmar que se encontra conectada também ao princípio da dignidade humana, unificado na Carta Magna no bojo do art. 1º, III. Nessa linha de raciocínio, LARENZ (1958, p. 65) entende que o reconhecimento traz consigo a possibilidade de livremente estipular suas relações, faz parte do pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Entretanto, a relação entre a dignidade humana e a autonomia privada, ainda que existente, se dá pela insuficiência de dimensionar sua extensão e profundidade

no âmbito dos negócios jurídicos. Portanto, ainda que a autonomia privada emane da liberdade, elas não se confundem, posto que a autonomia privada é apenas uma vertente da liberdade.

Assim, tem-se que o valor da liberdade inicialmente é irrestrito, diferentemente do poder da autonomia privada, posto que esta advém da autorização concedida pelo ordenamento jurídico e está circunscrito em limites que cada vez mais se multiplicam. PRATA (1996, p. 13-14), estabelece que autonomia privada se dar pelo “mero instrumento jurídico de actuação/concretização e tutela/defesa de interesses privados”.

É preciso salientar e observar, contudo, que na atual crescente do desenvolvimento conferido a autonomia privada, não se pode simplesmente afirmar que ela está adstrita apenas às atividades econômicas das pessoas, uma vez que, nos dias atuais, a autonomia privada abrange principalmente relações extrapatrimoniais.

Assim, a autonomia privada está também baseada na livre iniciativa, consoante a compreensão do art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional estabelece que a livre iniciativa como fundamento da atividade econômica, com intuito a assegurar a vida digna de acordo com parâmetros impostos pela justiça social. (BRASIL, 1988).

Chega-se à conclusão de que a autonomia privada é um poder único, ainda que seja graduado, uma vez que pode ser mais ou menos limitado conforme as restrições impostas por normas cogentes. Além disso, também se analisa que a fonte da autonomia privada se dá de modo heterogêneo, tendo em vista que a livre iniciativa, não abarca a sustentação da prática de atos que culminem em criação, modificação e extinção de situações jurídicas extrapatrimoniais.

Portanto, não restam dúvidas, sendo extremamente inevitável a conclusão de que, o aspecto da autonomia privada no âmbito do direito negocial, se dá única e exclusivamente ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, PERLINGIERI (apud PERFIS, 2017, p.19) aduz que:

Não é possível afirmar [...] que a autonomia negocial não tem nenhuma relevância constitucional, nem, de outro lado, que se pode esgotar na autonomia contratual e, portanto, tornar-se relevante somente para dar atuação às vicissitudes de relações jurídicas patrimoniais. A tentativa de individuar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada é parcial. A negociação que tem por objeto situações

subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Portanto, fixadas as premissas acerca da tutela do direito de liberdade e sua conexão com o desenvolvimento da autonomia privada, faz-se necessário adentrar nas interações entre autonomia e igualdade. As limitações impostas pelo ordenamento jurídico à liberdade e autonomia privada não significa necessariamente algo ruim, posto que, em verdade, acontece para garantir e reforçar sua existência, uma vez que, em uma sociedade livre e justa, é de extrema importância garantir as liberdades básicas de forma igualitária para todos.

Liberdade e igualdade, portanto, em uma sociedade justa e equânime, devem andar lado a lado, construindo uma relação cada vez mais próxima. Nessa perspectiva, partindo de uma perspectiva pautada na autonomia privada, a liberdade, seja em caráter existencial ou em caráter patrimonial, só pode ocorrer em uma relação jurídica equilibrada, fundada em condições igualitárias.

Entretanto, imperioso destacar que o Constituinte brasileiro reconhece a velha máxima de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, para que se possa ter a concepção jurídica que mais se aproxima com a justiça em certas situações concretas. Assim, além de se ter um ordenamento jurídico mais justo, é nítido que a partir dessa premissa se tem um ordenamento jurídico mais seguro também.

Nesta senda, pode-se perceber a importância de impor os limites à autonomia privada, pois, essa perspectiva é o que assegura o pleno desenvolvimento da personalidade, igualdade e o próprio exercício da autonomia, uma vez que, não permite que a vontade seja absoluta prejudicando a parte mais frágil da relação jurídica entre particulares. Cabe destacar, que a personalidade consiste no direito ao indivíduo para adquirir direitos e contrair deveres, sendo eles considerados essenciais à tutela da dignidade e integridade humana.

Assim, os direitos da personalidade devem ser protegidos pela autonomia privada, ou seja, pela faculdade de escolha voluntária que surge da própria concepção do bem e dos próprios objetivos de vida do particular, sendo responsável por proteger o caráter intersubjetivo dos processos de formação da identidade pessoal e da sua consciência baseada em seu auto processo de transformação de seus valores.

Contudo, a autonomia privada assumiu grande importância na formação da ordem jurídica privada dos Estados liberais, uma vez que acaba por proteger todos os

sujeitos de direito, permitindo que os particulares resolvam seus conflitos e gerenciem seus problemas de acordo com seus próprios interesses - de maneira que respeitem o ordenamento cogente.

## 2.2 UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE CIVIL COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INDIVIDUAL

O conceito de capacidade civil surge no âmbito do direito privado como requisito do negócio jurídico, devido a necessidade de estabelecer segurança nas relações contratuais. Assim, a aplicação do conceito supracitado entende-se que a validade dos negócios jurídicos bem como a de seus efeitos, é condicionado a um modo de ser da pessoa que pretende praticá-los ou que já os praticou.

Ademais, esse modo de ser constitui um dos pressupostos de validade do negócio jurídico, que, adveio devido a exigência e necessidade de segurança e estabilidade das relações privadas, sendo posteriormente abraçado à categoria de norma de ordem pública, portanto, sendo conceito irrefutável pela iniciativa privada. Estabelece-se a ideia de capacidade como primórdio lógico de todo direito subjetivo, rompendo com a ideia de ser como simples direito subjetivo.

Insta salientar, conforme a etimologia da palavra, que “capacidade” advem do latim, derivada do verbo latino *capere*, cujos significados mais usuais são, agarrar, prender, tomar nas mãos, apoderar-se, apreender, adquirir, apanhar etc. Surgindo a ideia de capaz, o ser que tem aptidão. Ocorre que o conceito de capacidade associa-se a duas noções, que complementam-se uma à outra, até certo ponto.

*A priori*, a ideia de aptidão está inteiramente ligada desde a sua origem ao ser e sendo fator fundamental para a aquisição e o gozo dos mais variados direitos subjetivos. Essa aptidão para o gozo de direitos é própria do ser humano, é também chamada como idoneidade para a aquisição e titularidade de direitos.

Nesse sentido, adverte PEREIRA:

É como se o legislador dissesse – todo homem é suscetível, todo homem é apto. No sentido jurídico seria criticável o seu uso. Ter-se-ia tratado da capacidade antes de se ter assentado que é pessoa, e, ao mesmo tempo, ter-se-ia insinuado que a capacidade é inerente à condição de homem, o que seria errôneo. O que decorre da humanidade é a personalidade, porquanto a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e gozo dos direitos civis. (ano, pg. [...]).

A posteriori, o conceito de capacidade civil relaciona-se à noção de discernimento, consoante aduz CHAVES:

É justamente critério, prudência, juízo, tino, inteligência e, sob o ponto de vista jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o que é bom do que é mau, o que é lícito do que não é, o que é conveniente do que é prejudicial. (2017, p. 331).

Conforme se observa, a capacidade é tratada, sobretudo, através do discernimento de um atributo convencional, aplicada de acordo com o tempo, lugar e também o grau de desenvolvimento biológico e social da pessoa, a quem é atribuída em consonância à sua capacidade, a titularidade de direitos, pretensões, ações e exceções, como também a potencialidade para serem sujeito de deveres, obrigações, ações e exceções.

As duas noções do conceito supracitado trabalhado em tela – aptidão ou idoneidade e discernimento – correspondem a dois macro unidades de capacidade, conforme a tradição jurídica ocidental, que conferiram o entendimento capacidade de direito e a capacidade de fato. Salienta-se que alguns juristas associam o conceito de capacidade de direito com o conceito de personalidade jurídica.

Os doutrinadores que defendem a identidade de tais conceitos, destacam-se BEVILAQUA<sup>1</sup>, SANTOS, MIRANDA<sup>2</sup>, ALVES, GOMES<sup>3</sup>, RÁO e GONÇALVES<sup>4</sup>.

Contrários esta posição, FRANÇA, PERLINGIERI, SOUSA e GOGLIANO<sup>5</sup> sustentam no sentido de absoluta diferença entre os institutos discutido em tela. Assim, extrai-se o ensinamento de GOGLIANO:

Apesar de seguir *pari passu* com a personalidade, não há de se confundir uma com outra, porque, como vimos, esta é pressuposto daquela. Além disso, enquanto a personalidade jurídica é ampla e abrange todo o âmbito

<sup>1</sup> Ao mesmo tempo em que propõe distinguir a personalidade da capacidade (Teoria Geral do Direito Civil, cit, p. 81), Beviláqua afirma em nota que “a capacidade de direito confunde-se com a própria personalidade”. (Idem, p.82), depois, de observar a distinção que fazem os autores alemães entre capacidade de direito (Rechtsfaehigkeit) e faculdade de agir (Geschaeftsaehigkeit), sendo esta equivalente em nosso sistema jurídico à capacidade de agir (ou capacidade de exercício).

<sup>2</sup> MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. Tratado de Direito Privado. Vol. 1, cit., p. 155.

<sup>3</sup> Após equiparar conceitualmente capacidade de direito e personalidade jurídica o autor considera forçoso “reconhecer, portanto, que a personalidade nada mais é senão a idoneidade de poder querer juridicamente (capacidade)”. (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. 1, cit., p. 230).

<sup>4</sup> Em sua concepção, “personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito”, ou, ainda, “personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo”. (Tratado de Direito Privado, vol.1, cit. P. 154-155).

<sup>5</sup> GOGLIANO, Daisy. Direitos privados da personalidade, p. 363-364.

geral da vida do direito, a capacidade de direito é limitada, constituindo uma prerrogativa da pessoa à face dos direitos particularmente considerado.

Portanto, a personalidade e a capacidade são institutos essencialmente distintos. Enquanto o primeiro refere-se ao modo de ser da pessoa, ao complexo de qualidades e características, o segundo conceito trata-se de sua própria condição a titularidade de direitos e pretensões, ações e exceções, como também a potencialidade para sujeito de deveres, obrigações, ações, além das potencialidades, cambiáveis de acordo com o tempo e lugar, do indivíduo privado, conforme vejamos a seguir:

A capacidade civil de direito diz respeito a toda pessoa natural, motivo pelo qual se mistura com a ideia de personalidade, que também é reconhecida para todos, o que gera a possibilidade no indivíduo de ser sujeito de direitos. Sendo assim, não dependerá de ninguém para exercer os direitos e deveres de que é detentor, sendo o único responsável no mundo fático pelos seus atos, sendo assim considerado detentor da capacidade plena. (SOUZA; SILVA, 2017, p. 294).

A capacidade civil é responsável por tornar o cidadão apto a adquirir direitos e assumir deveres. Sendo assim no âmbito jurídico há a qualificação dos sujeitos como propensos a aquisição de titularidade em relações jurídicas, existindo com isso dois tipos de capacidade, a de direito que diz respeito a aquisição ou gozo, e a capacidade de fato, que trata do exercício desse direito.

A capacidade de direito não pode ser confundida com a capacidade de fato, pois esta é absoluta, bem como a personalidade, diferentemente da capacidade de fato sobre a qual incide a teoria das incapacidades e a sua possibilidade de gradação. Com isso, como há a possibilidade de se graduar de diferentes formas a capacidade de fato, surge para o ordenamento jurídico a existências de pessoas absolutamente e relativamente incapazes. (SOUZA; SILVA, 2017, p. 294).

Além do mais, o atual Código Civil, de acordo com PEDRINI e CARVALHO:

O atual Código Civil prevê que toda pessoa natural, ao nascer com vida<sup>2</sup>, adquire personalidade e capacidade jurídica. Aquela consiste na aptidão para obter direitos e contrair deveres na ordem civil, enquanto esta existe por derivação da personalidade jurídica, vez que é um de seus elementos. Isto é, a partir do momento em que a pessoa natural é investida de personalidade, é também de capacidade. (2017, p. 37).

Há no Código Civil brasileiro as pessoas enquadradas como absolutamente incapazes e como relativamente incapazes, mais precisamente sendo positivadas pelos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002. Os absolutamente incapazes são as

peças que não têm a menor condição de exprimir a sua vontade, ou seja, seus atos serão irrelevantes em relação ao ordenamento jurídico, sendo necessário a escolha de um representante legal para que possa agir civilmente, não podendo o absolutamente incapaz agir juridicamente como titular da sua causa. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 332-333).

Os atos praticados pelos absolutamente incapazes na ausência de seu representante legal serão sempre nulos, ou seja, não há a possibilidade de produzirem quaisquer efeitos jurídicos. Por sua vez, em relação aos relativamente incapazes a situação muda um pouco, pois seus atos serão anuláveis, sendo assim os seus atos produzirão efeitos até que advenha uma decisão que reconheça a invalidade do ato produzido pelo relativamente incapaz.

Os absolutamente incapazes são os menores de 16 anos, os enfermos mentais – mediante comprovação pericial médica – e as pessoas que por causa transitória não puderem exprimir vontade, como exemplos enfermos em UTI. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 335-336).

Nessa linha, há que se destacar o enquadramento dos chamados relativamente incapazes, que, de acordo com o CC/2002 são os cidadãos entre os 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, e também os excepcionais – aqueles que não possuem o sistema mental completo -, como por exemplo os portadores de síndrome de Down.

### **2.2.1 Incapacidade absoluta e relativa até o Código Civil de 2002**

A incapacidade consiste na ausência da capacidade de fato. Todos têm personalidade, mas, nem todos são capazes de praticar os atos da vida civil. Ressalta-se que a capacidade é a regra e, a incapacidade é vista como exceção, portanto, por ser excepcional, a lei prevê taxativamente as hipóteses de incapacidade.

O intuito da exceção acima mencionada ter sido criada, foi pensada para proteger aquele que não possui discernimento, maturidade, ou alguma doença que as tornem vulneráveis para a efetivação de seus direitos na esfera civil. Essas pessoas, não tem condições para discernir e ter noção das responsabilidades de seus atos, portanto, esses indivíduos são pessoas fáceis de serem manipuladas e, por isso necessitam de uma proteção mais rígida e abrangente do nosso ordenamento jurídico.

Exemplificando, existem dois tipos de incapacidade civil, senão vejamos: incapacidade absoluta - na qual, o sujeito necessita de estar representado por pessoa

com capacidade civil plena, e a incapacidade relativa - que impõem estar sujeito de direitos assistidos por uma pessoa com capacidade civil plena. Salienta-se que as hipóteses de incapacidade civil absoluta estão dispostas no artigo 3º e, a incapacidade civil relativa, encontra-se, no artigo 4º, todos do Código Civil.

Sendo assim, a pessoa pode ser considerada incapaz, quando esta não tem condições de cuidar-se por conta própria; assim, a incapacidade é dígida em absoluta ou relativa e permanente ou temporária. A incapacidade absoluta é o menor de 18 anos, já a incapacidade relativa vai depender do modo, lugar e tempo em que a pessoa foi abandonada, como por exemplo, nos casos de embriaguez, de enfermidade. A incapacidade permanente, é aquele que possui deficiência física, com difícil reparação, ou temporária, quando a pessoa abandonada sofre uma crise de depressão profunda.

Segundo Bitencourt:

É indispensável que o sujeito passivo, além da incapacidade de enfrentar os riscos decorrentes do abandono, encontre-se numa das condições especiais da relação de assistência referidas no caput do art. 133. É necessário que a vítima seja incapaz de defender-se dos riscos decorrentes do abandono. Não se trata da incapacidade disciplinada no direito privado, como seriam exemplo aqueles que se acham sob o pátrio poder, a tutela ou a curatela, os anciões, os enfermos etc. À evidência que a incapacidade pode decorrer de doenças ou de transtornos mentais, mas também pode provir de determinadas circunstâncias especiais, fáticas ou não, que, por alguma razão, inviabilizem o sujeito passivo de defender-se do perigo decorrente do abandono. (2012, p. 290).

No caso de assistência, é necessário que exista uma vinculação, de forma que o sujeito ativo exerça uma relação de autoridade face do sujeito passivo. Desta forma, o dever de assistência, deve existir antes da prática da conduta delituosa. (BITENCOURT, 2012, p. 294).

A relação entre os sujeitos ativos e passivos podem vir a ocorrer por meio de lei, convenção ou certos fatos lícitos ou ilícitos, ou seja, podendo ser resultado de uma norma de direito, de contrato, de particular aceitação do dever por parte do agente ou de pura situação de fato que o tenha colocado naquela situação de assistir a vítima.

Assim, deve-se entender que essa relação pode derivar: de lei; do Direito Público (Estatuto da Criança e Adolescente, lei de assistência a alienados), ou Direito Privado (Código Civil); de contrato ou convenção (enfermeiros, médicos diretores de colégio, em relação aos seus respectivos subordinados), das condutas lícitas ou ilícitas (o caçador que levar uma criança na mata não pode abandoná-la, quem recolhe

uma pessoa abandonada tem a obrigação de assisti-la). (BITTENCOURT, 2012, p. 89).

Portanto, a incapacidade absoluta, é a impossibilidade de se realizar pessoal e diretamente, os atos da vida civil. As práticas desses atos sem representação implicam a nulidade de pleno direito dos atos, independente de comprovação de prejuízo para o incapaz. Isso porque o prejuízo é presumido.

Somente são incapazes absolutamente para prática dos atos da vida civil os menores de 16 anos, determinados menores impúberes, que devem ser representados pelos genitores ou representante legal. A razão de ser previsão legal é que o legislador entende que, devido a pouca idade, a pessoa ainda não atingiu o necessário discernimento.

A antiga redação do inciso II, do art. 3<sup>a</sup> do Código Civil de 2002, previa que as pessoas com deficiência mental que não tivessem o necessário discernimento, possuíam incapacidade absoluta. Assim, a suposta proteção dada aos indivíduos supracitados, eram, na verdade, um mecanismo que limitava essas pessoas, dificultando a sua ingressão na sociedade, tendo em vista que acabam por inibir seus pensamentos e vozes.

Por sua vez, a incapacidade relativa, permite que as pessoas pratiquem os atos da vida civil pessoalmente, porém, na companhia de alguém que lhes preste assistência. A ausência do assistente gera a anulabilidade dos atos praticados pelo relativamente incapaz, ou seja, eles se convalidam se ninguém arguir a validade do negócio.

As hipóteses de incapacidade relativa são:

- a) Menores de 18 anos e maiores de 16;
- b) Os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, ou seja, alcoólatras e toxicômanos; (Destaque para a revogação, através do EPD, da previsão do deficiente mental que tenha discernimento reduzido.)
- c) Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Trata-se da antiga causa de incapacidade absoluta. Por exemplo, o surdo-mudo que não puder se expressar, o idoso portador de Alzheimer, ou uma pessoa em coma.)
- d) Os pródigos, sujeitos que dissipam seus bens e patrimônios de forma desordenada e desregrada. (Nesse caso, o curador ficará adstrito aos atos que possam comprometer o patrimônio do interditado, como emprestar dinheiro, transigir, dar quitação, alienação e aquisição de bens, hipotecar e, até mesmo, agir em juízo. Exemplo típico é o viciado em jogatinas). (BRASIL, 2002).

Isto posto, é notório que o legislador teve o intuito de proteger as pessoas que entende ainda não estarem preparadas para todos os atos da vida civil, ou seja, protege as pessoas que para ele não estão preparadas para a atuação na vida civil e por isso, o legislador enumera as que devem ser consideradas absolutamente incapazes e as que apenas têm a capacidade reduzida.

Assim, o que diferencia as proteções dadas a essas pessoas, está no fato de o absolutamente incapaz possuir condições, por isso, não vão poder atuar diretamente na vida civil, devendo ser representadas para que não seja o ato considerado nulo. Já as pessoas relativamente incapazes, podem praticar os atos da vida civil, sendo necessário apenas que seja assistida, sem a assistência poderá ter qualquer dos atos praticados anulados.

### **2.2.2 A Lei Federal nº 13.146/2015 e a busca pela inclusão das pessoas com deficiência**

A presente Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – mais conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe à tona na sociedade diversas discussões importantes sobre o tema supracitado, trazendo garantias e inclusão das pessoas com deficiência. Assim, causando inúmeras mudanças no ordenamento jurídico, senão vejamos.

Deste modo, proporcionou no ordenamento jurídico para as pessoas com deficiência a propagação do respeito, da inserção efetivada do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando a propagação do respeito e dando a possibilidade do direito ao exercício pleno das pessoas com deficiência. Além de trazer diversas mudanças ao Código Civil.

Inicialmente, para falar do surgimento da Lei nº 13.146/2015, deve-se voltar ao passado e entender todo o seu contexto histórico. Na Constituição Federal de 1934, flertava com a preocupação social, dando início ao direito de inclusão de pessoas com deficiência.

Baseado nas perspectivas de ARAÚJO (1994), outro progresso que surgiu com o tempo adveio da Constituição Federal de 1967, após a edição da Emenda nº 1 de 1969, conforme o artigo 175, parágrafo quarto, o qual aduz que “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. [...] § 4º Lei especial disporá sobre a assistência a maternidade, a infância e a adolescência e sobre a

educação de excepcionais”. (BRASIL, 1969.) Inicia-se aqui a primeira referência expressa as pessoas com deficiência.

Ocorre que a lei supracitada surge de dois marcos históricos normativos importantes e fundamentais para seu nascimento, sendo o primeiro a Carta Magna de 1988 e não menos importante a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU), qual seja, versou sob os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Assim, A Lei nº 13.146/2015 é instituída como sendo a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, descrevendo em seu art. 1º “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. (BRASIL, 2015). No artigo 2º, a referida lei faz a definição das pessoas com deficiência.

O artigo 3º, traz diversas diretrizes como conceitos que devem ser absorvidos para aplicação da referida Lei em comento, sendo eles: “I- acessibilidade; II- desenho universal; III- tecnologia assistiva; IV- barreiras; V- comunicação (Libras); VI- adaptações razoáveis; IX- pessoa com mobilidade reduzida; X- residências inclusivas (Suas); XI – moradia para a vida independente da pessoa com deficiência; XII- atendente pessoal; XIII- profissional de apoio escolar; XIV- acompanhante”. (BRASIL, 2015).

Imperioso destacar que a Lei trata acerca da igualdade e não discriminação para que pudesse tutelar o direito à igualdade de possibilidades da pessoa com deficiência, dando causa ao seu artigo 6º, sendo considerado a maior inovação da Lei, em que foi estabelecido que a deficiência não mais afetará a plena capacidade civil da pessoa, trazendo consigo a inclusão da plena capacidade às pessoas com deficiência e alterando o Código Civil de 2002.

Assim sendo, através do seu artigo 9º, acabou por criar o atendimento prioritário as pessoas com deficiência, com a finalidade de: “I - proteção e socorro; II - em todas as instituições e serviços públicos; III - disponibilização de recursos, humanos e tecnológicos que garantam igualdade de condições com as demais pessoas; IV - pontos de paradas, transporte coletivo de passageiros e segurança no embarque; VI - recebimento de restituição de imposto de renda; VII - tramitação de processos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, dentre outros. (BRASIL, 2015).

No art. 10, determina que a competência para proteger a dignidade da pessoa com deficiência é do Poder Público. Já no art. 15, apresenta o processo de

habilitação/reabilitação, trazendo aqui a importância de uma análise individualizada, pautado na verificação multidisciplinar das precisões e potencialidades de cada um.

A lei versa sobre o direito à saúde nos seus arts. 18 ao 26, assegurando proteção e cuidado a saúde da pessoa com deficiência, independente da situação, trazendo a obrigatoriedade desse atendimento ser realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), garantido assim acesso igualitário à saúde. Determina também quais os serviços e atendimento assegurados ao deficiente e seu acompanhante, tanto no âmbito público, como no privado.

A Lei em estudo aborda o direito a educação, sendo explanados nos arts. 27 ao 30, os quais estabelecem que o sistema educacional deve ser inclusivo em todos os seus níveis para que estas pessoas possam extrair o máximo de desenvolvimento, sendo ele físico, mental, psicológico, sensoriais, intelectuais e sociais. Traz à tona também que é dever do Estado promover a independência do indivíduo.

A lei em comento, assegura e estabelece que o direito a assistência social, descrita em seu art. 39 deve garantir segurança de renda, habilitação/inserção/reabilitação do indivíduo na sociedade, buscando trazer uma independência a pessoa com deficiência, favorecendo sua plena participação social. O art. 40 assegura o benefício mensal de um salário-mínimo a essas pessoas quando não possuírem condições de prover sua manutenção, conforme prevê a Lei 8.742/1993.

A lei supracitada, em seu art. 41, garante à aposentadoria nos termos da Lei Complementar nº 142/2013 e estabelece em seu art. 42 que a pessoa com deficiência tem direito à cultura, ao esporte, e ao lazer em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, o que resguarda sua participação e inclusão em todos os ambientes, expondo a preocupação do poder público com a inserção destas pessoas na sociedade. (BRASIL, 2015).

No art. 46 do Estatuto da Pessoa com Deficiência é assegurado de forma igualitária o transporte e à mobilidade com o intuito de eliminar todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso, garantido aqui o livre direito de ir e vir das pessoas com deficiência. Assim, a Lei estabelece em seu art. 53 que “acessibilidade é um direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, o exercício de sua cidadania e da participação social de forma independente”, de forma que favoreça sua autonomia. (BRASIL, 2015).

Por fim, é nítido que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é uma importantíssima conquista social, tendo em vista que garantiu a dignidade da pessoa

humana na sua maior dimensão de igualdade, trazendo inúmeras mudanças em diversas áreas do Direito em razão do seu art. 6º. Isto foi fator determinante para inclusão e proteção das pessoas com deficiência, uma vez que, foi o responsável por retirar a incapacidade das pessoas com deficiência e inclui-las e assegurá-las o exercício pleno de seus direitos.

Conforme ARAÚJO e COSTA FILHO (2016), o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez um estudo conceitual e adotou o modelo biopsicossocial de deficiência, que evidenciou que as verdadeiras barreiras enfrentadas por eles, não dizem relação aos seus impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais, o verdadeiro obstáculos são criados pela exclusão social que os impedem de exercerem seus direitos sociais de forma autônoma e independente.

Sendo assim, segundo a Lei nº 13.146/2015, a deficiência não pode mais ser tratada como uma incapacidade, uma vez que a Lei garante o respaldo da pessoa com deficiência em praticar sua capacidade legal em paridade com os demais, e somente em situações excepcionais, passará a ter seus direitos restringidos, por intermédio de curatela ou do instituto novo da tomada de decisão apoiada, conforme dispõe o artigo 1783-A do Código Civil 2002.

Segundo os autores ARAÚJO e COSTA FILHO (2016), os dois institutos têm como intenção proteger a pessoa com deficiência, quando de maneira excepcional a mesma estiver em situação de dificuldade, garantindo assim à igualdade de condições com as demais pessoas. Assim ressalvam, que a teoria da incapacidade não foi definitivamente eliminada, mas, sim mitigada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiente, devido aos princípios absorvidos da Constituição Federal de 1988 e da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

Com isso, devido às mudanças realizadas no ordenamento jurídico, pode-se realizar de uma maneira muito mais igualitária, a definição dos atos e as atividades que serão objetos da preservação da autonomia da pessoa com deficiência em relação às situações que esta deverá ser assistida e quais as hipóteses de representação, buscando em primeiro lugar proteger tais direitos. Saliencia-se, que na teoria das incapacidades, a qual, obriga a pessoa vulnerável em sua autodeterminação que seja amparada nas decisões patrimoniais, o EPCD, não admite que por conta disso, pressuponha-se automaticamente a privação do autogoverno no plano íntimo da sexualidade e vida familiar.

Imperioso destacar que a Lei supracitada, além de trazer alterações, cria institutos jurídicos relativos à concepção de deficiência, a capacidade legal, a avaliação psicossocial e acessibilidade, promovendo inúmeras modificações em normas nacionais, entretanto, as maiores mudanças foram sentidas no Código Civil em seus artigos 114 e 116, criando um novo horizonte na teoria das incapacidades e no instituto da interdição ou curatela.

Assim, após a redação da Lei 13.146/2015 modificou-se, de maneira substancial tais entendimentos, garantindo aos excepcionais o instituto da decisão apoiada em relação às questões patrimoniais, bem como caráter de capacidade plena em relação as suas liberdades individuais, como desejo de realizar atos sexuais, possibilidade de constituir família, casar-se, ter filhos etc.

Insta salientar, que antes da promulgação da Lei 13.146/2015 dependeria do regular processo de interdição, podendo até mesmo o excepcional ser enquadrado como absolutamente incapaz em diversos casos pelo magistrado, fato hoje abolido devido ao Estatuto das Pessoas com Deficiência que tem o propósito principal de inserir e garantir uma maior igualdade aos deficientes. (TARTUCE, 2015, p. 90-93).

Portanto, com a implementação da Lei Federal nº 13.146/2015, revogou-se a maioria dos incisos do artigo 3º e 4º do Código Civil de 2002, retirando assim os deficientes da condição de incapazes, sendo assim o mero fato de o indivíduo ser possuidor de deficiência mental, por menor grau que seja acometido não mais faz com que ele seja inserido no rol dos incapazes. Portanto, situação essa no que diz respeito tanto aos relativamente incapazes quanto os absolutamente incapazes, porém há de se elencar que isso não afasta o portador da deficiência mental de ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos, sendo mantida a possibilidade de que o cidadão possa ser submetido a curatela. (REQUIÃO, 2016, p. 05).

Ante o exposto, pode-se extrair que o conceito da capacidade civil foi reconstruído e ampliado, no qual trouxe mudanças que reforçaram a busca pela proporcionalidade na definição da incapacidade, preservando a capacidade e o mínimo de intervenção, essa só quando se demonstrar necessária. Deste modo, promovendo a independência do vulnerável, permitindo que este possa expressar sua vontade, quando o mesmo for considerado relativamente incapaz, uma vez que, não há mais a condição de incapacidade absoluta.

## 2.3 ORDENAMENTOS JURÍDICOS SUPRANACIONAIS PROPORCIONADORES DA AUTONOMIA DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA MENTAL

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) impactou diretamente o ordenamento jurídico pátrio, assumindo um papel incontestável do novo regramento sobre a capacidade civil das pessoas com deficiência. Salienta-se que o tratado internacional da CDPD, foi aprovado por 3/5 de seus membros nas duas casas do Congresso Nacional, ou seja, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional.

Assim sendo, as disposições contrárias ou incompatíveis com os ideais estabelecidos com CDPD, automaticamente tiveram que ser revogadas, em virtude da convenção supracitada ser hierarquicamente superior ao Código Civil de 2002, por exemplo. Portanto, é imperioso mencionar que a Convenção surgiu para estabelecer ainda mais proteção as pessoas com deficiência, com foco em sua dignidade humana e na livre autonomia de exercer seus direitos.

Conforme aduz DINERSTEIN (2012, p. 01), no art. 1º da Convenção, é possível observar que não há uma definição exata do termo deficiência, apenas que, a interação destas pessoas com diversas barreiras, podem impedir sua plena participação na sociedade. Portanto, existe uma construção que a deficiência não está interamente ligada a pessoa e sim, na dificuldade que a sociedade tem para se adaptar e fornecer um ambiente acolhedor das necessidades especiais que estas pessoas possuem.

Em outras palavras menciona BACH (2010, p.14) que estabelece que a deficiência não tem nada a ver com a condição do indivíduo, mas, sim, no despreparo da sociedade em lidar com suas necessidades especiais, ao qual, gera obstáculos que essas pessoas não deveriam enfrentar para viver em sociedade. Logo, o foco estar direcionado justamente para onde problema se encontra, qual seja, de criar meios e instrumentos para que as pessoas com deficiência possam gozar de sua autonomia plena e assim ter suas vontades e desejos respeitadas por toda humanidade.

Ademais, diante da Convenção supracitada, temos o art.12 como grande destaque, uma vez que trata de maneira extramamente importante sobre a questão da capacidade das pessoas com deficiência, assumindo um papel de destaque. Faz-se necessário transcrever o citado artigo para elucidar a matéria:

Art. 12 Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens. (ONU, 2006).

Outrossim, o termo capacidade legal abordado pelo art. 12 da CDPD, traz dois componentes, sendo eles: a capacidade de ser titular de um direito e a de exercê-lo, inclusive ingressando em juízo, exemplificando, a capacidade poder ser parte em nome próprio. É possível observar essa mudança no parágrafo 2, do art. 12, em que determina que os Estados reconheçam que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com os demais indivíduos da sociedade, até mesmo nos casos excepcionais que há a redução de discernimento, as pessoas com deficiência terão capacidade plena para praticar atos jurídicos. (BACH, 2009, p.4)

O parágrafo 3º assegura que todas as medidas relativas ao dever da capacidade legal, devem incluir salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos. Além do mais, determina que as salvaguardas cumpram e obedeçam os seguintes requisitos, como: respeitar os direitos, a vontade e as preferências das pessoas; que não haja conflito de interesses e de influência indevida; que sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias e ao grau em que tais medidas afetem os direitos e interesses da pessoa; que seja aplicado ao período mais curto impossível e que sejam submetidas a uma revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.

No último parágrafo, é notório a preocupação a proteção do patrimônio da pessoa com deficiência, uma vez que, determina que os Estados Partes devem tomar todas as medidas apropriadas e efetivas para proteger às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, como de controlar as próprias finanças também, além de ter igual acesso a empréstimos bancários e outras formas de crédito financeiros.

De mais a mais, o CDPD faz uma abordagem mais social, podendo ser observada na definição de capacidade legal, tendo em vista que, a Convenção não foca nos atributos individuais da pessoa ou suas limitações, mas, sim, nas barreiras sociais, econômicas e legais que as pessoas com deficiência acabam enfrentando devido a sociedade desigual que vivemos. Além de destacar a importância das decisões individuais, como também no apoio e acomodações, caso ela precise, trazendo uma exaltação à sua habilidade particular de tomar decisões. (BACH; KERZNER, 2010, p.18).

Assim, destaca-se o princípio estabelecido pelo CDPD, que determina o direito da pessoa com deficiência a ter respeitada sua dignidade humana, sua autonomia e independência individual, dando destaque para sua liberdade de fazer as próprias escolhas. Tornando-se instrumento integrativo e interpretativo a ser utilizado para entendimento de todos os dispositivos da CDPD. (PALÁCIOS, 2015, p. 24).

Com isso, o legislador foi enfático em enumerar em diversos dispositivos da CDPD que devem ser respeitadas a autonomia e a liberdade da pessoa com deficiência fazer as próprias escolhas, tornando-se de extrema importância essa ênfase, uma vez que, o regramento antigo acabava por limitar indevidamente a autonomia da pessoa sujeita a curatela e, era enxergada por muitos como uma medida protetiva.

Interessante destacar um acórdão do TJDFT, sobre o tema:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. ALVARÁ JUDICIAL. SUPRESSÃO DE CONSENTIMENTO. CASAMENTO. INCAPAZ. REPRESENTADO POR CURADOR. LEGALIDADE. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

I - O casamento constitui na união legal, formal e solene, entre homem e mulher, com o propósito de constituir família, a partir da comunhão plena de vida, e com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. II - Estando o interessado incapaz devidamente representado por curador legal, não há razões para se indeferir pedido de supressão de consentimento para casamento, mormente se já convive maritalmente com a interessada por aproximadamente cinco anos, possuindo prole em comum, até porque a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional impõem a facilitação

da conversão da união estável em casamento. Além disso, entendimento contrário poderia implicar em violação dos princípios da igualdade, da liberdade de consciência e de crença e de inviolabilidade da honra das pessoas, bem como dos fundamentos republicanos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. III - Deu-se provimento ao recurso. (TJDFT, Acórdão n. 491959, 20100710240789APC, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Revisor: VERA ANDRIGHI, 6.<sup>a</sup> Turma Cível, Data de Julgamento: 23/03/2011, publicado no DJE: 31/03/2011. Pág.: 288).

Outro julgado muito interessante que merece evidencia para elucidar o tema tratado a cima, desta vez, proveniente do TRF da 2.<sup>a</sup> região:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. ANOMALIA PSÍQUICA. CURATELA. CASAMENTO. NULIDADE. MORTE DA MÃE CURADORA. SERVIDORA CIVIL DA UNIÃO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA. NECESSIDADE. 1. A autora interdita, por anomalia psíquica, apela da sentença que lhe negou pensão estatutária por morte da mãe, convencido de inexistir dependência econômica, afora o estado civil de casada, com filhos. 2. O art. 1548, I, do C. Civ./2002, com o mesmo sentido do art. 207 do C. Civ./1916 somente é aplicável a casamentos de deficientes mentais absolutamente incapazes, nos termos do art. 3.<sup>o</sup>, II. Conseqüentemente, são válidos os casamentos de portadores de anomalias psíquicas que podem manifestar, com um mínimo de discernimento e direção a sua própria vontade, máxime na concretização de situações existenciais, ditadas pelo afeto em que consubstancia o vínculo conjugal. 3. Por outra abordagem, mas com esse mesmo sentido, no caso concreto, não é razoável supor que os pais da apelante, médicos de formação, pudessem consentir na jornada de um casamento ante um quadro patológico de completa insanidade, tal como sugere o laudo que lastrou a interdição, cujo valor apenas se credita à vista do estado clínico do tempo da sua elaboração, todavia sem correspondência direta e necessária com o estado anterior, da época do casamento, que perdurou por 7 (sete) anos, com a geração de três filhos normais, todos hoje maiores de 30 anos de idade, os quais, no contexto do processo, aparecem sublimados. 4. É verdade que a norma da Lei n.º 8.212, art. 217, II, a, apenas cogita da condição de invalidez do filho, mas aí, indubitavelmente, para cobrir as hipóteses de continuidade da relação de afeto e dependência, e nunca o elastério que se pretende de subsistir como ancorar em porto seguro a que os filhos possam permanentemente recorrer segundo a ordem de suas vicissitudes e/ou circunstâncias personalíssimas. Não se confunde a obrigação de prestar alimentos, que a lei impõe nas relações familiares parentais, com os fundamentos éticos legais que inspiram o pensionamento. 5. Não pode a autora optar pela via aparentemente mais cômoda e proveitosa do pensionamento materno, pois era curial que demonstrasse com provas positivas e convincentes a indigência do marido, que a desposou, que também é servidor público, e de quem não se divorciou, apesar do suposto abandono; dos filhos, e do pai se vivo for, como detentores primários da obrigação de prestar-lhe alimentos, nos termos da lei civil. Conclusão em sentido contrário, sensibiliza como filantropia, mas não como dado de justiça, pois a proteção eventualmente devida à autora não encontra amparo na Lei n.º 8.212, mas sim na lei civil, que obriga os parentes a prestarem-se, entre si, alimentos. 6. Apelo improvido e agravo retido prejudicado. (TRF-2, AC - APELAÇÃO CÍVEL – 521216, Rel.: Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO, Órgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data Decisão: 03/12/2012, Fonte: E-DJF2R - Data: 11/12/2012).

Assim, acertadamente o professor QUINN (2010, p.13-14), mestre e doutor em direito pela universidade de Harvard, aduz que, *In verbis*:

Todos nós temos o direito de cometer os nossos próprios erros. Toda a vida é um experimento — e, às vezes, nós nunca aprendemos. Às vezes, sofremos as consequências. E, de modo geral, permite-se que a perda permaneça onde ela cai. Nós — como indivíduos — não somos organizações de aprendizagem. Somos todos falhos, e isso ajuda a tornar-nos quem somos. É a capacidade intelectual tão diferente? Bem, você pode dizer que é diferente, precisamente porque a deficiência é intelectual, o que significa uma capacidade reduzida para processar informações e tomar decisões conscientes. No entanto, só porque alguns de nós são considerados com plena capacidade não significa que usamos essa capacidade para peneirar racionalmente informações e fazer escolhas analíticas frias. A vida simplesmente não é assim para a grande maioria — por que tem de ser assim para a minoria? Em outras palavras, há uma profunda contradição entre tolerar escolhas e tomadas de decisão extremamente pobres em pessoas sem deficiência, por um lado, e depois elevar o nível a um ponto excessivamente para pessoas com deficiência — tão alto que a maioria das pessoas não deficientes teria dificuldade de superá-las.

Destarte, deve-se comemorar bastante os avanços trazidos pelo CDPD, pois, rompeu uma era de todo um histórico de exclusão e invisibilidade desses indivíduos, conseguindo vencer uma guerra árdua e, articular um processo de luta por direitos humanos. Imperioso destacar, que alcançaram conquistas gloriosas e também inéditas, sendo elas: No plano internacional, a provação de uma Convenção Internacional cuja elaboração se deu com participação direta e ativa do movimento e, no plano nacional, a ratificação deste documento e seu protocolo com status de Emenda Constitucional, insta salientar, não alcançado até o momento por nenhum outro tratado.

Assim, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é mais que apenas uma Lei, pois, cria a possibilidade de novos caminhos a serem traçados pelo movimento, permitindo e facilitando que o movimento se fortaleça, forme novas articulações em prol da defesa dos direitos das pessoas com deficiência ao redor do mundo. Além do mais, a luta árdua do dia a dia para a defesa das pessoas supracitadas, ganhou uma nova ferramenta, para reivindicar a concretização de direitos no plano interno.

### 3 O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ÂMBITO DA AUTONOMIA PRIVADA

Desde a sociedade romana já se eram conhecidos e punidos os crimes sexuais, sendo considerado estupro qualquer tipo de relação sexual com mulher casada, isso no ano 18 (d.C.), o direito antigo (romano e grego) já previa penas e já pousavam os olhares contra as violências sexuais existentes na época. Não se tem registros da nomenclatura “atentado violento ao pudor” nessa época apenas aparecendo a denominação *stuprum* que como citado anteriormente se baseava na violência sexual praticada contra mulheres casadas na época. (BITENCOURT, 2017, p. 48 - 49).

Com o caminhar da humanidade nos deparamos com o Código Criminal do Império pátrio, sendo o primeiro diploma penal genuinamente brasileiro, distinguindo aqui do Livro V das Ordenações Filipinas – figurou no país durante 200 anos –, uma vez que era oriunda de Portugal.

Inicialmente, O primeiro Código originalmente brasileiro abarca os delitos sexuais em uma série de condutas, tratadas a partir do art. 219, qual sejam, foram inseridas nos crimes de estupro e rapto. O primeiro delito descrito era “deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos”.

Imperioso destacar que o Código Criminal do Império esmoreceu as penas imputáveis aos delitos sexuais, prevendo, inclusive – situações que extinguiram a punibilidade do agente, exemplificando; o casamento da vítima com o agressor. O mesmo dispositivo fazia distinção no caso da vítima ser prostituta, ao qual, estabelecia uma pena mais branda ao estuprador.

Outrossim, ao mergulhar no Código penal de 1890, podemos observar que o Código supracitado, influenciou bastante no limite máximo de imposição de pena, qual seja, estabeleceu o tempo máximo de 30 anos. Referente ao crime de Estupro, culminou penas pouco expressivas, conforme estabeleceu o artigo 269, *in verbis*:

Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim a possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anestheticos e narcóticos. (BRASIL, 1890).

O crime de estupro vinha previsto no art. 268, que estabelecia a conduta de estuprar mulher virgem ou não, mas honesta, era punida com pena de prisão celular

de 1 a 6 anos. Contudo, o parágrafo 1 alertava que se a vítima fosse mulher pública ou prostituta, a pena seria reduzida para um patamar de 6 meses a 2 anos. Em geral, pode-se constatar que o crime de estupro era extremamente brando e de fato, jamais protegeu verdadeiramente a mulher.

Além do mais, diante do Código Penal de 1940, traz a distinção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Inicialmente, o fato que mais chama atenção está ligado na cominação de penas distintas para o estupro e o atentado violento ao pudor, sendo o primeiro punido por pena de três a oito anos de reclusão e, o segundo pena de dois a setes anos de reclusão. Neste sentido, o estupro tornou-se crime próprio, uma vez que, a respectiva lei restringia o crime de estupro apenas para os homens, ou seja, somente os homens poderiam ser autor do crime de estupro, contudo, a mulher poderia figurar como coautora.

De a mais a mais, o supracitado Código disciplinava os crimes de sedução e corrupção de menores, crimes esses que foram revogadas por recentes modificações legislativas, por Leis Federais que será caso de estudo da presente monografia, como as Leis 11.106/05 e 12.015/09. Assim, trazendo uma pena mais severa ao autor do ato ilícito e, trazendo novas tipificações penais para o crime em comento.

Com isso, o Código Penal atualmente vigente enfrentou significativas mudanças no ano de 2005 pela Lei Federal 11.106/2005, trazendo à tona e abrangido por uma nova perspectiva social, a legislação afasta a discriminação de gênero, levando conceitos jurídicos mais igualitários em relação a mulher, além de coibir a exploração sexual e infantil e eliminar dispositivos ultrapassados pelo novo ordenamento do direito penal sexual. (GRECO, 2010, p. 129-130)

Sendo assim, imperioso destacar o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, referente ao propósito da Lei 11.106/2005. *In verbis*:

Justamente buscar a valorização da vítima do crime praticado contra a liberdade sexual, impedido que o matrimônio constitua motivo de afastamento da possibilidade punitiva do Estado em questão grave, em especial quando ocorrem estupro e atentado violento ao pudor. Cuida-se de nova política criminal estatal nesse cenário. (BRASIL, 2005).

Após o exposto, é nítido que mudanças valiosas ocorreram da promulgação da Lei Federal 11.106/2005, vide, a nova política criminal oriunda da supracitada Lei, a valorização da vítima nos respectivos crimes tratados neste capítulo, além de extingue a punibilidade pelo casamento do agente com a vítima. Conforme visto, as

modificações foram significativas e tendentes à atualização do sistema penal repressivo e, embora sujeita a críticas pontuais, a nova lei contém mais acertos do que erros, contrariando a sofrível realidade penal dos últimos tempos.

### 3.1 DESENVOLVIMENTO JURÍDICO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO BRASIL

O estupro de vulnerável passou a ser tratado em um artigo específico do Código Penal Brasileiro após o surgimento da supracitada lei de número 12.015/09, que fez surgir o art. 217-A do atual Código Penal Brasileiro. Logo, o art. ora mencionado passou a tratar acerca do estupro de vulnerável de maneira autônoma, pois antigamente ele compunha o art. 213 também do Código Penal Brasileiro, sendo assim o crime passou a ter sanções próprias diferentes das que se faziam presente no crime de estupro mediante violência ou grave ameaça. (CAPEZ, 2017, p. 01).

Como se faz possível observar, alguns pontos do antigo art.213 do Código Penal foram mantidos no 217-A, porém a principal mudança promovida foi em relação a retirada da necessidade do uso da força e da grave ameaça para a configuração do delito, como pode-se observar a partir da leitura do artigo supracitado:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). (BRASIL, 1940).

Assim, os menores de 14 (quatorze) anos passam a ser absolutamente incapazes de decidir acerca dos seus atos sexuais, por mais psicológica e fisicamente completos que alguns destes possam parecer, o Código Penal trata de maneira

taxativa a incapacidade do menor de 14 (quatorze) anos de discernir sobre atos sexuais. Fora também exposto de maneira taxativa que o emprego da violência não se faz necessário para que se ocorra o crime disposto no art. 217-A do Código Penal, apenas a conjunção carnal ou qualquer outro tipo de ato libidinoso já se faz suficiente para o enquadramento do agressor ao crime supracitado. (GRECO, 2017, p. 83-90).

Cabe elencar que o instituto da vulnerabilidade não apenas se dá ao menor de 14 (quatorze) anos, o art. 217-A do Código Penal traz à tona a questão das pessoas com deficiência física ou mentais e as pessoas que no momento do ato estavam plenamente impossibilitadas de discernir acerca do que estava ocorrendo. Conforme os casos de embriaguez absoluta ou em pleno uso de drogas, não podendo qualquer relação com pessoas com deficiência mental ser tratada como estupro de vulnerável, haja vista que se faz necessário se auferir o nível de cognição do enfermo. (GRECO, 2017, p. 88-90).

### **3.1.1 Os crimes contra a dignidade sexual na perspectiva tridimensional do Direito**

Para REALE, criador da teoria tridimensional do Direito, o mesmo entende que ao analisar-se fenomenologicamente a experiência jurídica o Direito é estruturalmente tridimensional. Assim sendo percebido em três elementos, quais sejam, o normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos e acabam que se reverberam em uma situação de fato que se refere a valores determinados. (1999, p. 490).

Ocorre que, não existe uma divisão e/ou dinâmica entre os elementos, como aduz o Autor, acontece na verdade “apenas um predomínio ou prevalência de sentido e não uma tripartição rígida e hermética de campos de pesquisa”, tendo em vista, que os elementos se complementam entre si, não havendo uma hierarquia ou preferência entre os elementos. (REALE, 1999, p.510).

Sendo assim, diante de duas teorias tridimensionais, quais sejam, o tridimensionalismo específico e o tridimensionalismo genérico. Segundo REALE, o tridimensionalismo específico é real admissibilidade do entendimento da pesquisa acerca do direito através da reflexão conjunta dos três elementos, senão vejamos:

O que denominamos tridimensionalismo específico assinala um momento ulterior no desenvolvimento dos estudos, pelo superamento das análises em separado do fato, do valor e da norma, como se se tratasse de gomos ou fatias de uma realidade decomponível; pelo reconhecimento, em suma, de que é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores. (REALE, Miguel, 1999, p. 513).

Logo, é essencial verificar a história para que seja possível perceber que o Direito em diversos momentos nem sempre foi analisado sob uma ótica unitária dos elementos, sendo eles; fato, valor e norma, mas, analisado de forma setorial e unilateral. Após a segunda guerra mundial, que surgiu as primeiras teorias acerca da dinâmica dos três elementos, chamada de tridimensionalidade genérica.

Assim, a tridimensionalidade genérica, trata cada um dos três elementos de forma abstrata, fazendo eles corresponderem a um ramo distinto e autônomo da área jurídica, nesse sentido: o sociologismo jurídico tratado como fato; o moralismo jurídico como valor; normativismo jurídico como norma. Não sendo reconhecido aqui uma correlação entre os três fatores como algo essencial ao direito.

Imperioso destacar, diante da teoria criada por REALE, a marcante característica do culturalismo, onde pode ser facilmente identificada pelo reconhecimento do autor, quando analisa a tríade fatorial da teoria, ou seja, a necessidade de análise da realidade social e cultural. Portanto, deve-se compreender que o Direito é cria da cultura humana, pois, decorre do processo existencial dos indivíduos e da coletividade.

Aduz REALE, nesse sentido, senão veja-se:

Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. (REALE, 2003, p.91).

Assim sendo, o Direito é não relativo, mas, sim, sujeito a mudanças, tendo em vista, a relação dialética entre fato, valor e norma, pois, nada mais é que o reflexo da realidade cultural-social na qual o Direito está inserido. Após todo o exposto, é imprescindível estudar a origem dos crimes contra a dignidade sexual a partir da teoria tridimensional do direito e entender como as mudanças que antecedem a sociedade, interferem diretamente no ordenamento jurídico, senão vejamos:

Os crimes contra a dignidade sexual, desde os primórdios da humanidade são

consideráveis como desprezíveis, sendo tratado com desprezo pela sociedade. Entretanto, para chegar no patamar de um dos crimes mais inaceitáveis do nosso país, percorreu um longo caminho para ser considerado infração grave.

Na França dos séculos XVI ao XIX, o estupro já era visto com maus olhos, mas, mesmo assim, o número de ações penais que versavam sobre o assunto era consideravelmente baixo. Além de ser uma vergonha para mulher que sofria julgamento de maneira difusa por toda sociedade. Assim, no século XX, surge a pedofilia e com ela, a mudança de pensamento da sociedade, que, começa a entender que a figura do estupro pode ser, além de uma pessoa denegrada, qualquer ser humano, seja ele da alta sociedade ou até mesmo qualquer pessoa marginalizada. (VIGARELLO, 1998, p.145)

No Brasil, o estupro como já exemplificado acima, surgiu no Código Criminal do Império, mas, a proteção dada diante a esse crime bárbaro era destinado apenas a mulher “honesta”, caso, a mulher não se enquadrasse nesse termo, a pena seria reduzida. Além de que, caso, a vítima constituísse matrimônio com o autor do fato, não seria destinado nenhum tipo de penalidade.

Com o caminhar e desenvolvimento da sociedade, as aberrações destinadas ao crime de estupro foram sendo modificadas pelas legislações e outros crimes contra a dignidade sexual foram surgindo. Como se pode ver no artigo 216-A, trazido pela legislação americana para brasileira pela Lei 10.224/2001, estabelecendo há figura do assédio sexual.

Contudo, se pode encontrar a manutenção desta conduta desde os tempos da escravidão, quando os senhores feudais tinham como rotina constranger as escravas devido a sua posição para obter vantagem sexual. O crime de assédio sexual só foi tipificado no Estados Unidos na década de 1990, sendo assim, utilizada como modelo para o Brasil. (LIMA FILHO,2007, p.156).

Outrossim, outra mudança produzida pela sociedade e sentida no ordenamento jurídico ocorre em 2009, com a Lei federal 12.015 que promove uma alteração no Título VI do Código Penal de 1940, sendo ela, a denominação do referido título, que antes era “Dos crimes contra os costumes” e após a reforma a denominação passa a ser “Dos crimes contra a Liberdade sexual”.

Ademais, a palavra costume remete-se aos hábitos sexuais considerados apropriados ou não pela sociedade, ou seja, a preocupação do legislador antes da reforma era mais moral do que jurídica, pois, prezava-se mais pela moral e os bons

costumes do que a própria Liberdade sexual e proteção a mulher. Portanto, hoje devido a mudança de cultura da sociedade, do saber, do comportamento, reflete diretamente no ordenamento jurídico pátrio, trazendo reflexos diretos as legislações atuais, nos quais modificam por completo todos quesitos não mais tolerados por uma sociedade evoluída.

Um das mudanças mais sentidas foi o tratamento dado ao indivíduo que procurou proteger a liberdade sexual do ser humano, sua dignidade a partir do ponto de vista da Carta Magna de 1988, que tem como cláusula pétrea a proteção à dignidade da pessoa humana, direito individual de todo cidadão. Desde então o Código Penal não traz mais distinção entre homens e mulheres, religião ou classe econômica.

É através da teoria do Professor REALE, que podemos entender como ao longo do tempo o tratamento aos crimes de dignidade sexual teve um endurecimento de maneira difusa pela sociedade e como os ordenamentos jurídicos pátrios.

Essas mudanças podem ser sentidas a partir do momento que a sociedade começa a valorar de forma mais negativa os crimes contra a dignidade sexual e não aceitar mais, que os Autores não sejam punidos de maneira irrelevante, assim, começam a punir de maneira difusa esses autores.

Pode-se então observar que esses julgamentos e condenações produzido pelos indivíduos acontecem nas mais diversas áreas da sociedade, sendo feito na mais alta classe, como, inclusive de maneira corriqueira, dentro das próprias penitenciárias, qual sejam, tratando os estupradores como a escoria da sociedade.

Logo, é através desse índice de alta reprovação e valoração negativa destinado aos crimes contra a dignidade sexual, que veio adjunto ao desenvolvimento/caminhar da sociedade que vivemos cada vez mais o processo de reprovação desses delitos, podendo ser sentido e vivenciado na própria cultura da sociedade, como no ordenamento jurídico.

### **3.1.2 Atualizações normativas proporcionadas pela Lei Federal nº 12.015/2009**

A Lei federal 12.015/2009 trouxe inúmeras modificações, reformulou a parte especial do Código Penal que tratava dos “crimes contra os costumes, passando a denomina-los como “crimes contra a dignidade sexual”. Trazendo à tona a preocupação do legislador, com o respeito à dignidade da pessoa humana, pilar do

Estado Democrático de Direito, com a tentativa de combate às diversas espécies de violência sexual, não regulados de forma eficaz pelas legislações anteriores.

Assim, o título de estupro de vulnerável, que não existia, surge abarcando não só a conjunção carnal, como quaisquer outros atos libidinosos, motivo pelo qual a Lei Federal supracitada confere um maior alcance e amplitude. Com isso, retirando o homem como o único sujeito ativo do crime de estupro, permitindo que tanto o homem quanto a mulher possam vir a ser sujeitos ativo ou passivos do crime de estupro, retirando o estupro da qualificação de crime próprio para crime comum.

Ademais, com a retirada da presunção de violência do fato típico do 217-A, surge para o tema a questão da vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, situação que vem sendo discutida com grande amplitude dentro do direito penal, haja vista que apenas se caracteriza como vulnerabilidade absoluta a situação do menor de 14 (quatorze) anos (vide sumula 593 do STJ), em relação as pessoas portadoras de deficiência mental há a chamada vulnerabilidade equiparada ou relativa, pois não existe ainda posição sumulada em relação a vulnerabilidade dos deficientes mentais (CAPUCHO, 2018, p. 13). Segundo BITENCOURT (2017, p. 97):

Na realidade, o legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, ora refere-se a menor de catorze anos (arts. 217-A, 218, e 218-A), ora a menor de dezoito (arts. 218-B, 230, § 1º, 231, §2º, I, 231-A, §2º, I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresso, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de catorze anos) e outra relativa (menor de dezoito, conforme destacou, desde logo, Guilherme Nucci). No entanto, somente a vulnerabilidade do menor de catorze anos pode ser em tese, presumida, as demais devem ser comprovadas [...].

Assim, os menores de 14 (quatorze) anos passam a ser absolutamente incapazes de decidir acerca dos seus atos sexuais, por mais psicológica e fisicamente completos que alguns destes possam parecer, o Código Penal trata de maneira taxativa a incapacidade do menor de 14 (quatorze) anos de discernir sobre atos sexuais. Fora também exposto de maneira taxativa que o emprego da violência não se faz necessário para que se ocorra o crime disposto no art. 217-A do Código Penal, apenas a conjunção carnal ou qualquer outro tipo de ato libidinoso já se faz suficiente para o enquadramento do agressor ao crime supracitado. (GRECO, 2017, p. 83-90).

Cabe elencar que o instituto da vulnerabilidade não apenas se dá ao menor de 14 (quatorze) anos, o artigo 217-A do Código Penal traz à tona questão das pessoas com deficiência física ou mentais e as pessoas que no momento do ato

estavam plenamente impossibilitadas de discernir acerca do que estava ocorrendo. Desta maneira, como os casos de embriaguez absoluta ou em pleno uso de drogas, não podendo qualquer relação com pessoas com deficiência mental ser tratada como estupro de vulnerável, haja vista que se faz necessário se auferir o nível de cognição do enfermo. (GRECO, 2017, p. 88-90).

Trazendo à baila mais uma modificação de suma importância que a lei 12.015/09 trouxe para o ordenamento em relação ao crime de estupro de vulneráveis foi a sua inclusão no artigo 1º da lei 8.072/90, tornando assim a nova leitura em relação ao crime de estupro de vulneráveis também como crime hediondo no Brasil. Fato que antes não se fazia presente em território nacional, pois apenas o caput do artigo 213 fora taxado como crime hediondo, tendo a lei supracitada o dever de corrigir tal absurdo interpretativo. (BITENCOURT, 2017, p. 62-63).

Além do mais, conforme foi visto, no delito em estudo não há o que se falar em consentimento para a prática do ato, tendo em vista, que a legislação penal previu a vulnerabilidade de forma absoluta quando trouxe a ausência de violência ou grave ameaça. Sendo assim, o suficiente para sua configuração, que as condutas previstas no tipo penal sejam praticadas. Assim, “o consentimento, mesmo que alegado, não é válido”. (MONTEIRO, 2015, p.101).

A nova tipificação penal tem o intuito de proteger a dignidade das pessoas consideradas como vulneráveis, pois, deve-se entender que se trata de crime cujo elemento subjetivo é o dolo, resumido na vontade livre e consciente de praticar a conjugação carnal ou ato libidinoso com vulnerável. Inexiste, em tal modalidade criminosa, a figura culposa, sendo indispensável que tal elemento seja específico, que haja apenas vontade do agente em satisfazer a lascívia. (CAPEZ,2014).

Em razão de não existir a forma culposa no delito em tela, parte da doutrina que seria causa de atipicidade da conduta, fundamentando tal posicionamento no erro de tipo, previsto no art. 20 do Código Penal, quando o agente praticasse os núcleos penais desconhecendo a situação de vulnerabilidade do ofendido. Conforme o entendimento de MONTEIRO (2015, p.101):

[...] o agente incide em erro de tipo (art. 20 do CP), acreditando sinceramente que ofendido não é menor de catorze anos, por sua estatura ou outros elementos físicos e psicológicos, por apresentação de documento falso, ou por não se encontrar numa das situações descritas no § 1º do art. 217-A caracterizadoras da vulnerabilidade, não haverá crime.

Através do entendimento de NUCCI (2009, p. 38), confirma que partindo do pressuposto da inexistência de conduta culposa, quando o agente praticar a relação sexual com o vulnerável é necessário que se tenha plena convicção da situação do ofendido. Assim, uma vez descaracterizado o elemento subjetivo, a conduta se tornaria atípica, e, portanto, não haveria crime. NUCCI salienta que: “o autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.”

É sujeito ativo do delito em estudo qualquer pessoa, por se tratar de crime comum, vez que não há especificidade quanto a autoria. Desta feita, significa dizer que não apenas a figura masculina pode praticar a conduta criminosa, como também mulheres e entre pessoas do mesmo sexo, visto que a redação dada possuía a denominação “conjunção carnal”, subtendendo-se que apenas o homem poderia ser sujeito ativo e, conseqüentemente, apenas a mulher o sujeito passivo, em razão de que, como o tema sugere, era necessário o coito vaginal para a configuração do delito. (BITENCOURT, 2012).

Ademais, o *caput* do supramencionado artigo estabelece a pessoa contra qual o delito deve ser praticado, a saber, o menor de 14 (quatorze) anos, o §1º do mesmo dispositivo estabelece que outras espécies de vulneráveis. Sendo eles: o indivíduo que por enfermidade ou deficiência mental, não tenha discernimento suficiente para a prática do ato, ou que, por qualquer outra forma não ofereça resistência. (BITENCOURT, 2012).

Conforme mencionado acima, além do sujeito passivo previsto no *caput* do artigo em estudo, há outras espécies de vulneráveis que merecem atenção, aos quais são encontrados nos §1º do Artigo 217-A. *A priori*, passa a ser objeto de análise a circunstância da vulnerabilidade das pessoas com deficiência.

### **3.1.3 A Lei Federal nº 13.718/2018 como manifestação do maior rigor jurídico para a prática de crimes de estupro**

A Lei Federal nº 13.718, entrou em vigor recentemente, em 24 de setembro de 2018 e, foi responsável por alterar o texto do Código Penal para inserir o crime de importunação sexual, sendo criando o art. 215-A. O artigo estabelece como crime a prática de ato libidinoso, na presença de alguém, sem a devida autorização e com a

intenção de satisfazer o próprio prazer sexual ou de outra pessoa. Pode ser considerado ato libidinoso, tais como: Apalpar, lambar, tocar, desnudar, masturbar ou ejacular em público, dentre outros, a pena prevista é de 1 a 5 anos de reclusão, isso se o ato não constituir crime mais severo ou grave.

Além disso, com o avanço da tecnologia e da sociedade, mais especificamente a internet, outros delitos foram surgindo ao longo dos séculos e, outro fator de grande importância começa a ser tutelado pela Lei Federal em comento, criando novos tipos penais capazes de englobar esses ilícitos (crimes digitais). Os crimes como fraude, estelionato, violação de propriedade intelectual e distribuição de material pornográfico tomaram novas dimensões.

Merecendo destaque aos crimes de pornografia, que são imputados pela divulgação de imagens e vídeos de conteúdo sexual de forma ou conteúdo ilegal. Imperioso destacar, os crimes de pornografia infantil e o surgimento do “*revenge porn*” conhecido como pornografia de vingança.

Destarte, a internet tornou-se um lugar perigoso e catalizador desses crimes, uma vez que facilitou a procura e troca de vídeos e imagens, criando redes de contato entre pedófilos e a falsa sensação de liberdade para cometer esses crimes devido ao “anonimato” ou sensação do mesmo.

Assim a Lei traz o art. 218-C abordando o mesmo tema do art. 241 A-E da Lei 11.829/2008, que é responsável para lidar e taxar tipicamente a venda, armazenamento e distribuição de pornografia infantil. Inicialmente, parece-se ter uma incongruência, mas, na verdade, há aqui uma valoração maior trazida pela Lei Federal nº 13.718/2018 e a criação de uma nova tipificação específica.

Além do mais, a Lei Federal em comento ficou conhecida popularmente pela lei do assédio, uma vez que criminalizou condutas como o assédio em transportes públicos, “passadas de mão” e “beijos forçados”, em que criminalizou e deu uma nova tipificação a esses delitos. Salienta-se, os autores dessas condutas supracitadas acima, muitas vezes ficavam impunes, pois, as condutas para serem punidas tinham que se adequar ao estupro ou atentado violento ao pudor e, com a nova Lei Federal passou a tipificar essas condutas como importunação sexual.

De mais a mais, outras mudanças importantes aconteceram na legislação, como aumento de penas nesses delitos, a majoração nos crimes de estupro coletivo e corretivo de 1/3 a 2/3, tendo em vista que antigamente a pena aumentava em 1/4. Foram majoradas as penas que trouxessem consequências posteriores ao crime para

a vítima, como a gravidez, majorado em 2/3 a pena, caso o agente transmitisse à vítima doença sexualmente transmissível, além das situações em que a vítima é idosa ou pessoa com deficiência, com aumento de 1/3 a 2/3.

Destarte, consoante às mudanças trazidas com a supracitada Lei Federal, temos também a Súmula 608 do STF, que estabeleceram que os crimes definidos no Capítulo I e II, dos crimes contra a dignidade sexual se tornaram de ação penal pública incondicionada, ou seja, não há mais a necessidade de autorização por parte da vítima para o Ministério Público poder oferecer a denúncia, trazendo aqui mais uma proteção à vítima que por diversas vezes acabava que não queria denunciar o ator do crime e muitas vezes acabava sendo coagida para não denunciar, por receio de sofrer algum tipo de represália pelo agente e até mesmo pela própria sociedade.

Entretanto, existe uma grande discussão entre os operadores do direito em relação à nova redação do art. 225, muitos juristas questionam se houve realmente uma melhoria para a vítima ou um retrocesso. Nesse sentido, adotar um posicionamento voltado a uniformizar a ação penal nos crimes sexuais e limitar a autonomia de vontade da vítima não poderia ocorrer, uma vez que, o Estado nos crimes dessa natureza, não poderia colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima, tratando-se de pessoa capaz.

Outrossim, o Brasil é um país oriundo do patriarcado, qual seja, machista e extremamente preconceituoso. Ademais, mesmo com o avanço ocorrido no século XXI que trouxe uma maior consciência do papel da mulher na sociedade e, a tomada de consciência sobre a igualdade entre homens e mulheres, vai demorar muito tempo para tornar natural pensar que uma mulher vítima de um crime sexual possui, assim como o homem, plena condição de igualdade para denunciar e até mesmo igualdade em seu tratamento como vítima.

Por fim, a Lei 13.718/2018 inseriu o parágrafo 5º no artigo 217-A, dispondo o seguinte: “§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”. (BRASIL, 2018).

Esse artigo criminaliza a relação sexual, conjunção carnal, entre outros atos libidinosos com vítima menor de quatorze anos e pessoa com deficiência, que não tenha condições de discernir para a prática do ato, ou que não tenha condições de oferecer resistência. O parágrafo 1º ressalta que neste caso independe a vontade

da vítima, se houve ou não o consentimento para o ato, além do crime ocorrer mesmo sem a presença de violência ou grave ameaça.

Sendo assim, a motivação adveio com a ideia de conferir maior proteção à pessoa vulnerável, conforme aduz NUCCI (2010, p.37-38) :

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.

Portanto, após a análise das inovações trazidas pela Lei 13.718/2018, houve grandes modificações aos tratamentos dos crimes sexuais, sendo possível confirmar que as consequências delas no ordenamento jurídico, trouxeram inúmeros avanços, dando mais proteção às vítimas e garantindo um ordenamento jurídico mais igualitário.

### 3.2 VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA: O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL COMO VÍTIMA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A presunção de violência consistia no revogado art. 224 do Código Penal, há muito tempo vem sendo debatido pelos tribunais superiores, passando presunção absoluta para ser entendida em muitos casos como relativa, tendo como tese para tal argumentação de tal posicionamento a significativa mudança da sociedade entre o final do século XX e o início do século XXI. (GRECO,2010).

O debate da doutrina e jurisprudência é sobre as presunções de violência absoluta e relativa, sendo aquela que não admite prova em contrário e a última, desde que analisada o caso concreto, admite tal prova. Salienta-se que ainda existe a mista, aquela, a qual a presunção absoluta é considerada para aqueles que possuem idade inferior a 12 (doze) anos e a relativa para aqueles cuja idade seja entre 12 (doze) anos e 14 (quatorze) anos.

Diante dessa controvérsia com o fito de sanar o problema, a relativização da presunção de violência foi eliminada, sendo inserida a vulnerabilidade, responsável

por tornar mais severa, a norma penal em estudo. De acordo com Guilherme Nucci (2012, p.37) a simples modificação na terminologia, por si só, não foi o suficiente para atribuir a objetividade penal constante no art. 217-A do Código Penal.

A idade da vítima, no dispositivo penal em estudo (art.217-A do CP) é critério absoluto e objetivo para que a figura típica seja analisada, e conforme visto no tópico anterior, tem o intuito de proteger a liberdade sexual da vítima. Logo, entende-se que caso o sujeito pratica as condutas sexuais ou praticar qualquer ato libidinoso, considerando o critério etário da vítima, independente da vida pretérita e do consentimento desta, poderá sua conduta enquadrar-se no tipo penal do estupro de vulnerável. (NUCCI, 2012).

Com a instituição do art. 217-A do CP, o legislador tinha como objetivo acabar com qualquer cenário fático, especialmente no que diz respeito ao consentimento da vítima, sob essa esteira, ser vulnerável significa dizer que aquele tido como tal, não é capaz de externar, validamente, racional, responsável e segura, o seu consentimento. Para NUCCI (2010), vulnerabilidade de que trata o artigo em estudo, está relacionado à capacidade para o consentir e praticar o ato sexual, considerando, assim, a imaturidade para o consentimento.

Assim, Greco (2013, p. 532), acrescenta que o objetivo da Lei 12.015/2009 foi “justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima” e segundo o mesmo autor a partir da Lei “não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos”, ou seja, não importa se a vítima consentiu com o ato, independentemente de sua relação com o agente.

Entretanto, segundo o artigo 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são considerados adolescentes aqueles maiores de 12 (doze) anos de idade e menos de 18 (dezoito) anos de idade, ou seja, pressupõe uma vulnerabilidade relativa. Entretanto, o Legislador no Código Penal no seu art. 217-A, levando em consideração as pessoas menores de 14 (quatorze) anos, estabeleceu uma vulnerabilidade absoluta, logo, praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos de idade configura-se estupro de vulnerável.

Segundo Guilherme de NUCCI (2017, p. 891), aduz que “o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo de definição de criança ou adolescente.

Nessa seara, MIRABETE (2012, p.412):

Afastou-se o Código Penal da disciplina contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança quem tem 12 anos incompletos e adolescente o que tem idade superior a esta e inferior a 18 anos. Embora se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, de acordo com aquelas faixas etárias, a lei não concedeu ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos dispositivos legais.

Conforme visto, a taxação de vulnerabilidade envolvendo o menor de 14 (quatorze) anos é um retrocesso no ordenamento jurídico pátrio. Tendo em vista, que o Código Penal, não conseguiu acompanhar o avanço de adolescentes quanto ao acesso de informação, tecnologia, como a internet, bem como o conteúdo que é passado em novelas, séries, filmes, aplicativos, etc.

Sendo assim, há uma enorme necessidade de os “crimes” serem analisados no caso concreto, não apenas para poderem relatar o melhor o fato e ao mesmo tempo terem sua autonomia da vontade respeitada, para que aqui seja possível avaliar seu discernimento e, até que ponto vai ser enquadrada sua vulnerabilidade, bem como sua maturidade sexual, o seu consentimento para também que o sistema possa fornecer uma ajuda profissional de um psicólogo. Assim, se houvesse essa mudança na legislação, o aplicador deveria analisar cada caso concreto levando em conta as mudanças sociais e o caso que esteja exposto.

Nessa esteira, aduz NUCCI:

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deve ser eliminada desse cenário. (2017, p. 893).

Ademais, é notório que o legislador quis impor a vulnerabilidade absoluta, para os menores de 14 (quatorze) anos de idade, para preservar a dignidade sexual da criança e do adolescente, ou seja, preferiu censurar a liberdade sexual da vítima, o que implica na repreensão do seu consentimento. O legislador acabou não priorizando os princípios da adequação social e da insignificância, qual seja, excludentes da tipicidade material.

O princípio da adequação social, foi desenvolvido por Welzel, que aduz “socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da

história”, exemplificando; a colocação do brinco, a tatuagem, que mesmo sendo atividades que ferem a integridade física, são aceitas pela sociedade que por esse motivo, considerados atípicos materialmente. Ensina ROXIN (2017, p. 337):

A vida diária nos apresenta uma quantidade de privações de liberdades adequadas ao tipo nas quais o observador natural não pensaria nem mesmo em perguntar a respeito de justificação para o fato, pois ‘essa ação se desenvolve completamente dentro dos limites de ordem histórico-ético-social da vida em comunidade e é permitida por esta ordem.

Por fim, a possibilidade de relativização, quando a vítima menor de 14 (quatorze) anos for adolescente, não pode ser aplicada nos casos de pessoas com enfermidade ou deficiência mental que não possuam condições alguma de discernimento ou até mesmo oferecer resistência.

De mais a mais, a vulnerabilidade da pessoa com deficiência será medida pelo grau de capacidade do indivíduo, uma vez que, existe pessoas que não tem discernimento nenhum, aquelas com discernimento reduzido e, que tem capacidade total para gerir todos os atos da vida civil. O crime previsto no art. 217-A, de maneira injustificada, preferiu limitar a capacidade civil dos indivíduos, estabelecendo que alguém na condição mencionada no artigo supracitado, seja enquadrado com a vulnerabilidade relativa ou absoluta, indo de contramão ao caminhar da sociedade e divergindo diretamente do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Nesta senda, o Estatuto supracitado, estabeleceu em seu art. 6º que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos”, portanto, as pessoas com deficiência podem sim manter relações sexuais, tendo em vista, a capacidade de consentir os atos sexuais. Sendo assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência retirou a vulnerabilidade relativa e absoluta, tornando elas a exceção, garantido a liberdade de expressão e consentimento das pessoas em comento.

Com isso, Greco (2017, p. 207) menciona:

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Imperioso destacar, que a vulnerabilidade também será analisada pela incapacidade do indivíduo de oferecer resistência, como bem, aduz o parágrafo 1 do art. 217-A do Código penal, *in verbis*: “ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. Lembrando que, a incapacidade de oferecer resistência, pode ser permanente ou temporária, ter sido duradoura ou ligeira, ou motivada por causas naturais ou até mesmo provocada. NUCCI (2015, p.1106) explica que:

A completa incapacidade torna absoluta a vulnerabilidade; a pouca, mas existente, capacidade de resistir faz nascer a relativa vulnerabilidade. Em todas as situações descritas acerca da vulnerabilidade relativa, pode-se desclassificar a infração penal do artigo 217-A para a figura do art. 215. E, conforme o caso, considerar a conduta atípica.

Logo, havendo algo que dificulte ou impeça a capacidade de resistência da vítima o fato criminoso será configurado. Neste mesmo sentido, temos como exemplo a embriaguez, ressalta-se que a mesma deverá ser completa e de tal grau a impossibilitar que a vítima impeça o sujeito ativo de continuar o ato sexual, tem-se também o estado de dormência da vítima, qual seja, estado de sono profundo que impossibilite a vítima de reagir contra seu agressor.

Com isso, fica visível as várias formas que os agressores utilizam para abusar de suas vítimas, nesse sentido, GRECO (2017, p. 208) ressalta:

Vale recordar algumas situações em que uma pessoa, em estado de coma, engravidou, supostamente, de um enfermeiro encarregado de prestar os cuidados necessários à manutenção de sua vida vegetativa; ou ainda daquele cirurgião plástico que, depois de anestesiá-las suas pacientes, fazendo-as dormir, mantinha com elas conjunção carnal; ou daquele terapeuta que abusava sexualmente de crianças e adolescentes depois de administrar-lhes algum sedativo.

Nessa seara, MARANHÃO (2017, p. 209) aduz que:

Se a vítima não tiver ou não puder usar o potencial motor, é evidente que não pode oferecer resistência. Assim, doenças crônicas e debilitantes (tuberculose avançada, neoplasia grave, desnutrições extremas etc.); uso de aparelhos ortopédicos (gesso em membros superiores e tórax; gesso aplicado na coluna vertebral; manutenção em posições bizarras para ossificação de certas fraturas etc.); paralisias regionais ou generalizadas; miastenias de várias causas etc. são casos em que a pessoa não pode oferecer resistência. Às vezes, não pode sequer gritar por socorro, seja pela grave debilidade, seja pelas condições do local onde se encontre.

Desta forma, fica evidente, que só há o que se falar de vulnerabilidade quando se comprove totalmente nula a capacidade da vítima de oferecer resistência ao

agressor e sua incapacidade para consentir sobre o ato. Assim, é imprescindível apurar de forma concreta e, através dos meios necessários, a sua incapacidade de oferecer resistência, ou não discernimento para prática do ato, sendo estes necessários para a comprovação da reprovabilidade ou não da conduta.

#### **4 DA CORRETA HERMENÊUTICA QUANTO À LIBERDADE SEXUAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO PENAL À LUZ DA LEI FEDERAL DE INCLUSÃO**

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada em 2009, com *status* de emenda constitucional e a Lei federal de inclusão, mais conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alinhadas com o caráter democrático e igualitário da nossa Carta Magna, passaram a tutelar de forma específica o direito das pessoas supracitadas, permitindo que exerçam suas garantias fundamentais de forma autônoma e em pleno exercício de sua capacidade.

Além do mais, passaram a analisar e interpretar que as dificuldades enfrentadas por essas pessoas, não acontecem por suas deficiências e sim, pelas pedras que encontram no meio de suas jornadas de vida, jogadas por uma sociedade extremamente preconceituosa, discriminatória e não igualitárias, tornando as vidas das pessoas com deficiência por mero preconceito estabelecidos por costumes intrínsecos a humanidade, muita mais dolorosa e injusta.

Imperioso destacar, que, até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), as pessoas com deficiência mentais eram consideradas pela legislação brasileira como incapazes de ter discernimento para exercer a capacidade civil. Assim, a história do tratamento social e do tratamento jurídico dispensado às pessoas com deficiência era um cenário de terror, tendo em vista, que pessoas foram marginalizadas do convívio social, em virtude de não terem sido aceitas nos padrões de “normalidade” exigidos para a construção de relacionamentos sociais.

O tratamento jurídico e social conferido às pessoas com deficiência sempre foi tratado de maneira inaceitável pela humanidade, na Grécia antiga até a Idade Média, tinha caráter eliminatório, ou seja, pessoas que nasciam com algum tipo de deficiência eram mortas. Na Idade Média as pessoas com deficiência foram excluídas da sociedade e jogadas em casas de internação, para morrerem sozinhos. O tratamento dado às pessoas com deficiência mudou a partir das duas grandes guerras mundiais, devido ao aumento considerável de pessoas que acabaram adquirindo alguma deficiência física ou mental, passando a serem tratadas de maneira assistencialista. (BARBOZA-FOHRMANN; KIEFER,2020).

A chave da mudança da história das pessoas com deficiência iniciou-se em 1960, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, quando surgiu o movimento

social, político e jurídico, que questionavam a situação em que se encontravam as pessoas supracitadas, ou seja, reivindicavam por um novo tratamento, sendo ele jurídico e social. O sociólogo Paul Hunt, que era deficiente, foi um dos precursores dessa mudança, criando um modelo social da deficiência no Reino Unido e um dos criadores da Liga Upias, devido a uma feita no jornal da época, *in verbis*:

Senhor Editor, as pessoas com lesões físicas severas encontram-se isoladas em instituições sem as menores condições, onde suas ideias são ignoradas, onde estão sujeitas ao autoritarismo e, comumente, a cruéis regimes. Proponho a formação de um grupo de pessoas que leve ao Parlamento as ideias das pessoas que, hoje, vivem nessas instituições e das que potencialmente irão substituí-las. Atenciosamente, Paul Hurt. (CAMPBELL apud DINIZ, 2012, p. 14)

Após grande repercussão causada por HURT, quatro anos depois foi fundada a Liga dos Lesados Físicos contra a Segregação (Upias), momento em que já havia outras instituições para cegos e surdos que já questionavam a segregação. A Upias merece relevante destaque por ter sido a primeira organização política sobre a deficiência a ser formada e gerenciada por deficientes. (DINIZ, 2012, p. 15).

Com a criação da Liga dos Lesados Físicos contra a Segregação, nasceu o modelo social de deficiência, que tinha como principal objetivo, desconstruir a ideia que a deficiência era um problema individual, para que pudesse ser lidada como uma questão social e ampliar os estudos acerca da deficiência que se limitavam somente aos saberes biomédicos e ignoravam uma perspectiva social para demonstrar que essas pessoas foram excluídas como sujeito do capitalismo. Buscando demonstrar também que os deficientes podiam ser autônomos e produtivos, portanto, não bastava segregar e discriminar essas pessoas e sim, necessário incluir socialmente as pessoas com deficiência.

Conforme aduz DINIZ (2012, p. 17):

O principal objetivo da Upias era redefinir a deficiência em termos de exclusão social. A deficiência passou a ser entendida como uma forma particular de opressão social, como a sofrida por outros grupos minoritários, como as mulheres ou os negros.

Com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência internalizada no ordenamento pátrio e a Lei Federal 13.416/15, foi consolidada a adoção do modelo social de deficiência. No art. 2º do EPD fica clara a adoção do modelo social, em virtude da legislação, garantir às pessoas com deficiência sua plena capacidade civil, possibilitando as mesmas de constituir família – casar, viver em união

estável. Limitando apenas a capacidade civil de maneira rigorosamente excepcional, quando o indivíduo demonstrar que não tem capacidade para discernir sobre seus atos.

Destarte, o Estatuto da Pessoa com Deficiência em conformidade com a CDPD, prevê em seu art. 6º, a plena capacidade civil, assim garantido e considerando capazes para a prática de atos da vida civil e também para decisões sobre as questões reprodutivas, familiares e sexuais, objetivando a igualdade e o acesso da pessoa com deficiência na sociedade.

Entretanto, há muito a ser esclarecido sobre o alcance do direito à liberdade sexual das pessoas com deficiência mental, se é amplo ou restrito, o indivíduo que se relaciona sexualmente com pessoas com deficiência responderá pelo crime de estupro de vulnerável. Para a Lei penal, com as alterações trazidas, a pessoa em comento não deixa de ser considerada vulnerável.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência demonstrou, conforme abordado no presente capítulo, que houve uma mudança na capacidade civil das pessoas com deficiência, como já dito anteriormente. Dessa forma, tirou o rótulo de incapaz, dado pela antiga redação do Código Civil nos artigos 3º e 4º, melhorando o caminho para a promoção da dignidade da pessoa com deficiência, sendo essencial para que se proteja a dignidade humana, uma vez que, o indivíduo considerado incapaz tem restrições à alguns direitos.

Existe uma grande discussão civilista de qual seria o melhor caminho para ser seguido e promover a dignidade da pessoa com deficiência, sendo eles; a “a dignidade-vulnerabilidade” ou da “dignidade-liberdade”. (TARTUCE, 2015). O primeiro posicionamento condena as alterações trazidas pelo EDP E CDPD, argumentando que é necessário resguardar direitos a proteção das pessoas vulneráveis, a esta teoria se filia SIMÃO e KUMPEL.

A segunda teoria é defendida por LÔBO, ROSENVALD, PEREIRA e STOLZE, ao qual, concordam com as alterações feitas defendendo a dignidade- liberdade, das pessoas com deficiência, evidenciando – as políticas de inclusão.

Imperioso salientar, é necessário observar que alguns indivíduos sofrem limitações bastante severas, tanto físicas, como psicológicas, que podem comprometer a forma que vivem e a sua integração com a sociedade e, portanto, podem a torna-las vulneráveis. Assim, o Estatuto da pessoa com deficiência não

tornou e nem estabeleceu que todos os deficientes independentes de suas singularidades como plenamente capazes, apenas trouxe o enquadramento a teoria da incapacidade como exceção.

Portanto, existe a necessidade aqui de analisar no caso concreto para que se possa comprovar se a vítima possui ou não o necessário discernimento para a prática de atos existências, inclusive sexuais, para que possa diferenciar o indivíduo capaz ou incapaz de ter sua autonomia respeitada, devendo ser levado em conta ainda se a vítima tem do outro lado simplesmente um parceiro sexual consentido, um manipulador ou até mesmo um abusador.

Com isso, temos pelo art. 217-A do Código Penal, que tipifica o crime de estupro de vulnerável, elencando três situações em que se enquadrará uma pessoa como vulnerável: “a) quando a vítima do estupro tiver idade inferior a 14 anos; b) aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; c) aqueles que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. (BRASIL, 2018).

Importante mencionar que a Lei nº 13.718/2018, alterou o artigo 217-A, inserido o parágrafo 5º, o qual dispõe *in verbis* que “As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”. Nesta esteira, a vítima menor de 14 (quatorze) anos, tem presunção absoluta de vulnerabilidade, conferida pelo Código Penal, não havendo aqui nenhum tipo de discussão sobre consentimento, tema já fixado segunda as jurisprudências do STF e do STJ. (STJ. 3ª Seção. REsp 1.480.881-PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/08/2015 (recurso repetitivo) (Informativo 568).

Em relação às pessoas com deficiência, o Código Penal estabelece como regra a incapacidade relativa e absoluta, distinguindo de maneira direta com Estatuto da Pessoa com Deficiência. Trouxe a incapacidade relativa e absoluta com exceção garantido aqui proteção, igualdade e autonomia para esses indivíduos, conforme determina o art. 84 do referido Estatuto:

A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. (art. 84, Lei 13.146/15). O art. 217-A do Código Penal, vai diretamente contra com as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme dispõe os arts. 2º e 6º:

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.

[...]

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

[...]

II - Exercer direitos sexuais e reprodutivos; [...].

Portanto, o ditame acontece devido ao impedimento dado às pessoas com deficiência quanto a sua liberdade sexual, o Código Penal acaba enquadrado como delito a prática de cunho sexual independente de consentimento da vítima, diferentemente do Estatuto supracitado, que garantiu proporcionar autonomia para os indivíduos, garantido assim, os seus direitos e assegurando a liberdade sexual e a efetivação dos direitos de liberdades e escolhas.

Logo, é necessário buscar um equilíbrio no ordenamento jurídico, sem a necessidade de buscar pontos extremos fugindo de normas que não precisam se contrapor, tendo em vista que todos os princípios são relativos e nada precisa ser irreduzível. Assim, não há necessidade de uma proteção excessiva e por diversas vezes restritivas de direitos como a autonomia, que limita a voz do indivíduo sobre seu próprio, tendo sua vontade ignorada e por um outro lado, o cuidado que carece a busca dos direitos e liberdades que podem deixar ao léu pessoas, que talvez, não tenha condições por responder por elas e, que podem ser vítimas de pessoas abusadores e manipuladoras.

Há, contudo, a intrínseca necessidade de se analisar no caso concreto, levando em conta cada particularidade da pessoa, como um ser único – que realmente é, como todos em uma sociedade, que carregam cargas próprias, e limitações próprias, não sendo necessário ignorar a liberdade individual e nem tampouco tirar a proteção devida que determinadas pessoas necessitam.

#### 4.1 ANÁLISE JURÍDICA DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL SOB A MATERIALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 13.146/2015

O dispositivo legal inserido pela Lei 12.015/2009, sendo ele, o Artigo 217-A do Código Penal, aborda sobre o tipo do estupro de vulnerável, punindo o agente que tenha conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com a vítima menor de 14 anos ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a

prática do ato e/ou, por qualquer outra circunstancia não tenha condições de oferecer resistência, neste último caso, pouca importa se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor. Nesse sentido, aduz o artigo supracitado:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Inicialmente, o objeto desta discussão encontra-se na adequação da norma supracitada nos tempos atuais, tendo em vista, que a presunção de violência trazida pelo referido artigo, não continua condizente com a realidade vivenciada nos dias de hoje. Sendo assim, a problemática é de tremenda importância e grande relevância social, uma vez que, o Direito Penal sempre utilizado em *última ratio* para defender e proteger os bens jurídicos essenciais a integralidade humana – entretanto, a utilização exacerbada do Direito Penal, sempre acabará em injustiça e será considerado desumano.

Outrossim, merece destaque o art. 217-A do Código Penal que surgiu baseado em preceitos ultrapassados, tendo em vista a atual realidade social, que traz diversas mudanças acerca do comportamento humano, distinguindo os valores sexuais existentes a época. Acreditava-se que a proteção ocorria da limitação imposta a essas pessoas mencionadas acima e, por isso o consentimento das vítimas foi ignorado nestes casos, pois o fundamento utilizado para os que defendem a punibilidade taxativas dessas condutas é que as vítimas não tem capacidade para compreender com perfeição o alcance dos atos sexuais.

Nesta esteira, o art. 217-A do Código Penal, estabelece de maneira taxativa a presunção de violência, classificando as em presunção absoluta e presunção relativa, retirando das vítimas totalmente a sua autonomia de vontade, ou seja, retirando dos particulares o direito de consentir ou não ao ato sexual. A diferença entre a presunção absoluta e a presunção relativa, está na possibilidade haver prova em contrário da alegação feita, conforme aduz MORELLI (2003):

PRESUNÇÃO ABSOLUTA (“jure et de jure”) – O juiz aceita o fato presumido, desconsiderando qualquer prova em contrário. Assim, o fato não

é objeto de prova. A presunção absoluta é uma ficção legal; PRESUNÇÃO RELATIVA (“*juris tantum*”) – São aquelas que podem ser desfeitas pela prova em contrário, ou seja, admitem contra-prova. Assim, o interessado no reconhecimento do fato tem o ônus de provar o indicio, ou seja, possui o encargo de provar o fato contrário ao presumido.

Isto posto, a discussão acontece acerca da presunção do crime de estupro de vulnerável, quais hipóteses enquadram-se na presunção de incapacidade absoluta ou relativa. Salienta-se que o Código Penal foi taxativo ao estabelecer a idade de 14 (quatorze) anos em seu tipo penal e, a falta de ressalvas deixa explícito a ilicitude de excludentes para esse crime, sendo o entendimento do inteligentíssimo PRADO (2010, p. 674):

Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica de idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.

Diversos autores renomados defendem este posicionamento, por acreditar que o artigo visa assegurar a inviolabilidade sexual das pessoas menores de 14 anos, por entender por suas debilidades e, por isso, não aceitam a flexibilização da interpretação da norma. Podemos reiterar esse entendimento com as afirmações de JESUS (2011, p. 155):

Busca-se defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, consideradas em sua condição de fragilidade, pondo-as a salvo do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. Para a configuração dos delitos tipificados neste capítulo é desnecessária a existência do dissenso da vítima, que se considera, por força de disposição legal, irrelevante.

Imperioso destacar, que com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, é considerado menor, ou criança, aquele que ainda não tenha atingido 12 anos de idade, *in verbis*:

Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Assim, há um aparente confronto de normas, uma vez que, o art. 217-A do Código Penal, prevê como vulnerável aquele menor de 14 (quatorze) anos, ou seja,

havendo uma diferença etária entre os possuidores de 12 (doze) a 14 (quatorze) anos, ao analisar conjuntamente o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, nas palavras de CARVALHO e CHAGAS (2020, p. 238):

Majoritário o entendimento de que se trata de uma vulnerabilidade relativa, que pode ser derrubada havendo prova em contrário que demonstre a maturidade sexual do menor, afastando-se assim o paternalismo estatal que protegeria a dignidade sexual dos menores de 14 anos mesmo contra a sua vontade.

De mais a mais, estima-se ao adolescente que ao mesmo tempo que não possui maturidade para praticar atos da vida sexual, possui capacidade para responder por ato ilícito. Logo, abrindo então a necessidade para que se avalie na prática, se houve ou não estupro de vulnerável nos casos em que o menor se encontra entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos – portanto, a presunção de incapacidade relativa nada mais é do que a análise das particularidades do caso concreto para a averiguação da validade ou não do consentimento do ofendido.

Insta salientar, que a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu diversas alterações no tratamento dado pelas pessoas que têm consigo “impedimentos” de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Uma das maiores mudanças sentidas no ordenamento jurídico brasileiro – foi a revogação dos incisos do art.3 do Código Civil de 2002, qual seja, considerava as pessoas com deficiência mental, como absolutamente incapaz, tendo em vista, que atualmente o indivíduo que por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade é tratado como relativamente incapaz, conforme o art. 4, inciso III:

Inciso III, art 4º, **CC/02** III. aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; O **inciso III do art. 4º, CC/02**, nos cita que as pessoas que por algum motivo, acontecido, causa permanente ou transitória, vier a perder a capacidade de exprimir a sua vontade. Essa pessoa terá sua capacidade tida como relativa.

Essa mudança de entendimento ocorre principalmente pela influência trazida pela redação da Lei de inclusão em seu art. 6º, que acaba estabelecendo que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. *In verbis*:

**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. (BRASIL, 2015).

Na esfera penal, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, diversas dúvidas foram trazidas à tona a respeito da influência do disposto do art. 6, inciso II, em relevância sobre a caracterização do crime de estupro de vulnerável. Especificamente no caso do parágrafo 1º do art. 217-A do Código Penal, que acaba por punir a conduta de praticar conjunção carnal ou qualquer outro tipo de ato libidinoso com pessoas com deficiência.

De mais a mais, há um claro conflito entre dois ordenamentos jurídico pátrios, tendo em vista, que um estabelece que as pessoas com deficiência são plenamente capazes para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos e, o outro rotula as pessoas supracitas, como vulnerável e, portanto, incapaz de consentir para o ato sexual, existindo uma clara contradição entre os documentos legais. Conforme o entendimento de NUCCI (p.37-38) não pode ter o Código penal, como elemento que feche as portas para a vida real, *in verbis*:

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.

Outrossim, prevalece, no entanto, tese diversa, qual seja, a maioria da doutrina leciona no sentido de não haver espaço para discursão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois entende-se que a lei nada presume, tendo em vista sua redação clara e inequívoca. Assim, o Código Penal, abarca e destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade de até 14 (quatorze) anos, mas abarca também as pessoas com deficiência, que não possuem

discernimento para a prática do ato sexual e, aquele que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência.

Em relação aos adolescentes menores de 14 (quatorze) anos, o entendimento adotado pelos tribunais superiores, é de presunção absoluta de vulnerabilidade, conforme o seguinte julgado (Resp. 1.480.881/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Dje 10/09/2015):

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

Em relação a vítima que não pode oferecer resistência, como pessoas que embora não enfrente nenhuma dificuldade cognitiva, esteja em estado de embriaguez que resulte o estado de inconsciência e, assim – submetida ao ato sexual, sem que possa ter condições de resistir, ou da pessoa que é induzida, por meio de drogas, ou surtos mentais, aqui também será enquadrado na presunção absoluta de incapacidade.

Insta salientar que no caso exposto acima, para o autor do ato sexual poder ser imputado no crime de estupro de vulnerável, a situação do estado da vítima tem que ser nítida e notória, em virtude da Código Penal – não tipificar a conduta culposa do crime de estupro, assim, devendo-se o autor ter a consciência do estado da vítima e mesmo assim agir para a realização do ato sexual, para satisfazer seus desejos bizarros e poder ser enquadrado como estupro de vulnerável, devido ao dolo.

No caso das pessoas portadoras de deficiência mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nesta condição, como acontece com menor de 14 (quatorze) anos. Caracterizar-se o crime, caso o autor mantiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com indivíduo, que não tenha a capacidade necessária para o discernimento do ato, tendo em vista, sendo imprescindível, portanto, que, ao contrário do que se extrai do *caput* do art. 217-A do Código Penal, é de extrema necessidade apurar no caso concreto a capacidade da vítima em discernir ou não para a prática do ato.

## 4.2 POR UMA CONSTRUÇÃO DE VULNERABILIDADE SEXUAL À LUZ DA CONCRETA AUTONOMIA PRIVADA

A dignidade sexual está inteiramente ligada a honra, liberdade e ao desenvolvimento sexual humano, conforme leciona MAZZUOLO (2009, p. 33). A Carta Magna, ampara e garante o direito e o respeito a matéria sexual dos particulares, garantido o direito à liberdade e a honra, ambos, amparados no artigo 5º, inciso, XX, como meio – para proteger a dignidade da pessoa humana. (art.1º,III, CF).

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana ligada ao cenário sexual, se dar com a satisfação sexual das pessoas de maneira digna, garantido aos indivíduos uma satisfação lascívia ou da sensualidade, conforme dispõe NUCCI (2013, p. 961). Isto posto, não é surpresa para ninguém que a atividade sexual vai além do que a satisfação de um mero prazer, mas também para uma grande parte da sociedade trata-se de necessidade fisiológica e, portanto, ocorre a obrigação de proteger a liberdade de escolha do particular. (NUCCI, 2009, p.14).

Nessa esteira, a Lei Federal nº 12.015/2009, trouxe diversas mudanças para sociedade, qual sejam, a mudança da preocupação penal, tendo em vista, que o foco passou a ser a liberdade sexual das pessoas, a sua intimidade e privacidade, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana. Assim, a moral e os bons costumes perderam o estatuto de bens jurídicos mais relevantes a serem protegidos, vindo a tona a faculdade das pessoas de poderem escolher livremente seus parceiros sexuais e com isso, mais proteção, uma vez que a inviabilidade carnal passou a ser mais protegida e respeitada, inclusive pelo próprio conjugue que passou a poder ser sujeito ativo de crime de estupro. (BITERN COURT, 2012, p.915).

Aduz BITENCOURT (2012, p.46):

Enfim, o presente tipo penal, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de se autodeterminar sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente; pretende-se, em outros termos, assegurar que a atividade sexual humana seja realizada livremente por todos.

A mudança de perspectiva sobre o bem jurídico tutelado, trouxe a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, com a tipificação apenas de estupro, a qual, passou a configurar-se pelas práticas de constranger alguém a ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, além de trazer o sujeito passivo e o

sujeito ativo como qualquer pessoa da sociedade. Nesse sentido, a liberdade de escolha passou a ser devidamente valorizada, passando a ser livre e consciente, portanto, para a imputação da tipificação do crime supracitado, necessita-se ter o cuidado para saber em quais condições que a vítima se encontra.

Nesta senda, a mudança de perspectiva conduz uma evolução da sociedade, bem como, da legislação pátria destinada à proteção da dignidade sexual da pessoa humana, tendo em vista, a dignidade da pessoa humana, como parâmetro norteador do ordenamento jurídico – passando a ser critério de valoração, compreensão e interpretação na seara da liberdade sexual. (CAVICHOLI, 2008, p. 146).

Conforme o exposto acima, passa a ser notório que o princípio da dignidade humana, passa a tutelar a dignidade sexual, conseqüentemente irradia efeitos sobre todo o sistema jurídico. Com isso, conforme aduz CAPEZ (2012, p.22):

A tutela sexual, no caso, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade.

Nessa esteira, imperiosa salientar que não se pode pautar a tutela de um bem jurídico baseada de maneira exclusiva em concepções morais e éticas, mas, da mesma forma, não é coerente estabelecer uma estruturação específica ao Direito Penal, devendo que outras searas do direito possam influenciar de maneira direta a relação da vulnerabilidade e autonomia a luz da dignidade sexual dos indivíduos.

Outrossim, A lei nº 12.105/09, inserisse no Código Penal o art. 217-A, titulado como “estupro de vulnerável”, acabando com a figura da presunção de violência e trazendo à tona presunção de vulnerabilidade. Nesse contexto, aduz NUCCI (2013, p.989):

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. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta. Muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interessados do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva. Por isso, a mudança na terminologia configura-se adequada.

Com a mudança em relação a presunção, tem-se como fundamento da incriminação do estupro de vulnerável a presumida incapacidade da vítima, conforme estabelece o *caput* do art. 217-A, desconsiderando qualquer possibilidade das

peças com deficiência ou menores de 14 (quatorze) anos, em consentir relativamente ao exercício da sexualidade. O Código Penal buscou defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, que o mesmo considera que se encontram em condição de fragilidade e por fim, acabaram por limitar o seu direito a liberdade sexual.

Insta salientar, que a identificação da vulnerabilidade do particular, ora, capacidade, deve-se exigir um maior esforço e ponderação, em virtude da falta de objetividade na definição, embora o Legislador no próprio tipo penal venha determinar quem são as pessoas consideradas vulneráveis, fazendo como já mencionado acima de maneira taxativa. Assim, a condição de vulnerabilidade emerge da incapacidade de compreensão por parte da vítima, em razão de não ter capacidade para discernir sobre atos da vida civil, sendo de forma permanente, temporária ou mesmo acidental.

Nesse sentido, aduz NUCCI “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir”. (2017, p. 765).

De mais a mais, com os avanços da sociedade, conseqüentemente adveio novas legislações para abrilhantar o ordenamento jurídico pátrio, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Criança e Adolescente, trazendo novas concepções de vulnerabilidade, ora, capacidade. Assim, o entendimento que prevalecia era que a presunção de violência possuía natureza absoluta, qual seja, não permitia e nem admitia prova em contrário. *A posteriori*, devido as mudanças que ocorreram no ordenamento jurídico, o entendimento dos tribunais superiores mudou, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. PRETENDIA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o decisum absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com

osatos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu.

3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria inocência necessária nos moldes a caracterizar hipótese prevista na alínea “a” do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida.

5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual cinema provimento.” (RECURSO ESPECIAL Nº 637.61 - SC (204/0366-5) / Relator Ministro: OG FERNANDES / Órgão Julgador: SEXTA TURMA/ Julgamento:01/06/2010 / DJe: 28/06/2010) (Grifos no original).

Em face da relatividade da presunção de vulnerabilidade, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que a conduta praticada pelo agente contra a suposta vítima, trata-se de fato atípico.

Sendo assim, não é prudente e nem justo considerar a vulnerabilidade como exclusivamente de natureza absoluta, uma vez que, a lei específicas de inclusão, trazem autonomias aos indivíduos, retirando delas, a sua incapacidade absoluta e relativa, aplicando as supracitadas incapacidades como exceção. Portanto, trazendo e respeitando os direitos dessas pessoas de terem sua autonomia privada como preceito fundamental aluz do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

Destarte, a importância de se analisar cada caso de maneira individual, para apenas depois de realizado um juízo de valor prévio, se possa julgar da forma mais justa e adequada à realidade das vítimas de estupro de vulnerável. Desta maneira, a importância do consentimento do ofendido – leia-se aqui, a sua capacidade de discernir sobre o ato, trata-se de um instituto que protege o interesse do indivíduo, de maneira livre, sem qualquer vício. Assim, podendo tornar lícito um fato típico ou até mesmo atípico, ou seja, o consentimento irá funcionar como um reflexo da autonomia pessoa, atuando na esfera da não tipificação penal, de forma que possa eximir o agente de uma responsabilização.

O consentimento do ofendido na teoria do delito é controverso, uma vez que, há quem defenda que tal instituto é capaz de excluir a tipicidade e outros entendem que se trata de excludente da ilicitude. Em verdade será excluído a tipicidade quando a ausência de consentimento foi elementar do tipo, logo, não requer o consentimento e enquanto a ilicitude será excluída quando o consentimento for prévio, desprovido de

vícios e considerado válido, sendo utilizado como uma causa de justificação para o ato praticado.

Nesse sentido, o estupro de vulnerável surgiu com ideal de proteger o indivíduo que não “possui” o necessário discernimento para a prática do ato sexual, entretanto o embrulho jurídico acontece, na hipótese do “vulnerável” tiver condições de consentir de forma livre e consciente, surgindo a possibilidade do afastamento da tipicidade, tendo em vista, tratar-se de um delito em que o legislador além de proteger o bem jurídico, também protege a sua liberdade de disposição.

Nesse cenário, leciona ANDRADE (1991, p.191):

É hoje consensual, tanto entre os defensores da unificação como entre os adeptos do paradigma dualista, o dogma de que a autonomia pessoal ou a liberdade geral de ação constitucionalmente assegurada que constitui a matriz axiológica e normativa do consentimento.

Isto posto, significa que o instituto de consentimento do ofendido é, sim, um reflexo da autonomia e da liberdade que se tornou devidamente assegurada pelo nosso ordenamento jurídico. O legislador garantiu autonomia e liberdade a esses indivíduos é, portanto, garantir proteção, vide que o poder de disposição de um bem jurídico é a sua própria expressão.

Desta maneira, a problemática para encontrar um equilíbrio que possa pacificar a lide, encontra-se entre dar autonomia da vontade e preservar a liberdade, ou, limitar as pessoas supracitadas, pois, o legislador penal não estabeleceu exatamente o que seria, ter capacidade válida, para consentir, havendo apenas uma discussão doutrinária acerca da capacidade desses particulares.

Conforme aduz PRADO (2012, p.832):

[...] configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância para fins de tipificação do delito.

Ocorre que é nítido o intuito do legislador, qual seja, querer proteger o vulnerável em toda e qualquer situação, mas, a generalização nunca será o caminho, tendo em vista, que há casos em que a vítima terá plena capacidade em consentir ou não com o ato. Nessas hipóteses, a condição de vulnerabilidade não se configura,

devido a capacidade de discernimento sobre a sua própria liberdade sexual, não existindo de forma alguma violência e desrespeito a sua dignidade.

De mais a mais, a partir do momento que considera que em razão do consentimento dado pela suposta vítima exclui-se a vulnerabilidade, nada poderá ser dito em relação a crime, já que não restará configurada no caso concreto e, portanto, deixará de ser um comportamento proibido penalmente. Nesta esteira, confirmando esse entendimento, BIANCHINI & GOMES (2015, p. 371) asseveram que “quando se trata de bem jurídico disponível (mas não tendencialmente vital) e a vítima consente validamente, há exclusão da tipicidade material”.

Leciona ANDRADE (1991, p.178-179):

São fundamentalmente dois os tópicos privilegiados pelos autores em abono da tese de que o consentimento retirara a conduta o carácter de lesão tipicamente relevante, neutralizando o seu sentido de indiciador da ilicitude: enquanto uns põem a tónica na área de tutela, questionam outros, de forma mais radical, o próprio conceito de lesão. O consentimento, sustenta-se de um lado, coloca o bem jurídico fora da área de tutela da norma penal: em caso de consentimento não é possível referenciar superfícies idóneas de agressão (tauglichen Angriffsfläche) expostas as formas de accção tipicamente relevantes. Um argumento de índole, prima facie, prevalentemente formal-sistemático mas a que a ideia de renúncia ao bem jurídico (Rechtsgutsverzicht), a que anda normalmente associado, empresta a necessária dimensão material-substantiva.

Destarte, pode-se concluir que há situações que o consentimento do indivíduo será realmente capaz de afastar a sua condição de vulnerabilidade. Em razão disto, já que não haverá um ajustamento de conduta pela norma penal incriminadora prevista no art. 217-A do Código Penal e, por encontrar-se na esfera de disponibilidade do particular, será necessário excluir a tipicidade.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade estabelece que a pena deve ser coerente ao delito cometido, devendo o agente responder na justa medida da sua ação, em outras palavras, deve haver sim um juízo de ponderação para avaliar o equilíbrio entre a conduta e a pena aplicada, para que a pena imposta ao delito seja proporcional à sua concreta gravidade. (GRECO,2011, p.75)

Conforme aduz PRADO (2011, p.151):

A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

Diante do princípio da proporcionalidade, não é razoável incriminar um agente que mantém um relacionamento com um menor de 14 (quatorze) anos, relacionamento esse, muitas vezes aprovado pela família, detém o consentimento além da suposta vítima, que tem plena condições de consentir ao ato, bem como havendo até mesmo anuência dos pais.

Nessa esteira, impedir que uma pessoa com deficiência mental, que tem a capacidade para discernir sobre o ato, se relacione com outra pessoa, que não exerce nenhuma manipulação sobre a pessoa supracitada, não corresponde com o princípio da razoabilidade e, muito menos tem a ver com a suposta intenção de proteção, pois, se trata de crueldade. Insta salientar, que a razoabilidade deve ser auferida em cada caso concreto.

Imperioso destacar, o princípio da adequação social, trazido para esfera do Direito Penal, por WELZEL, com o conceito de àquilo que a sociedade entende como correto, servindo como meio para interpretação dos tipos penais, conduzindo a exclusão de comportamentos socialmente aceitos, refletindo na exclusão da tipicidade da conduta. WELZEL (1956, p.63) leciona no sentido:

Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas.

Nesse sentido aduz PRADO (2011. p. 153) que “apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”.

Confirmado os entendimentos trazidos acima, merece destaque o que aduz BITENCOURT (2013, p. 57) “que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica”.

Portanto, conclui-se que não existindo conteúdo que não seja mal visto pela sociedade, ou, comportamento que a sociedade entende e é visto como “normal”, estando de acordo com os ditames do “homem médio”, a conduta, que em tese deveria se enquadrar no tipo penal, deverá ser considerada como atípica.

Outrossim, a capacidade da vítima de consentir tem a ver com a capacidade de compreender as consequências da decisão pela qual se renuncia a proteção

jurídica, diante disso, é de extrema necessidade criar critérios para que o magistrado possa aferir a existência ou não de capacidade para consentir do vulnerável caso a caso. É de máxima importância avaliação ser feita por um psicólogo especialista na área, que tenha condições de avaliar de que forma se originou a relação sexual.

Assim, é preciso que se análise de maneira minuciosa e no caso concreto, se o suposto vulnerável foi induzido a algum vício de consentimento, se o sujeito ativo atuou de maneira a manipulá-lo e, se a suposta vítima tinha realmente condições de compreender as consequências de um ato sexual. Portanto, é imperioso que além dos psicólogos o Juiz tenha peritos assistentes para definir esse conceito de vulnerabilidade, bem como ocorre com o conceito de imputabilidade, que exige o exame de incidente de insanidade penal, tendo em vista, que o juiz não tem capacidade técnica para lidar com análises de conceitos que fogem da seara do direito.

Essa busca para se obter os critérios para medir a vulnerabilidade, ora, capacidade, é fundamental para uma aplicação de penalidade mais justa possível, já que não é razoável que o juiz decrete a privação de liberdade de alguém, quando sua conduta não ferir e nem oferecer ofensa propriamente dita a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Portanto, o mais prudente é partir da análise do caso concreto, para que se tenha uma solução e uma aplicação do direito penal, mais justa possível e para isso acontecer, deve ser analisado caso a caso e sem esquecer de sempre avaliar as condutas com os costumes e os comportamentos da sociedade. Deve-se sempre se atentar ao princípio da adequação social para se que possa extrair a decisão mais próxima com ideal de justiça, pois, é através do princípio que o magistrado pode absolver o suposto réu, quando inexistir violência ou abuso sexual.

## 5 CONCLUSÃO

Após todo o exposto e as discussões traçadas acerca do conceito de vulnerabilidade à luz do consentimento do ofendido, constatar-se uma mudança de paradigma nos delitos sexuais, tendo em vista, a mudança feita pelo legislador que deixou de tutelar os crimes contra os costumes e passou a tutelar os crimes contra a dignidade sexual. Assim, o enfoque do bem jurídico deixou de ser os costumes morais e éticos e, passou a ser a dignidade sexual dos indivíduos, que adveio da Lei Federal nº 12.015/2009, qual seja, representou um avanço do Direito – que acompanhou a evolução da sociedade.

Outrossim, com a publicação da Lei nº 12.015/2009, o legislador, exclui a expressão de presunção de violência, sendo revogada pela lei supracitada, utilizando-se a condição de vulnerabilidade. O intuito do Legislador foi de “proteção”, uma vez que, basta que um ato sexual seja praticado com um menor de 14 anos, ou pessoa com deficiência mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que não possa oferecer resistência, para que o ato configure em um ilícito penal e o autor seja punido.

De mais a mais, existe diversas discussões na doutrina acerca do instituto do consentimento do ofendido, a fim de se analisar a aplicabilidade do instituto supracitado ao estupro de vulnerável. Portanto, deve ser analisado se é possível a exclusão da tipicidade ou exclusão da ilicitude.

Nesse sentido, prevalece o entendimento que o consentimento do ofendido irá atuar na exclusão da tipicidade, pois, a partir da compreensão aprofundada do instituto do consentimento, percebe-se que o instituto irá atuar na exclusão da tipicidade da conduta. Assim sendo, o bem jurídico é a expressão da sua própria titularidade de modo que o seu titular deve possuir a liberdade de dispor dele livremente.

Outrossim, a finalidade do Direito Penal é impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade e, não impedir que o sujeito haja de acordo com seus desejos, no caso, em tela, lidamos com os desejos íntimos dos indivíduos, logo, quando o sujeito agir de acordo com seus desejos e não oferecer risco a si mesmo e nem a outrem, não há que se impedir. Desse modo, o Direito Penal por ser a ultima ratio do sistema jurídico, não pode punir situações em que não haja efetivamente lesão a um bem jurídico.

Imperioso destacar, na notável incongruência existente entre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com o Código Penal, no que diz respeito à proteção jurídica concedida ao adolescente e a pessoa com deficiência, tendo em vista, que o ECA estabelece a faixa etária de 12 anos para ser considerada criança e o EPCD, estabelece a incapacidade absoluta e relativa como exceção. O Código Penal, estabelece como marco de vulnerabilidade a idade de 14 anos, contrariando o ECA e, a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência mental contrariando o EPCD.

Destarte, é justamente o instituto do consentimento que flexibiliza essa condição de vulnerabilidade, em conjunto com outras causas, como a existência de capacidade para consentir validamente, portanto, para isso, faz-se necessário o estabelecimento de critérios para aferição dessa capacidade para que o juiz possa analisar de maneira efetiva o caso concreto. Insta salientar, a importância de uma avaliação feita por psicólogo especializado e a nomeação de um perito assistente, devido a necessidade, já que o legislador não estabeleceu o que seria a capacidade para consentir.

Diante do exposto, percebe-se que o conceito de vulnerabilidade tem que ser aferido em cada caso concreto, podendo ser flexibilizado, pelo instituto do consentimento do ofendido. Por fim, conclui-se que o consentimento do ofendido poderá ser aplicado ao delito de estupro de vulnerável, uma vez que, a conduta não seja aplicada no tipo penal do art. 217-A, pela ausência da condição de vulnerabilidade no caso concreto, devendo ser considerada atípica.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte Especial: Crimes Contra a Dignidade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)> Acesso em 19 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 142, DE 8 DE MAIO DE 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp142.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp142.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10224.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10224.htm)>. 13 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm)>. Acesso em: 03 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.829, de 25 de novembro 2008**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm)>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de vulnerável diante do estatuto da pessoa com deficiência**. Jusbrasil. 2017. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/524951581/estupro-de-vulneravel-diante-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 3: parte especial; 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPUCHO, Ellen Drumond de Paula; SOUZA, Alexsandrina Ramos de Carvalho. **A aplicação do estatuto da pessoa com deficiência em caso de estupro de vulnerável**. Ano XIV, n. 16, 2018. Governador Valadares, Minas Gerais. Disponível em: <[www.fadivale.com.br/portal/revista/?b5-file=4362&b5-folder=4357](http://www.fadivale.com.br/portal/revista/?b5-file=4362&b5-folder=4357)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GOMES FILHO, Luiz Roldão de Freitas. **O Ministério Público e o Processo Falimentar e Novas Perspectivas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4 ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III, 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 14. ed. Niterói: Ímpetos, 2017.

GRECO, Rogério. Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; XAVIER, Luciana Pedroso. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Repercussões no Direito Penal. **Gazeta do Povo**. 2016. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-suas-repercussoes-no-direito-penal-1yksix4ech3zrrc1t9a8zptiy/>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patricia Monteiro da; SILVA, Rafael Zanon da. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). Doutrinas essenciais. **Direito Penal**: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 965 a 973, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crime conta a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 33 a 43, 2009.

PEDRINI, Tainá Fernanda; CARVALHO, Luciana. A modificação da teoria das capacidades diante da aprovação do estatuto da pessoa com deficiência no direito processual civil. **Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil**. 2017. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/accdp/article/viewFile/10175/5722>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

REQUIÃO, Mauricio. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 6, 2016, p. 37-54, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SANTOS, Orlando Gomes dos. **Obrigações**. 17ª ed. Atualizador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense.

SANTOS, Vany Oliveira dos. O Acesso das Pessoas com Deficiência aos Direitos Fundamentais: Uma Reflexão à Luz da Constituição Federal. **AMPID**, 2021. Disponível em:

<[http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Monografia\\_Vany\\_Santos.php](http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Monografia_Vany_Santos.php)>. Acesso em: 29 mar. 2022.

SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: as implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 37, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77546>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.