



**UNIVERSIDADE TIRADENTES  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E EXTENSÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS**

**TIAGO LUSTOSA LUNA DE ARAÚJO**

**DIREITOS HUMANOS SEXUAIS DAS PESSOAS COM  
DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELLECTUAL: DA LIBERDADE  
DE EXERCÍCIO À PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE**

ARACAJU-SE - BRASIL

Fevereiro de 2022

**TIAGO LUSTOSA LUNA DE ARAÚJO**

**DIREITOS HUMANOS SEXUAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL E  
INTELECTUAL: DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO À PROTEÇÃO DA  
VULNERABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy

ARACAJU-SE - BRASIL

Fevereiro de 2022

**TIAGO LUSTOSA LUNA DE ARAÚJO**

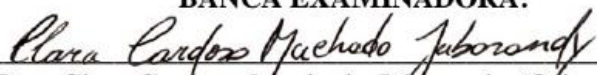
**DIREITOS HUMANOS SEXUAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL E  
INTELECTUAL: DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO À PROTEÇÃO DA  
VULNERABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direitos Humanos.

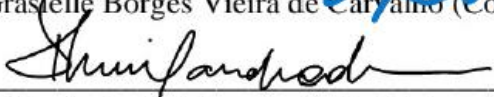
Orientadora: Profa. Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy

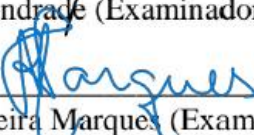
Data de aprovação: 23/02/2022

**BANCA EXAMINADORA:**

  
Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy (Orientador(a))

  
Dra. Grazielle Borges Vieira de Carvalho (Coorientador(a))

  
Dra. Denise de Almeida Andrade (Examinador(a) Externo(a)/ PPGD/UNICHRISTUS)

  
Dra. Verônica Teixeira Marques (Examinador(a) Interno(a) PPGD/UNIT)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado forças para desenvolver este estudo. Aos meus pais Francisco Lustosa e Edna Luna, pela base sólida e por tudo que conquistei em razão dela. À minha esposa Ana Karla, pelo suporte e compreensão durante a pesquisa, e à filhota, Alice Lustosa, pelo sorriso que abastece diariamente a minha felicidade. Sou grato também ao amigo Cláudio Sousa, por inspirar a escolha do tema; à minha orientadora Profa. Dra. Clara Machado, pelo rico direcionamento e liberdade na abordagem do tema, bem como à Profa. Dra. Grasielle Vieira, por ter aceitado me coorientar, contribuindo com seu conhecimento especializado. Por fim, agradeço à Universidade Tiradentes de Sergipe – Unit-SE e ao PPGD – Programa de Mestrado em Direitos Humanos, por terem viabilizado o desenvolvimento de minha dissertação, não obstante as dificuldades geradas pelo contexto da pandemia de Covid-19.

Abramos, pois, as portas à nossa capacidade genérica de fazer. Fundemos espaços de encontro entre as diferenças. Conspiremos pela implantação real da igualdade entre todas e todos. Organizemo-nos para reforçar a fraternidade. Inventemos caminhos políticos para a liberdade (Joaquin Herrera Flores).

## RESUMO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007) e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (2015), ao adotarem o modelo social, buscam concretizar a dignidade humana, através da remoção das barreiras físicas e atitudinais à vivência igualitária com as demais pessoas. A presente dissertação tem como temática os direitos sexuais das pessoas com deficiência mental e intelectual, direitos estes humanos e, portanto, inerentes ao desenvolvimento sadio da personalidade. A pesquisa, de cunho descritivo, fez análise de documentos, leis e referências bibliográficas e buscou responder ao seguinte questionamento: relativamente ao exercício da sexualidade pelas pessoas com deficiência mental e intelectual, seria possível conciliar os fundamentos do direito, que conduzem à liberdade, com os óbices proibitivos, destinados a proteger a vulnerabilidade? Os resultados permitiram uma interpretação que reconhece e respeita a autodeterminação das pessoas com deficiência mental e intelectual, bem como proporciona para elas a ampliação da liberdade de vivência sexual. Procedeu-se à ressignificação da tipicidade do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal brasileiro), por meio da integração das leis civil e penal, restabelecendo, assim, a necessária sistematicidade do ordenamento.

**Palavras-chave:** Pessoas com deficiência. Dignidade humana. Direitos sexuais.

## ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2007) and the Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities (2015), having adopted the social model, attempt to achieve human dignity, by the removal of physical and attitudinal barriers for equal living conditions with others. The current dissertation holds as its theme the sexual rights of those with mental and intellectual handicap, as human rights and, therefore, inherent to the healthy development of the personality. The descriptive research analyzed documents, laws and bibliographic references and sought to answer the following question: regarding the exercise of sexuality by people with mental and intellectual handicap, would it be possible to reconcile the foundations of law, which lead to freedom, with the prohibitive obstacles, intended to protect vulnerability? The results allowed an interpretation that recognizes and respects the self-determination of people with mental and intellectual, as well as provides them with the expansion of the freedom of sexual experience. The typicality of the crime of rape of the vulnerable was re-signified (art. 217-A of the Brazilian Penal Code), through the integration of civil and criminal laws, thus restoring the necessary systematicity of the system.

**Keywords:** Persons with disabilities. Human dignity. Sexual rights.

Sistema Integrado de Bibliotecas - SIB

---

A663d Araújo, Tiago Lustosa Luna de  
Direitos humanos sexuais das pessoas com deficiência mental e intelectual: da liberdade de exercício à proteção da vulnerabilidade/ Tiago Lustosa Luna de Araújo; orientação [de] Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Clara Cardoso Machado Jaborandy– Aracaju: UNIT, 2022.

111 f. il ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Tiradentes, 2022  
Inclui bibliografia.

1. Pessoas com deficiência. 2. Dignidade humana. 3. Direitos sexuais. I. Jaborandy, Clara Cardoso Machado. (orient.). II. Universidade Tiradentes. III. Título.

---

CDU: 613.88-056.37

---



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
c/c	Combinado com
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil
cf.	Conferir
CID-11	Classificação Internacional de Doenças (11ª edição)
CIDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CIF	Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde
cit.	Citado(a)
Coord.	Coordenador
CPB/1940	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
Crim.	Criminal
Dec.	Decreto
DSM-5	Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais
EPD	Estatuto da Pessoa com deficiência
ex.	Exemplo
Min.	Ministro
MSD	Modelo social de deficiência
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PcD	Pessoa(s) com deficiência
PL	Projeto de Lei
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEA	Transtorno do Espectro do Autismo
V.g.	<i>Verbi gratia</i>

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 O TRATAMENTO DA DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1 EM BUSCA DAS OPORTUNIDADES IGUAIS: A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2 O MODELO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA .....</b>	<b>17</b>
2.2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua força normativa.....	20
<b>2.2.2 O Estatuto da Pessoa com Deficiência: marco regulador da Convenção no Brasil</b>	<b>23</b>
<b>2.3 QUEM É A PESSOA COM DEFICIÊNCIA? .....</b>	<b>24</b>
<b>2.4 DEFININDO DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELLECTUAL .....</b>	<b>28</b>
<b>3 DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DOS DIREITOS SEXUAIS.....</b>	<b>35</b>
<b>3.1 EMANCIPAÇÃO PELA REFORMA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES .....</b>	<b>35</b>
<b>3.2 CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA .....</b>	<b>41</b>
<b>3.3 CAPACIDADE E DIREITOS EXISTENCIAIS .....</b>	<b>45</b>
<b>3.4 DIREITOS (HUMANOS) SEXUAIS.....</b>	<b>49</b>
<b>4 PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE SEXUAL.....</b>	<b>53</b>
<b>4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIGNIDADE SEXUAL.....</b>	<b>53</b>
<b>4.2 VULNERABILIDADE SEXUAL .....</b>	<b>58</b>
<b>4.3 CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO PARA O ATO SEXUAL.....</b>	<b>61</b>
<b>4.4 ABUSO SEXUAL .....</b>	<b>69</b>
<b>4.5 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....</b>	<b>73</b>
<b>5 A CONCRETIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELLECTUAL.....</b>	<b>79</b>
<b>5.1 RECONHECENDO A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELLECTUAL: DESAFIOS REMANESCENTES.....</b>	<b>80</b>
<b>5.2 UMA RELEITURA DOS PARÁGRAFOS PRIMEIRO E QUINTO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONGLOBANDO AS LEIS CIVIL E PENAL .....</b>	<b>86</b>
<b>5.3 EPÍLOGO: O CAMINHO DAS PEDRAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A TEORIA CRÍTICA DOS DIRETOS HUMANOS .....</b>	<b>94</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>105</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com base em dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), estima-se que a quantidade das pessoas com deficiência (PcD) corresponda a 15% da população mundial (próximo de 1 bilhão de pessoas).<sup>1</sup> No Brasil, o percentual gira em torno dos 23,9% (45,6 milhões de pessoas).<sup>2</sup> Causa, portanto, perplexidade o fato de que expressiva parcela da sociedade, em pleno século XXI, ainda sofra exclusão através das mais diversas barreiras físicas e sociais à realização de seus mais básicos direitos fundamentais.

No ano de 2015, cumprindo um dever assumido internacionalmente através da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD) e seu Protocolo Facultativo, o Estado brasileiro editou a Lei 13.146, de Inclusão da Pessoa com Deficiência, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), cujo objetivo é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por PcD, visando à sua inclusão social e cidadania (cf. art. 1º).

Alterando substancialmente o tradicional regime das incapacidades no Código Civil, o estatuto excluiu literalmente os enfermos e deficientes mentais do rol de incapazes, bem como estabeleceu, em seu art. 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade (de gozo e de exercício) para exercer direitos existenciais, como casar, exercer a sexualidade, ter filhos, etc. A mudança reflete o ideal anticapacitista do modelo social de deficiência (MSD), adotado pela Convenção Internacional, o qual lida com a noção de vida independente, rompendo a antiga associação entre deficiência e incapacidade.

Logo surgiram questionamentos acerca da efetiva possibilidade irrestrita de exercício direto de diversos direitos pelas PcD mental e intelectual<sup>3</sup>, em razão da sua maior indefensabilidade inerente. No que toca especificamente ao exercício da sexualidade, surgiu a preocupação de que a mudança pudesse desprotegê-las, convertendo-as em potenciais alvos de abuso e exploração.

Assim, questiona-se: teria a mudança afetado a tipicidade do crime de estupro de vulnerável? Como se sabe, o artigo 217-A do Código Penal foi concebido para punir a prática

---

<sup>1</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. **World report on disability**. 2011. Disponível em: [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report.pdf?ua=1](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf?ua=1). Acesso em: 02 jul. 2020.

<sup>2</sup> Conforme dados oficiais do Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2010 (BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Cartilha do Censo 2010 – pessoas com deficiência**. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/754>. Acesso em: 30 jul. 2020. p. 6). Registre-se, no entanto, que, segundo dados do grupo de Washington (estatísticas da ONU), que em 2018 revisou os do IBGE, os números seriam menores, 6,7% (12,7 milhões de pessoas).

<sup>3</sup> Para mais detalhes sobre a terminologia, vide 2.4, infra.

sexual com pessoas em circunstâncias especiais, dentre elas quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Essa vítima passaria, então, automaticamente, a ser capaz de consentir diante do citado artigo 6º da lei de inclusão?

De um lado, o EPD garante o exercício dos direitos sexuais para todos, indistintamente; de outro, a lei penal aparentemente obstaculizaria parcialmente essa abrangência. O presente estudo possibilita o debate através da resposta ao seguinte problema: relativamente ao exercício da sexualidade pelas PcD mental e intelectual, seria possível conciliar os fundamentos do direito, que conduzem à liberdade, com os óbices proibitivos, destinados a proteger a vulnerabilidade?

Objetiva-se, com a resposta à indagação, fornecer parâmetros para um quadro geral atualizado sobre o gozo dos direitos sexuais dessas pessoas, o qual, como se constatará ao fim, é mais permissivo que restritivo. A temática se justifica pela abordagem inédita do assunto, fundada na análise sistêmica do direito e de ciências extrajurídicas. Há, nesta dissertação, perspectivas não estudadas em trabalhos anteriores, compatíveis com o parâmetro mais humanista encontrável.

A metodologia usada neste trabalho, quanto aos procedimentos, recorre à pesquisa predominantemente bibliográfica e documental. O referencial teórico, por sua vez, foi extraído de livros, artigos e textos especializados, os quais serviram de sustentáculo para diversas conclusões da presente dissertação.

Após a apresentação dos instrumentos normativos citados e as definições elementares sobre deficiência, serão expostas as duas frentes aparentemente antagônicas: a primeira, tocante à liberdade, descreve a emancipação normativa da PcD que conferiu autonomia para o exercício dos direitos existenciais, dentre os quais os sexuais; e a segunda, referente aos fundamentos da intervenção estatal para proteger a PcD mental ou intelectual quando esta assume a condição de vulnerável sexual. Diante desses tópicos, foi delineado, ao final, um caminho de integração de ambos, com a proposição de uma exegese inovadora, que intenta restituir a coerência ao ordenamento.

Utilizando o repositório de regras e princípios da Convenção, que servem para orientar as soluções dos impasses interpretativos gerados pelo estatuto, bem como (e principalmente) o princípio da dignidade humana, foi perquirida a solução que atenda melhor o interesse do sujeito de direitos em questão, sem descurar de sua proteção, quando necessária, em harmonia com as diretrizes do MSD.

O primeiro capítulo, nesse trilhar, inicia o estudo apresentando: 1) a razão do tratamento especial conferido à PcD pelo princípio constitucional da igualdade; 2) o trajeto histórico dos

modelos de deficiência até o atual (social), acompanhado de comentários às edições da CIDPD e do EPD, produtos da perspectiva em voga; e 3) as definições atuais, extraídas dos campos médico e jurídico, de deficiência, bem como de suas espécies, mental e intelectual.

O capítulo seguinte expõe a vertente da liberdade sexual. Parte-se da crítica ao capacitismo, para depois adentrar na exposição das alterações realizadas na teoria das incapacidades e regime de salvaguardas. É, ainda, abordado o reconhecimento da capacidade de exercício dos direitos existências atinentes à vida privada, expressos no citado artigo 6º do estatuto, tópico necessário para introduzir, na sequência, a conceituação dos direitos sexuais a que fazem jus as PcD.

O objeto da terceira parte é a proteção da vulnerabilidade sexual, sob os enfoques da dignidade humana e sexual. A capacidade de consentir ao ato sexual é dissecada para compreensão do fenômeno do abuso sexual da PcD (momento oportuno para também tratar de questões de gênero, interseccionalidade, etc.). O crime de estupro de vulnerável receberá, no término do capítulo, uma análise jurídica, sendo questionada a adequação da atual redação do artigo incriminador ao MSD.

Finalmente, no último capítulo, soluciona-se o questionamento aqui lançado. Os obstáculos aos novos espaços de autonomia conquistados que embaraçam o exercício da sexualidade pela PcD mental ou intelectual são criticados, sendo concitada a adesão a um novo olhar, mais aberto. É feita, então, uma interpretação dos eventuais impactos da lei civil sobre a penal na proteção da vulnerabilidade sexual, embasada nos conhecimentos produzidos ao longo dos capítulos anteriores. Por último, com sustentação na teoria crítica dos direitos humanos, são discutidas as barreiras que persistem à concretização do direito à vida digna, bem como a forma de derrubá-las.

Na construção do texto se teve em mente, acima de tudo, os diversos operadores do direito que lidam rotineiramente com as questões que envolvem demandas restritivas à autonomia das PcD mental e intelectual ou investigação de abuso sexual (delegados de polícia, juízes, promotores, defensores, etc.). Se nossas conclusões servirem para qualificar a percepção destes profissionais, de modo a bem aplicarem os institutos legais, conforme os parâmetros sugeridos, o objetivo terá sido sobejamente atingido.

## 2 O TRATAMENTO DA DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1 EM BUSCA DAS OPORTUNIDADES IGUAIS: A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não se pode negar que entre as pessoas há diferenças óbvias. Como adverte Celso Ribeiro Bastos, o quadro natural “predispõe o ser humano para ser desigual”.<sup>1</sup> A diversidade humana, como se sabe, se origina de características externas (ex.: riqueza, ambiente social ou natural) ou pessoais (ex.: sexo, idade, aptidões físicas e mentais).

Embora a retórica de que “todos os homens nascem iguais” seja considerada parte essencial do igualitarismo, ignorar as variações interpessoais pode ser não igualitário, visto que a igual consideração de todos pode demandar um tratamento bastante desigual em desfavor dos que se encontram em desvantagem.<sup>2</sup> Por esse motivo, os mais avançados ordenamentos assimilaram a noção de igualdade material (substancial, efetiva), consubstanciada no conhecido jargão do dever de: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam”.

No Brasil, o princípio da isonomia foi consignado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, prescrevendo, de modo aberto, que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Ao contrário do que se possa cogitar a respeito do princípio isonômico acima descrito, num primeiro momento, as normas legais estão autorizadas, sim, a comportarem distinções (descrimes), em consonância com a igualdade material.

É admissível que se discriminem, excepcionalmente, situações de modo que as pessoas compreendidas em categorias diversas venham a ser acolhidas por regimes diferentes, permitindo-se que a alguns sejam conferidos determinados direitos que a outros não assistem.<sup>3</sup> Para tanto, antes há que se identificar, adequadamente, quem são os iguais e quem são os desiguais, a partir de um critério legitimamente manipulável que permita distinguir pessoas e situações em grupos apartados, para fins de tratamentos jurídicos diversos.

---

<sup>1</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 181.

<sup>2</sup> SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 29-30.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 12.

O que o constituinte, acertadamente, procurou barrar prontamente foram os descrimes indevidos, com base, exemplificativamente, em: sexo, raça, origem, trabalho, credo religioso, convicções políticas, etc. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o *caput* do artigo quinto busca colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como a *ratio* fundamentadora do descrime.<sup>4</sup>

Nessa esteira, após investigar escrupulosamente as razões impeditivas de descrime, Mello chega à conclusão de que haverá a ofensa ao preceito constitucional quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial. III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de descrimen adotado que, entretanto, não guarda relação e pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV – A norma supõe relação lógica existente em abstrato, mas o descrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, descrimens, desequiparações, que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.<sup>5</sup>

Distinguindo-se corretamente um descrime legítimo de um ilegítimo, afastar-se-ão os obstáculos à compreensão clara do conteúdo jurídico da isonomia. A lei que tenha erigido critério discriminador não estará eivada de inconstitucionalidade e conviverá harmonicamente com o princípio da igualdade se respeitar os parâmetros acima delineados. Dito isto, pode-se afirmar que deficiência é um descrime legítimo.

Houve, por volta dos anos 40 do século passado, uma busca mais engajada pela integração da PcD à sociedade, mediante regulamentação de direitos e criação de políticas públicas assistenciais. As medidas mais impactantes dessa leva, sem dúvidas, deram-se através das ações afirmativas.<sup>6</sup> Ao discriminarem positivamente, elas sempre tiveram um valoroso

---

<sup>4</sup> MELLO, 2004, p. 17-18. Ainda, conforme a lição de Celso Bastos, a referida cláusula constitucional veio a lume para impedir que “critérios o mais das vezes subalternos, portadores de preconceitos ou mesmo a estatuição de benefícios e privilégios, possam vir a interferir em uma discriminação justa e razoável feita pela lei” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 14). Exemplos de discriminações odiosas, proibidas expressamente no texto constitucional, são encontrados, v.g., no art. 3º, IV e no art. 7º, XXX e XXXI.

<sup>5</sup> MELLO, 2004, p. 47-48.

<sup>6</sup> Segundo André de Carvalho Ramos, “As ações afirmativas consistem em um conjunto de diversas medidas, adotadas temporariamente e com foco determinado, que visa a compensar a existência de uma situação de discriminação que políticas generalistas não conseguem eliminar, e objetivam a concretização do acesso a bens e direitos diversos (como trabalho, educação, participação política etc.). Tais opções tutelam os interesses de grupos sociais vulneráveis e objetivam, num futuro, a realização da igualdade substantiva ou material” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 651).

papel de concretização do ideal isonômico moderno, buscando corrigir a histórica marginalização dos seus beneficiários. Desta forma, portas têm sido abertas, por meio de regimes especiais destinados a proporcionar igualdade de oportunidades, consistente na:

(...) eliminação de impedimentos físicos, econômicos, sociais ou culturais que de alguma forma restrinjam ou excluam as pessoas com deficiência de sua plena participação e desenvolvimento na sociedade, mediante uma série de medidas inclusivas que englobam a acessibilidade universal; um sistema educacional especializado; condições de trabalho justas, favoráveis e de remuneração digna, programas e serviços de saúde adequados, dentre outras inseridas no processo de luta pela inclusão social desse coletivo.<sup>7</sup>

Se, por um lado, as instituições da sociedade tendem a favorecer certos pontos de partida mais que outros, gerando profundas desigualdades, de modo a afetar, desde o início, as possibilidades de vida dos seres humanos;<sup>8</sup> por outro, as discriminações positivas materializadas pelas ações afirmativas promovem a adequada distribuição dos benefícios sociais (materiais e imateriais) e a plena realização de potencialidades, pavimentando o caminho para a erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais, conforme objetivado pelo art. 3º, III, da Carta Magna.

Amartya Sen lembra, ademais, que a discussão sobre a igualdade real de oportunidades (o que podemos ou não fazer/realizar) passa necessariamente pela busca da equiparação das capacidades (poderes para fazer ou deixar de fazer algo).<sup>9</sup> Nessa linha, diversos dispositivos da Constituição brasileira podem ser mencionados como exemplos de medidas que viabilizam o empoderamento da PcD. Heloísa Helena Barboza elenca algumas hipóteses referentes:

(...) à reserva de percentual de cargos e empregos públicos (art. 37, VIII); à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (art. 40, § 4º, I e 201, 1º); à assistência social com o objetivo de habilitação, reabilitação e promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV); à garantia de um salário-mínimo de benefício mensal, desde que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (art. 203, V); à garantia de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III); à garantia de acesso adequado a logradouros e edifícios de uso público e a veículos de transporte coletivo, a depender de disposições legais infraconstitucionais (art. 227, § 2º e 244).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 87.

<sup>8</sup> Para John Rawls, “A justiça de um esquema social depende de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade” (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 8).

<sup>9</sup> O autor trabalha com a noção de “conjunto capacitário”, consistente na liberdade abrangente que uma pessoa desfruta para buscar o bem-estar. (SEN, 2001, p. 201-202). Para ele, o “potencial para escolher entre alternativas substancialmente importantes é visto como parte valiosa de uma vida digna” (SEN, 2001, p. 226).

<sup>10</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloísa Helena et. al. (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 08. Vide também: SOUSA, Cláudio Roberto Alfredo



Registre-se, ainda, a relevância da edição da Lei 7.785/1989, regulamentada pelo Decreto 3.298/1999, que instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, a qual dispõe sobre as normas de proteção e garantia do pleno exercício dos direitos individuais e sociais nas áreas da saúde, educação, trabalho, cultura, desporto, turismo, lazer, etc.

Na próxima seção, a CIDPD e o EPD são analisados, vez que constituem importantes atos normativos com disposições construídas especialmente para que a igualdade material da PcD seja, enfim, alcançada, por meio da superação da discriminação e dos obstáculos remanescentes à inclusão social.

## 2.2 O MODELO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA

O tratamento histórico recebido pela deficiência é cheio de percalços. Surgiram, nessa senda, modelos que sucessivamente evoluíram, conforme as mutações sociais e os progressos da ciência. Utilizando as lições dos estudos especializados, é possível elencar e descrever, em apertada síntese, os seguintes:

1) Surgido nos tempos mais remotos, o “modelo da prescindência” foi marcado pela forte rejeição social aos deficientes, tratados como seres dispensáveis (prescindíveis). Na Antiguidade Clássica, chegava-se ao extremo do extermínio eugênico.<sup>11</sup>

2) Seguiu-se, destacadamente na Idade Média, o “modelo moral” que utilizava uma justificação religiosa para tratar o deficiente como um estorvo, “verdadeiro castigo divino pelos

---

de; DOSEA, Inês Virgínia Resende. O Estatuto da pessoa com Deficiência e a nova teoria das (in)capacidades: o inventário extrajudicial como instrumento de garantia da dignidade humana. *In*: JÚNIOR, Izaías Gomes Ferro; SCHWARZER, Márcia Rosália (coord.). **Tabelionato de Notas**: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 108-110.

<sup>11</sup> Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Sandra Filomena Wagner Kiefer lembram práticas cruéis ocorrentes na vigência desse modelo: “Em função do culto à beleza, na Grécia clássica, havia a prática dos ‘infanticídios a los disformes’”. Platão e Sócrates, em suas obras *A República* e *A Política*, respectivamente, abordaram o costume de eliminação das pessoas com deficiência. Em Esparta, elas não eram sequer consideradas pessoas e cidadãos. Os espartanos, focados nas guerras e na manutenção de territórios, também as matavam, já que somente os fortes poderiam sobreviver e servir nos conflitos. Na antiga Roma, eram tratadas com crueldade e os pais tinham o direito de afogar filhos nascidos com alguma forma de deficiência. Algumas crianças eram ‘apenas’ abandonadas, e na sequência, exploradas nas cidades como pedintes ou em circos” (BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 69).

pecados dos pais ou advertência de uma catástrofe iminente”.<sup>12</sup> Preponderava a marginalização, mediante abandono em lugares específicos, progredindo, tempos depois, para a segregação institucionalizada (séculos XVII e XVIII).<sup>13</sup>

3) Com o tempo, evoluiu-se, nos idos do século XIX, para o “modelo médico” que encarava a deficiência como patologia, perquirindo-se a “normalização” pela cura. Nesta sede, a assistência médica é considerada o cerne, a questão primordial a ser tratada.<sup>14</sup>

Pode-se dizer que a atual Constituição, assim como os Códigos Civis, de 1916 e de 2002, tiveram seus textos originais influenciados por esse modelo. No cenário internacional também o seguiram a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 1975, e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala), de 1999.

A crítica feita ao modelo é bem resumida nas palavras de Ana Clara das Chagas Souza e Débora Fernandes Pessoa Madeira:

A visão biomédica da deficiência, ao ser compreendida apenas no âmbito do tratamento e da reabilitação, reforça a ideia de existência de uma normatividade dos corpos que deve ser buscada. Não entende, assim, o corpo deficiente como uma forma singular de se viver, mas, sim, como tragédia pessoal a ser superada. Pautada em padrões normativos de produtividade, essa abordagem favorece o entendimento da deficiência como limitação, ou ainda, incapacidade.<sup>15</sup>

Ademais, a integração da PcD à sociedade, tão incentivada à época, restou frustrada. Com o tempo, a nobre meta foi respondida com escandalosa inércia, tanto por parte dos poderes estatais, incumbidos legalmente de realizar diversas ações para a promoção dessa ação, como dos atores privados que, menos cobrados moral e juridicamente, tiveram mais facilidade para se esquivar.

---

<sup>12</sup> BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis In: BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 13-18.

<sup>13</sup> BARBOSA-FOHRMANN; KIEFER, 2016, p. 70.

<sup>14</sup> “O modelo médico considera a incapacidade como um problema da pessoa, causado directamente pela doença, trauma ou outro problema de saúde, que requer assistência médica sob a forma de tratamento individual por profissionais. Os cuidados em relação à incapacidade têm por objectivo a cura ou a adaptação do indivíduo e mudança de comportamento” (OMS – Organização Mundial da Saúde. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Disponível em: <http://www.crpssp.org.br/arquivos/CIF.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020).

<sup>15</sup> SOUZA, Ana Clara das Chagas; MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa. O exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por mulheres com deficiência mental ou intelectual no Direito brasileiro. **Oikos: família e sociedade em debate**, Viçosa, v. 32, n. 2, p. 01-25, 2021. p. 09.

4) O modelo mais recente, surgido na segunda metade do século passado (anos 60/70), foi batizado como “modelo social”, impulsionado por movimentos sociais que reivindicavam uma mudança de perspectiva, abandonando o arquétipo do deficiente problema (inconveniente, tido como um peso morto, etc.) para promover, em seu lugar, o do deficiente independente (autônomo, consumidor, etc.), entendendo-se que “a deficiência não está na pessoa com um problema a ser curado, e sim na sociedade, que pode, por meio de barreiras que são impostas às pessoas, agravar uma determinada limitação funcional”.<sup>16</sup> Os avanços desse novo modelo consistem em:

1) deslocar a compreensão da deficiência para o contexto, apontando para as barreiras sociais; 2) a deficiência deixa de ser apenas um problema médico para ser um problema econômico, social, de direitos humanos, cultural, etc.; 3) retira a deficiência da ideologia do inesperado, da exceção, da ‘tragédia humana’, e a situa no contexto geral da diversidade humana; 4) a deficiência pode ser considerada um modo de vida, uma possibilidade digna da condição humana – a cultura e comunidade da deficiência; 5) a pessoa com deficiência como cidadã: a deficiência é uma questão de Direitos Humanos; 6) a deficiência é vista como um fenômeno transversal, pensado em articulação com as categorias sociais de classe, etnia, gênero, orientação sexual, geração, região, religião, entre outras; 7) articula-se com o pressuposto da vida independente.<sup>17</sup>

Se a sociedade era incapaz de integrar espontaneamente as PcD, então era preciso inverter os polos, impondo-se que aquela se adaptasse às limitações destas, potencializando, assim, a sua inclusão.<sup>18</sup>

O modelo social, entretanto, não está livre de críticas. Dentre elas, vale registrar a formulada pelo movimento feminista, no fim dos anos 1990, que questiona algumas premissas teóricas como a de que: “a mera supressão de barreiras poria fim às desvantagens e resultaria numa total independência e pleno desenvolvimento das capacidades individuais”. Segundo observa Sidney Madruga:

(...) propôs-se rediscutir o postulado da independência absoluta, que desconsidera a subjetividade das pessoas com deficiência, isto é, fatores como a dor e a profunda

---

<sup>16</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida *et al.* (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 58. Vide também: “Dessa maneira, a deficiência, do ponto de vista social, implica admitir que o ‘problema’ não está no indivíduo e sim no próprio comportamento estigmatizado em relação àqueles considerados ‘diferentes’, e, por esse motivo, inferiorizados e discriminados” (MADRUGA, 2018, p. 37).

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e reprodutivos na integralidade da atenção à saúde de pessoas com deficiência** Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

<sup>18</sup> “Na integração, a sociedade permite a incorporação de pessoas que consigam adaptar-se por meios próprios, as quais fazem parte de grupos distintos entrelaçados ou não, enquanto na inclusão todos fazem parte de uma mesma comunidade, sem divisões em grupos. Isso exige da esfera pública e da sociedade condições necessárias para ‘todos’ e não só para aqueles que conseguem adaptar-se” (MADRUGA, 2018, p. 71).

depressão ocasionadas entre aqueles com deficiências graves e crônicas como algo preponderante para a autoafirmação e nas relações pessoais e sociais. Então, diante de casos severos de deficiência não basta que as barreiras arquitetônicas ou de transporte sejam suprimidas, porque isso não trará qualquer forma de independência ou produtividade a essas pessoas, devendo ser estabelecidos concomitantemente outros parâmetros (v.g., éticos e morais) que discutam a questão de vulnerabilidade desse grupo que se encontra em situação ainda mais desvantajosa e menos igualitária. Buscou-se, portanto, levar o debate sobre a deficiência além das questões centradas nas barreiras físicas, para se analisar o real significado da dor e de um corpo com deficiência, o que, por conseguinte, leva a um reexame de conceitos como a plena autonomia e capacidade.<sup>19</sup>

A crítica feminista não refuta o MSD, ao contrário, o aperfeiçoa. Para alguns grupos de PcD, cujas lesões, corporais ou mentais, obstam a vida independente nos moldes produtivos que a sociedade capitalista impõe, a garantia do cuidado é a demanda principal, vindo antes do reconhecimento da autonomia. Fala-se, então, numa segunda geração do MSD, que não desconsidera a experiência das “dores, sofrimentos e limitações do corpo lesado” e propõe que essas subjetividades da deficiência, assim como a questão do enfrentamento das barreiras, também façam parte da pauta política.<sup>20</sup>

Através da CIDPD, o modelo social foi internacionalmente adotado, estabelecendo-se uma nova ordem jurídica, como se verá em seguida.

### **2.2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua força normativa**

Os tratados internacionais, como se sabe, são compromissos formais, de caráter vinculante, materializados através de Convenções, Pactos, Protocolos ou Acordos, que são firmados por Estados ou Organismos internacionais, em conformidade com os ditames do Direito Internacional Público, sobre temas de interesse comum dos pactuantes (cf. art. 2º, parte I, a, das Convenções de Viena de 1969 e 1986).

Quando tratam de direitos humanos, recebem maior deferência da comunidade internacional. O Brasil, nessa linha de valorização, prega a primazia dos direitos humanos nas relações internacionais (cf. art. 4, II, CF).

---

<sup>19</sup> MADRUGA, 2018, p. 37-38.

<sup>20</sup> SOUZA; MADEIRA, 2021, p. 09-13. Embora exista, em princípio, certa resistência ao uso das descrições médicas pelos adeptos da primeira geração do MSD, não se pode negar a importância delas para construção de uma compreensão integral das dificuldades e necessidades das PcD. Afastá-las para focar exclusivamente o discurso da independência representaria uma alienação deliberada, uma fuga das questões mais intrincadas, tornando-as inconciliáveis. Por isso, esses conceitos comporão boa parte deste trabalho, sem significar qualquer contradição com o ideal propugnado.

A CIDPD, assinada em 30 de julho de 2007 na cidade de Nova York, é, formal e materialmente, um tratado de direitos humanos. O Brasil a ratificou, acompanhada do Protocolo Facultativo, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Sua vigência, no plano interno, se deu com a promulgação do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A Convenção de Nova York, como também é conhecida, é considerada o repositório dos fundamentos que devem orientar, em caráter definitivo, as soluções para os impasses interpretativos das leis que tratam da PcD. Nesse sentido, merecem menção seus princípios gerais, concentrados no art. 3º:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.<sup>21</sup>

O propósito maior, segundo se extrai do art. 1º do documento em comento, é o de promover, proteger e assegurar “o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”.<sup>22</sup> Há uma especial preocupação com a máxima efetividade do processo de inclusão social, estabelecendo-se os alicerces para o respeito à autonomia e o combate à discriminação.

Para que esse importante vetor hermenêutico fosse encarado com a devida seriedade no Brasil, optou-se por um regime especial de incorporação. Seguiu-se o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF/1988, introduzido pela Emenda n. 45/2004, segundo o qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, se tornam equivalentes às emendas constitucionais.

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm). Acesso em: 01 mai. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL, 2009.

Foi o primeiro texto internacional a seguir esse rito especial no Brasil,<sup>23</sup> possuindo a mesma força normativa da CF/1988, em vigor. Em decorrência disso, é hierarquicamente superior a, por exemplo, constituições estaduais, leis federais, estaduais e municipais, decretos, etc. O *status* constitucional conferido lhe assegura, portanto, relevância:

(...) pois torna cogente a ‘releitura’ de todo e qualquer norma infraconstitucional que tenha relação com o tema, seja revogando normas incompatíveis, seja no sentido de exigência de uma interpretação conforme de todos os atos normativos ordinários, [...] sem prejuízo de ajustes legislativos em todas as esferas da Federação, de modo a adequar o subsistema de proteção da pessoa com deficiência aos parâmetros internacionalmente vigentes e com os quais, de modo qualificado, como se viu, se comprometeu o Estado Brasileiro.<sup>24</sup>

Por integrar o bloco de constitucionalidade nacional, as normas ou atos internos que eventualmente afrontem a dita convenção devem ser consideradas inválidas, estando passíveis de controle interno de constitucionalidade e/ou mesmo de convencionalidade:<sup>25</sup> 1) pela via difusa, ou seja, através de juízes de primeiro grau e tribunais – estaduais ou federais e Superior Tribunal de Justiça (STJ) –, com possibilidade de se chegar à última instância, o Supremo Tribunal Federal (STF); ou 2) pela via concentrada, exclusivamente mediante acionamento do Supremo.

Esgotados os foros competentes nacionais sem solução satisfatória (conforme a perspectiva internacional) ou caso o Brasil se omita ou falhe no cumprimento das obrigações convencionais assumidas, oportuniza-se o acesso suplementar aos órgãos que compõem o sistema multinível de proteção internacional dos direitos humanos, seja no âmbito regional (ex.: Corte Interamericana de Direitos humanos, OEA) ou global (Corte Internacional de Justiça, ONU). É o Comitê Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, órgão externo à ONU, que avalia a implementação da Convenção.

Realizados os comentários a respeito da proeminência da CIDPD, é indispensável também examinar a Lei Brasileira de Inclusão (EPD), dada sua indiscutível relevância para o assentamento do MSD no Brasil.

---

<sup>23</sup> O Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 261, de 2015 e promulgado pelo Decreto nº 9.522, de 2018, sendo outro exemplo de adoção do procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à Luz da Convenção Internacional e Estatuto da[s] pessoas com deficiência. *In*: MENEZES, 2016. p. 148.

<sup>25</sup> “O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações nacionais)” (RAMOS, 2020, p. 557).

### 2.2.2 O Estatuto da Pessoa com Deficiência: marco regulador da Convenção no Brasil

Não obstante a possibilidade de aplicação imediata da Convenção de Nova York a partir de sua entrada em vigor, como assegurado pelo parágrafo 1º do art. 5º da Constituição, os efeitos de seus comandos não foram assimilados de imediato na realidade brasileira, onde o tradicional apego à regulação doméstica ainda pesa.

Anos depois, cumprindo o compromisso assumido em sede internacional, a União, no exercício da sua competência de legislar sobre a proteção e a integração social das pessoas portadoras de deficiências (art. 24, XIV, da Constituição), em 06 de julho de 2015, após intenso debate nas duas casas do Congresso Nacional, enfim, editou o EPD, através da Lei 13.146. Comemorando o sucesso do processo legislativo, a Deputada Mara Gabrilli, relatora da Lei na Câmara dos Deputados, comentou com entusiasmo:

Podemos dizer que a democracia nunca foi tão escancarada e plenamente exercida. Foram mais de mil sugestões vindas de todo o Brasil. Todas as propostas do Projeto de Lei, a começar por seu próprio nome, LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, emana de mãos, mentes e corações que trabalharam juntos na construção de um texto. Feito por todos e para todos. Simplesmente, ‘nada sobre nós, sem nós’.<sup>26</sup>

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que este marco legislativo foi fundamental para que fosse sentido o impacto do modelo social implantado pela CIDPD. Para tanto, ele replicou diversas diretrizes empoderadoras e emancipatórias da Convenção. O seu objetivo expresso, na linha mestra do texto internacional, é o de “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (art. 1º).

As inovações trazidas pela Lei de inclusão foram inúmeras. Introduziu novas políticas de inclusão e acessibilidade, instrumentos para implementá-las, penalidades às violações dos direitos, bem como remodelou antigos institutos jurídicos, destacadamente na seara do Direito Civil, para adaptá-los ao MSD, gerando intensos debates acadêmicos, como se verá mais adiante, no próximo capítulo.

---

<sup>26</sup> LEITE *et al.*, 2019. p. 27.

### 2.3 QUEM É A PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

A expressão deficiência significa, no sentido vulgar, “insuficiência”, “carência” ou “ausência”, ao tempo em que o termo deficiente comporta as acepções de “imperfeito”, “falho”, “incompleto”. Nos campos técnicos da medicina e do direito, os conceitos são dados por instrumentos nacionais e internacionais.

Na seara médica, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), publicada pela OMS em 2004, substituiu a defasada Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens, de 1980, que delineava os conceitos de deficiência, incapacidade e desvantagem (limitação), bem como suas consequências, conforme o modelo médico.<sup>27</sup>

A CIF, modernamente, privilegia uma classificação de “componentes da saúde”, integrando os modelos médico e social de incapacidade mediante uma abordagem “biopsicossocial” (biológico + psicológico + social). O documento permite registrar perfis úteis da funcionalidade (englobando todas as funções do corpo, atividades e participação), incapacidade (incluindo deficiências, limitação da atividade ou restrição na participação) e saúde dos indivíduos em vários domínios.<sup>28</sup>

No campo legislativo nacional, ainda parametrizada pelo modelo biomédico, a enunciação dos conceitos de deficiência e incapacidade ficou a cargo do Decreto 3.298/1999, do seguinte modo no art. 3º:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

---

<sup>27</sup> OMS – Organização Mundial da Saúde. **International Classification of Impairment, Disabilities and Handcaps**. 1980. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261\\_eng.pdf;sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261_eng.pdf;sequence=1). Acesso em: 31 jul. 2020.

<sup>28</sup> No contexto da saúde, as definições encontradas na tradução portuguesa europeia da CFI são as seguintes: Funções do corpo são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos (incluindo as funções psicológicas). Estruturas do corpo são as partes anatómicas do corpo, tais como, órgãos, membros e seus componentes. Deficiências são problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda. Actividade é a execução de uma tarefa ou acção por um indivíduo. Participação é o envolvimento de um indivíduo numa situação da vida real. Limitações da actividade são dificuldades que um indivíduo pode ter na execução de actividades. Restrições na participação são problemas que um indivíduo pode enfrentar quando está envolvido em situações da vida real. Factores ambientais constituem o ambiente físico, social e atitudinal em que as pessoas vivem e conduzem sua vida (OMS – Organização Mundial da Saúde. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. 2004. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/arquivos/CIF.pdf>. Acesso em 31 jul. 2020).



II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.<sup>29</sup>

O mesmo decreto também definiu os grupos específicos das deficiências física, mental e sensorial. Segundo o art. 4º, considera-se pessoa “portadora” de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

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

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

V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>30</sup> BRASIL, 1999. Vide também definições equivalentes no art. 5º, § 1º, do Decreto nº 5.296/2004, documento que regulamenta a Lei nº 10.048/2000 (sobre prioridade de atendimento). Estatisticamente, segundo o IBGE (Censo 2010), das pessoas que se declararam com alguma deficiência, em primeiro lugar estão os deficientes visuais (18,6%), em segundo, as pessoas com dificuldades de caminhar ou subir escadas (7%); em terceiro, os deficientes auditivos (5,10%), seguidos, por fim, dos deficientes mentais/intelectuais (1,40%). 25.800.681 (26,5%) são mulheres e 19.805.367 (21,2%) são homens. 38.473.702 pessoas vivem em áreas urbanas e 7.132.347 em áreas rurais (BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Cartilha do Censo 2010 – pessoas com deficiência**. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012a. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/754>. Acesso em: 30 jul. 2020. p. 06).

Com a ratificação da Convenção de Nova York pelo Brasil, tornou-se imperativa uma revisão conceitual e terminológica dos diplomas normativos nacionais anteriores, a exemplo do citado decreto. A CIF, mencionada no início, é, atualmente, o ponto de partida para guiar as atualizações que se impõem. Cumpre observar, nesse contexto, a necessidade de atualização da expressão “pessoa portadora de deficiência” para “pessoa com deficiência”. A expressão “portadora” passa a ideia equivocada de que é possível deixar de se ter a deficiência.<sup>31</sup> Laís de Figuerêdo Lopes também defende o abandono de outras nomenclaturas inadequadas, como “pessoas com necessidades especiais” (por não comunicar de quem está sendo falado) e “deficientes” (por resumir a pessoa à sua condição, esquecendo que é sujeito de direitos).<sup>32</sup> Há ainda sugestões avançadas para se abandonar a própria expressão deficiência, substituindo-a por “diversidade funcional” ou “diversidade orgânica”.<sup>33</sup>

O artigo 1º da Convenção inclusiva conceitua, modernamente, as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Deixa consignado ainda, no preâmbulo, que a expressão deficiência resulta da “interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente”.

Após análise das definições supra, praticamente repetidas pelo Estatuto brasileiro de 2015, Heloísa Helena Barboza e Vitor de Azevedo Almeida Júnior pertinentemente destacam:

A deficiência é um problema social, que exige intervenções na sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas – são predominantemente sociais. As raízes dos problemas não são as restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas as limitações ou impedimentos impostos pela sociedade que não tem meios/serviços/instrumentos adequados para que essas pessoas sejam consideradas incluídas na sociedade.<sup>34</sup>

No que pertine às mencionadas barreiras que obstaculizam o processo de inclusão, o Estatuto as define, bem como as suas espécies, no art. 3º, IV e alíneas:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: [...]

<sup>31</sup> RAMOS, 2020, p. 279. Registre-se ainda, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a atualização efetuada pela edição da Portaria n. 2.344, de 03 de novembro de 2010: “Art. 2º Atualiza a nomenclatura do Regimento Interno do CONADE, aprovado pela Resolução nº 35, de 06 de julho de 2005, nas seguintes hipóteses: I – Onde se lê ‘Pessoas Portadoras de Deficiência’, leia-se ‘Pessoas com Deficiência’”.

<sup>32</sup> LEITE *et al.*, 2019, p. 57. Recomenda-se também a leitura de: SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. **Revista Nacional de Reabilitação**, São Paulo, ano 5, n. 24, p. 6-9, jan./fev. 2002.

<sup>33</sup> MENEZES, 2016, p. 610.

<sup>34</sup> BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena *et. al.* (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 17.

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;<sup>35</sup>

Exemplificando a aplicação do conceito de deficiência ora comentado, imagine-se uma pessoa tetraplégica, cuja limitação funcional consiste na ausência de controle e sensibilidade dos membros inferiores, que encontra barreira para dirigir um veículo automotor comum, vez que está impossibilitada de utilizar os pedais. Caso o carro seja adaptado, poderá dirigir usando apenas as mãos, acelerando e freando.<sup>36</sup> Nesta hipótese, a deficiência foi suprimida e o paraplégico exercerá seu direito fundamental de ir e vir como as demais pessoas que não possuem a referida limitação.

A avaliação da deficiência, para identificação do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial, com a edição do EPD deixou de seguir critérios estritamente biológico para se tornar biopsicossocial (v. CIF, supra). Não é compulsória, mas, quando necessário, “deverá realizar uma análise contextual, que envolva a história clínica e história social do indivíduo, agregando à análise das condições de saúde o olhar social, do entorno”.<sup>37</sup> Deve a perícia, conforme disposto no art. 2º, § 1º, ser realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: a) os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; b) os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; c) a limitação no desempenho de atividades; e d) a restrição de participação.

---

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República do Brasil, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>36</sup> A propósito, ver o capítulo III, que, nos artigos 74 e 75, cuida da tecnologia assistiva (ou ajuda técnica, consistente em produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (art. 3º, III).

<sup>37</sup> LEITE *et al.*, 2019, p. 51.

Não se podem invocar eventuais dificuldades operacionais como pretexto para não realização deste serviço, considerado essencial, principalmente em razão dos efeitos patrimoniais ou existenciais que decorrem do resultado.<sup>38</sup>

## 2.4 DEFININDO DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELECTUAL

A construção histórica das noções de “normalidade” e “loucura” é permeada de ações equivocadas e excessos em desfavor das pessoas rotuladas na segunda categoria. Os inúmeros erros ao lidar com os mistérios da mente humana só vieram a ser remediados paulatinamente, à medida que as descobertas científicas e o conhecimento na área da saúde mental avançaram, até se chegar ao tratamento mais humanizado dos dias de hoje.<sup>39</sup>

Não é tarefa simples definir o que seria normalidade mental, assim como é um árduo desafio distinguir a mente saudável da perturbada ou da doente, visto que as fronteiras entre elas são relativas, circunstanciais e mutantes.<sup>40</sup> Neste sentido, Anna Cecília Santos Chaves esclarece:

(...) os fatos patológicos e os normais sofreram e sofrem constantes modificações em sua linha de divisão. Alguns quadros clínicos, anteriormente considerados como anormalidades patológicas, hoje podem ser percebidos como mecanismos normais e

<sup>38</sup> A previsão legal está em consonância com o teor do inciso XIII ao art. 10 da Lei nº 7.783/1989, alterado pela Lei nº 13.846/2019: “Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: (...) XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)”. A prévia avaliação é exigida, exemplificativamente, para percepção do benefício previdenciário “de prestação continuada” (cf. art. 20, § 6º, da Lei 8.472/93), para concessão de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (cf. art. 5º, da Lei Complementar 142/2013) e para concessão de pensão especial aos portadores de “Síndrome da Talidomida” (cf. Lei 7.070/1982) (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 25). Acrescente-se, ainda, a pensão por morte ao filho com deficiência mental ou intelectual pela Lei 8.742/1993.

<sup>39</sup> Em seu Tratado de Psiquiatria Forense, Guido Arturo Palomba descreve quatro momentos históricos do embate normalidade versus loucura: 1º momento: há uma interpretação popular mágico-mística que associa a loucura à possessão demoníaca. Até meados do século XVI eram recorrentemente despachados em naus destinadas ao desembarque em terras distantes (naus dos loucos). Alternativamente se praticava o exorcismo, assim como a execução à fogueira na época da inquisição; 2º momento: Iniciado com a renascença, a loucura foi então relacionada à razão. Quem dela padecia, precisava ser isolado dos “normais”, sendo fundadas para tanto, as casas de internamento, que se tornaram verdadeiros depósitos de alienados acorrentados; 3º momento: Philippe Pinel (1745-1826) inaugura este momento introduzindo a função médica, transformando as casas de isolamento em hospícios destinados ao tratamento mental; 4º momento: Em 1950 inicia-se a era da psicofarmacológica, com a sintetização da clorpromazina e sua aplicação nas psicoses, provocando uma revolução. Na sequência, outros psicofármacos bem sucedidos surgiram (antidepressivos, neurolépticos, etc). Embora não fossem aptos à cura, estes novos recursos contribuíram para serenar as psicopatologias. Um quinto momento, destaca por fim o autor, está por vir ou já começou, ante o cenário montado do “século do genoma”, *In* PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de Psiquiatria Forense civil e penal**. São Paulo: Atheneu Editora, 2003. p. 03-41.

<sup>40</sup> FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 95.

reações adaptativas de uma pessoa ao meio. Normalidade é, portanto, um conceito de difícil definição, por abranger uma extensa gama de formas comportamentais que variam segundo a cultura e o grupamento social, não havendo uma linha clara de divisão entre o normal e o patológico. Tradicionalmente, a medicina equipara normalidade ‘a um padrão de condições ao qual se denomina saúde, do que decorre que a anormalidade seria a presença de patologia’.<sup>41</sup>

Em lugar da imprecisa locução “doença mental”, prefere-se, na atualidade, o uso de “transtorno mental” como gênero a englobar todas as possibilidades nosológicas psiquiátricas. Existe transtorno mental quando há comprometimento do funcionamento do indivíduo. Segundo José Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini, há esse comprometimento quando: 1) funções mentais superiores recebem interferência, dificultando ou afetando a atuação; 2) atividades da vida diária, rotineiras, usualmente necessárias, sofrem comprometimento em algum grau.<sup>42</sup>

Guido Arturo Palomba, analisando as categorizações dos transtornos mentais no ordenamento brasileiro, aponta que o Código Penal (CPB/1940) contemplou todas elas (art. 26), ao passo que o Código Civil de 1916 (CC/1916), inadequadamente, englobava vasta gama de patologias mentais na expressão “loucos de todo gênero” (art. 5º II), problema este não solucionado pela codificação civil seguinte, de 2002 (CC/2002), apesar de ter avançado tecnicamente (arts. 3º e 4º).<sup>43</sup>

É possível sistematizar comparativamente as expressões utilizadas pelas três codificações referidas, permitindo vislumbrar um quadro dos impedimentos mentais pelo viés biomédico, conforme as opções originais do legislador pátrio:

a) A doença mental no CPB/1940 equivale à loucura no CC/1916 e à enfermidade mental com ausência do necessário discernimento no CC/2002 (ex.: “psicose, alcoolismo crônico grave, dependência grave às drogas, aterosclerose cerebral avançada, demências de todo gênero etc.”);

b) O desenvolvimento mental retardado no CPB/1940 equivale à loucura no CC/1916 e à deficiência mental com ausência do necessário discernimento no CC/2002 (referindo-se à deficiência intelectual grave ou moderada);

---

<sup>41</sup> CHAVES, Anna Cecília Santos. Direito e Psiquiatria. In: BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini (org.). **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2020. p. 11.

<sup>42</sup> FIORELLI; MANGINI, 2010, p. 95.

<sup>43</sup> PALOMBA, 2003, p. 153.

c) A deficiência mental com discernimento reduzido surge no CC/2002 (referindo-se à deficiência intelectual leve);

d) O desenvolvimento mental incompleto no CPB/1940 concerne aos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo no CC/2002 (ex.: surdimutismo de nascença e o silvícola “não adaptado à civilização”);

e) Por fim, a perturbação da saúde mental no CPB/1940, atinente aos “fronteirizos” (ex.: “todas as neuroses, reações vivenciais anormais, reação em curto-circuito, síndrome do pânico, condutopatias (transtornos de comportamento), encefalopatias menores, [...] quadros hipomaniacos, reações anormais a estresse, certos estados epiléticos etc.”), abarcaria a noção dos ébrios habituais e viciados em tóxicos (moderados) no CC/2002.<sup>44</sup>

A tradicional literatura médica se utiliza da expressão desenvolvimento mental retardado ou oligofrenia (de *oligo*: pequeno e *phreno*: mente, espírito = pouco espírito ou pequena mente) que se caracteriza “pelo funcionamento intelectual abaixo da média, com diminuição ou parada do desenvolvimento normal do psiquismo, com acentuado déficit da inteligência”.<sup>45</sup> A inteligência, vale registrar, reflete a capacidade de pensar e entender. Em outros termos, conforme lição de Roque de Brito Alves, compreende:

[...] a faculdade ou capacidade psíquica geral de apreensão da vida, da realidade mediante operações mentais, adaptando-se ou atendendo às exigências da realidade, caracterizando-se como capacidade ou poder mental amplo de entender, de aplicar, de interpretar, de criticar, de síntese ou mesmo de estabelecer outras novas relações ou nexos lógicos, baseando-se, assim, essencialmente no pensamento, nesta sua complexidade.<sup>46</sup>

Diagnosticável idealmente entre os cinco e os dezoito anos de idade, é certo que a etiologia do distúrbio, seja congênita ou adquirida,<sup>47</sup> afeta permanentemente o progresso do desenvolvimento da anatomia do cérebro, estacionando a inteligência em algum ponto.

<sup>44</sup> PALOMBA, 2003, p. 153-158. Frise-se que o Código Civil de 2002 sofreu em 2015 importante alteração redacional nos art. 3º e 4º, através do EPD, modificando parcialmente o quadro da incapacidade civil, analisado com mais detalhes no próximo capítulo.

<sup>45</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 532.

<sup>46</sup> ALVES, Roque de Brito. **Ciúme e crime, crime e loucura**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 169.

<sup>47</sup> As principais causas podem ser assim elencadas: “Inúmeras causas podem condicionar os retardos mentais. Entre as de origem terminal encontram-se a chamada herança degenerativa (que explica a incidência de grande número de retardados mentais entre os filhos de alienados mentais) e a trissomia do cromossomo 21, presente no mongolismo ou síndrome de Down (desenvolvimento mental retardado descrito por LANGDON DOWN, em 1866); matrimônios consanguíneos, precoces ou tardios; e ainda, desproporcionalidade entre as idades dos cônjuges. Pode também originar-se no decurso da gestação e atrapalhar o desenvolvimento do cérebro, como, por exemplo, por intoxicações, desnutrição materna, doenças graves, traumatismos uterinos etc. Seguem entre as causas da oligofrenia aquelas que são relacionadas com o parto, dando-se grande importância ao estreitamento da bacia, ao tamanho exagerado do feto, à hipóxia cerebral por presença de cordão circular, trabalho de parto

Os que têm o referido transtorno não apresentam, necessariamente, doenças mentais ou psicossociais agregadas, no entanto, é possível ocorrerem associações. Não se deve, assim, confundir as noções de enfermidade e deficiência. Enquanto a primeira, calcada num processo patológico, é um “modo de estar” (qualidade), a segunda, consistente no déficit cognitivo, é um “modo de ser” (quantidade).<sup>48</sup>

A Classificação Internacional de Doenças da OMS, CID-11 (11ª revisão), documento que categoriza a etiologia dos estados de saúde, substituiu a expressão retardo mental, usada no CID-10, por “desordem do desenvolvimento intelectual”, espécie de transtorno do neurodesenvolvimento;<sup>49</sup> enquanto no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, da Associação Americana de Psiquiatria (APA), atualmente em sua 5ª revisão (DSM-5),<sup>50</sup> a expressão agora usada é deficiência intelectual (mais aceita pela sociedade civil internacional na atualidade). Segue-se, assim, a tendência de abandonar os vocábulos antiquados do passado que hoje soam pejorativos, trocando-os pelos mais consentâneos com o MSD.<sup>51</sup>

Tanto a CID-11 como o DSM-5 classificam como graus de déficit intelectual as modalidades: leve, moderada, grave e profunda. Os dois últimos rótulos (grave e profunda), segundo os estudiosos, confundem-se num só, dispensando diferenciação, de modo que os citados quadros clínicos, em geral, podem ser resumidos apenas em: leve, moderado e profundo.<sup>52</sup> Genival Veloso França, assim descreve as três categorias:

Leve – Os deficientes mentais leves alcançam uma idade mental de uma criança de 7 a 12 anos e um QI (quociente de inteligência = idade mental × 100/idade cronológica) de 50 a 90. Estes representam o grau mais superior do retardo mental. São

---

prolongado, fórceps, inércia uterina, etc. Finalmente salientam-se as causas pós-parto, que são mui numerosas: meningite, sarampo, rubéola etc.” (PALOMBA, 2003, p. 484).

<sup>48</sup> ROSENVALD, Nelson. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o Fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. *In*: MENEZES, 2016, p. 96. Para efeitos meramente didáticos, quando a expressão transtorno mental for referida no texto, será usada como um gênero a englobar tanto a enfermidade mental como as deficiências mental e intelectual.

<sup>49</sup> Expressões traduzidas livremente de OMS – Organização Mundial de Saúde. **Classificação Internacional de Doenças**. 2022. Disponível em: <https://icd.who.int/en>. Acesso em: 03 jan. 2022.

<sup>50</sup> APA – American Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

<sup>51</sup> Exemplo de classificação antiga, ainda usada no meio médico e que poderia ser revista, é a seguinte: debilidade mental: débil, fraco (grau leve); imbecilidade: *in*, negação; *bacillum*, bastão – “falta o bastão da inteligência” (grau moderado) e idiotia: *idios*, a, *on*, próprio – “indivíduo que só tem vida própria, não tem vida política” (grau profundo), conforme Palomba (2003, p. 154).

<sup>52</sup> PALOMBA, 2003, p. 153-483-484. Registre-se que Associação Americana de Deficiência Mental entende que se deveria abolir as graduações, mencionando apenas a expressão deficiência mental (sem especificar nível de comprometimento) (SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. **Revista Nacional de Reabilitação**, São Paulo: ano 5, n. 24, p. 6-9, jan./fev. 2002. p. 3).

diagnosticados quase sempre na fase escolar, pois até os 5 anos apresentam um desenvolvimento aparentemente normal. Eles têm pouca inteligência e são, em sua maioria, ingênuos, crédulos e sugestionáveis; outras vezes, astutos, maliciosos e intrigantes. Sua falta de sentido moral e déficit de juízo crítico levam-nos a certa dificuldade de se valerem de si mesmos. [...] Estudando com muito sacrifício e obstinação, existem deficientes mentais leves que têm acesso à Universidade e se formam. [...] Outros chegam a ter rasgos geniais, mas logo se perdem na vulgaridade, nas contradições e no absurdo. [...] Afinal, existe o deficiente mental leve do tipo “intelectual”, passando-se por poeta, escritor, artista ou orador, podendo até granjear fama entre os incautos.

Moderado – Nesse grupo os indivíduos têm uma evolução mental mais retardada que os deficientes mentais leves. Apresentam a idade de uma criança de 3 a 7 anos e um QI que oscila entre 25 e 50. São eles altamente sugestionáveis, propensos a impulsos agressivos e coléricos. De convivência difícil com os familiares; amigos dos animais. Há deficientes mentais moderados que apresentam exaltação do instinto sexual, levando-os a manifestações eróticas em público ou atentados violentos ao pudor, principalmente contra menores. Os deficientes mentais moderados podem adquirir algum conhecimento e desempenhar pequenos ofícios. Eles podem aprender a ler e a escrever com muita dificuldade. Reconhecem as pessoas, manifestam desejos e paixões, que podem levá-los até a violência, por isso necessitam de supervisão, mesmo que aparentem desenvolver algumas tarefas. [...] Os deficientes mentais moderados não têm sentimento ético nem personalidade definida. Eis por que têm eles uma tendência mórbida à imitação e à sugestão, servindo-se de instrumento a pessoas sem escrúpulos. Suas alterações capitais são a falta de reflexão e a ausência de crítica formal, preocupando-se com fatos de menor importância, coisas que, para a maioria, não teriam nenhum significado.

Profundo – Os portadores de deficiência mental profunda têm uma idade mental de uma criança de até 3 anos e um QI de, no máximo, 25 pelos testes de Binet-Simon. [...] Os deficientes mentais profundos não têm capacidade expressiva, mímica ou verbal. Sua personalidade é quase nula, sendo, em geral, sujeitos passivos de criminalidade ou presas fáceis da mendicância organizada, sobretudo quando crianças. Em geral, apresentam-se com malformações congênitas e um rebaixamento na evolução psicomotriz que se manifesta muito cedo, logo nos primeiros meses de vida. Geralmente eles vivem pouco. São estereis e incapazes para o ato sexual. A situação psíquica de alguns é inferior à dos animais superiores. São incapazes de se defenderem e cuidarem de si mesmos frente às necessidades mais elementares de sua sobrevivência, como se alimentar.<sup>53</sup>

Conforme visto na seção anterior, os decretos de n. 3.298/1999 e 5.296/2004 definem legalmente deficiência mental como o “funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas”, que podem ser: “a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho”.<sup>54</sup> A redação destes atos normativos, reitera-se, carece de atualização das terminologias, conforme os postulados da Convenção de Nova York.

---

<sup>53</sup> FRANÇA, 2019, p. 532-533.

<sup>54</sup> BRASIL, 1999.



Tanto a CIDPD como o EPD utilizam as expressões “mental” e “intelectual” de modo aparentemente diferente em seus textos. O ideal seria que só se fizesse menção à expressão intelectual, para afastar vinculações indevidas à doença mental, que, como visto, não se confunde com deficiência. A opção por manter o termo “mental” é esclarecida por Laís Figuerêdo Lopes:

(...) a sociedade civil pleiteou também a inclusão do termo ‘psicossocial’ no conceito de pessoas com deficiência. Para nosso país e alguns outros, concordar com a inclusão de transtornos psicossociais como uma das hipóteses de deficiência poderia dificultar o processo de ratificação da Convenção, já que tratamos de forma distinta em nossa legislação a deficiência e a saúde mental, com públicos diferenciados. Diante da dificuldade de acrescentar esse novo segmento no conceito de pessoas com deficiência, o que se conseguiu foi a manutenção do termo *mental* e a inclusão da expressão *intelectual*, a fim de permitir que cada país pudesse ter certa margem de negociação interna, para que, na regulamentação objetiva do conceito, quando do aprimoramento da legislação nacional, fosse possível decidir se as pessoas com transtornos psicossociais também seriam contempladas com os direitos previstos na Convenção.<sup>55</sup>

Exemplo de transtorno psicossocial, enquadrável na acepção de deficiência mental em comento, é encontrado na Lei 12.764/2012, que instituiu a “Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista”.<sup>56</sup> O § 2º do art. 1º da Lei, nesse passo, é expresso ao classificar o seu beneficiário como PcD, *in verbis*: “A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais”.<sup>57</sup> Esta previsão, portanto, abre-lhe as portas para o uso do EPD.

Em suma, deve-se interpretar a expressão deficiência mental como conjunção de um transtorno psicossocial (causa) com o déficit intelectual (efeito). Apesar de ter o mesmo objeto da deficiência intelectual (o funcionamento intelectual abaixo da média), preserva-se a distinção entre os termos por razões etiológicas.

<sup>55</sup> LEITE *et al.* No Chile, por exemplo, o art. 9º, letra c, do Decreto 47 do Ministério da Saúde, de 2013, define a deficiência mental como uma condição de saúde que pode causar incapacidade, classificando-a em: “deficiência mental de causa psíquica”, que seria aquela que apresentam as pessoas que padecem de transtornos de comportamento adaptativo, previsivelmente permanentes, derivada de uma enfermidade psíquica; e “deficiência mental de causa intelectual”, que seria aquela que apresentam as pessoas cujo rendimento intelectual é inferior à norma em testes padronizados.

<sup>56</sup> A síndrome clínica da deficiência é caracterizada na forma do inciso I do § 1º do art. 1º, nos seguintes termos: “deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento”. (BRASIL. **Lei 12.764, de 27 de dezembro de 2012.** Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília: Presidência da República, [2012b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm). Acesso em: 04 jul. 2021).

<sup>57</sup> BRASIL, 2012b.

Os dados do Censo brasileiro de 2010 indicam que as PcD mental e intelectual seriam 1,40% da população autodeclarada deficiente. Não existindo a Lei 12.764/2012 à época da pesquisa, o autismo não está contido nesse dado. Segundo esclarece a cartilha editada pela Secretaria de Direitos Humanos em 2012: “As perturbações ou doenças mentais como autismo, neurose, esquizofrenia e psicose não foram consideradas como deficiência mental ou intelectual pelo IBGE”.<sup>58</sup> Diante da modernização legislativa dos últimos anos, o próximo Censo certamente revelará um dado percentual superior, contendo grupos antes ignorados.

Expostas as noções elementares neste capítulo, é possível avançar, no próximo, para a análise das mudanças mais importantes promovidas pelo EPD no terreno do direito civil e que repercutem na dimensão positiva da liberdade sexual.

---

<sup>58</sup> BRASIL, 2012a.

### 3 DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DOS DIREITOS SEXUAIS

#### 3.1 EMANCIPAÇÃO PELA REFORMA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Diferentemente da discriminação positiva, propiciadora de igualdade material (vide 2.1., supra), a negativa ignora direitos, suprime oportunidades e exclui socialmente. Guilherme Vasconcelos Pereira, nesse diapasão, descreve os efeitos danosos que a última pode causar sobre a PcD:

(...) as atitudes preconceituosas que por vezes são lançadas contra pessoas com deficiência podem produzir baixa autoestima, isolamento e sentimento de inutilidade. Quase não se tem a noção de que tais atitudes possam deixá-las no abismo do esquecimento e do abandono. A elas é destinado como castigo ficarem trancadas no quartinho para não causar incômodo aos que delas cuidam. A narrativa social, por sua vez, constitui-se em omissão sobre o tema, de maneira tão forte que as pessoas com deficiência são esquecidas e silenciadas, deixadas nas ‘sombras’, para que os abusos, maus-tratos e negligência aconteçam silenciosamente.<sup>1</sup>

O art. 2º da CIDPD, com muita clareza, define a discriminação por motivo de deficiência como:

(...) qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.<sup>2</sup>

A Lei de inclusão brasileira segue a mesma linha conceitual acima, nos termos do § 1º, do art. 4º, sendo a ação vedada, no campo penal, através da reprimenda constante no art. 88, que tipifica o crime de “praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência”.<sup>3</sup>

Estas disposições escancaram o repúdio existente à discriminação segregadora, a qual tem raízes no capacitismo, concebido na antropologia para nomear a discriminação de pessoas por motivo de deficiência, especialmente quando tratadas como “incapazes” (uma “violência

<sup>1</sup> PEREIRA, Guilherme Vasconcelos. **Pessoa com deficiência, violência e políticas públicas**: um estudo realizado na SEMUDH/AL – 2017/2018. 2019. Dissertação (mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas). Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL, Maceió, 2019. p. 34.

<sup>2</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm). Acesso em: 01 mai. 2021.

<sup>3</sup> BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 20 mai. 2020.

capacitista”, diriam alguns<sup>4</sup>), seguindo a mesma ideia de rejeição de outras discriminações sociais, a exemplo do racismo, do sexismo, da homofobia, etc. Para Anahi Gudes de Mello, o capacitismo alude:

(...) a uma postura preconceituosa que hierarquiza as pessoas em função da adequação dos seus corpos à corponormatividade. É uma categoria que define a forma como as pessoas com deficiência são tratadas de modo generalizado como incapazes (incapazes de produzir, de trabalhar, de aprender, de amar, de cuidar, de sentir desejo, de ter relações sexuais etc.), aproximando as demandas dos movimentos de pessoas com deficiência a outras discriminações sociais como o sexismo, o racismo e a homofobia. Essa postura advém de um julgamento moral que associa a capacidade unicamente à funcionalidade de estruturas corporais e mobiliza a avaliar o que as pessoas com deficiência são capazes de ser e fazer para serem consideradas plenamente humanas.<sup>5</sup>

Entende-se que a corponormatividade considera “determinados corpos como inferiores, incompletos ou passíveis de reparação/reabilitação quando situados em relação aos padrões hegemônicos corporais/funcionais”.<sup>6</sup> O paradigma do corpo ideal oprime e exclui os corpos que não correspondem aos padrões estabelecidos, sendo “uma ilusão apenas para o capitalismo ditar quem produz mais, quem é mais capaz”, corroborando a manutenção e o aperfeiçoamento deste sistema econômico.<sup>7</sup>

Segue-se, assim, um rígido modelo (bio)médico de deficiência, fomentador de uma ideologia da normalidade estigmatizadora. Desenvolvida por Foucault, a noção de biopoder, centrada na normalização do indivíduo, é pertinente ao contexto em tela. Quem está privado de poder é adestrado, administrado, interdito; tem, assim, a sua existência, escolhas e possibilidades de ser condicionadas (controle do corpo e da alma).<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> MELLO, Anahi Gudes de. **Gênero, deficiência, cuidado e capacitismo**: uma análise antropológica de experiências, narrativas e observações sobre violências contra mulheres com deficiência. 2014. Dissertação (mestrado em Antropologia Social). Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 93.

<sup>5</sup> MELLO, 2014, p. 94-95.

<sup>6</sup> DIAS, Adriana. Por uma genealogia do capacitismo: da eugenia estatal à narrativa capacitista social. *In*: I SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DEFICIÊNCIA, 2013, São Paulo. **Anais...** São Paulo, – SEDPcD/Diversitas/USP Legal, jun. 2013. p. 93.

<sup>7</sup> COLETIVO FEMINISTA HELEN KELLER. **Guia mulheres com deficiência**: garantia de direitos para exercício da cidadania. 2020. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPID/publicacoes/12359\\_guia\\_feminista\\_helen\\_keller\\_mulheres\\_com\\_deficiencia\\_.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPID/publicacoes/12359_guia_feminista_helen_keller_mulheres_com_deficiencia_.pdf). Acesso em: 11 out. 2020. p. 24. Outrossim: “No imaginário dominante de superação, em que o individualismo se dota de marca definitiva de status, poder, prioridade, ganho e excelência, o capacitismo encontra um excelente aliado no neoliberalismo” (DIAS, 2013, p. 11).

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**: a vontade do saber. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 151. Diferentemente do poder jurídico, cujos procedimentos funcionam pelo direito, lei e castigo, os do biopoder se perfazem pela técnica, normalização, controle (p. 98). Segundo Gabriela Rebouças, “Foucault vai tornando claro que o poder se expressava não apenas como poder disciplinar, mas também como biopoder: não apenas o controle pelo não, mas também o controle pelo sim, interdição *versus* incitação. Para atingir as populações, não apenas os indivíduos, o biopoder elege não a norma jurídica como instrumento de controle, mas a normalidade. Com o surgimento do biopoder – poder sobre a vida, não mais sobre o nascimento, mas sobre a natalidade; não

A perspectiva anticapacitista, diante desse quadro, busca romper com o processo opressivo vivenciado pelas PcD ao longo da história. Propõe-se, assim, um modelo emancipatório, socialmente relevante e potencializador da capacidade de agência, no campo dos estudos da deficiência, situando-a como uma questão política, de direitos humanos e de luta.<sup>9</sup> Dentre as metas do movimento anticapacitista, está a desconstrução da noção de incapacidade associada à deficiência, assim como de normas corporais que dificultam o direito à participação e justiça social no processo de inclusão.<sup>10</sup>

O EPD e CIDPD, seguindo ideologicamente essas diretrizes, rompem com a tradicional teoria das incapacidades, inadmitindo a invasão indevida dela no campo existencial da PcD. Faz-se necessária, para entender essa ruptura, uma rápida revisão de alguns conceitos básicos do Direito Civil, para então falar das mudanças legais que geraram impacto.

Conforme ensina a doutrina civilista clássica, a personalidade jurídica, na sua acepção mais conhecida, é sinônimo de capacidade jurídica.<sup>11</sup> Prelecionando sobre o assunto e subdividindo-a capacidade “de fato” e capacidade “de direito”, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem:

[...] a *capacidade jurídica* envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário [...]) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes. A capacidade jurídica é dividida em *capacidade de direito* (também dita de *aquisição* ou de *gozo*) e capacidade de fato (chamada de capacidade de exercício). Aquela (a capacidade de direito) é reconhecida indistintamente a todo e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica. Se é pessoa, tem personalidade (CC, art. 1º) e, conseqüentemente, pode titularizar relações jurídicas – o que significa dizer: tem capacidade de direito. A outro giro, a *capacidade de fato* é a aptidão para praticar

---

mais sobre a doença, mas sobre a saúde; a prevenção, antes da cura, os processos de subjetivação ganham proporções globais, em busca de padrões de normalização” (REBOUÇAS, Gabriela Maia. O avesso do sujeito: provocações de Foucault para pensar os direitos humanos. **Opinião Jurídica**, Medellín, v. 14, n. 28, p. 45-62, jul./dez. 2015. p. 53).

<sup>9</sup> PAIVA, Juliana Cavalcante Marinho; SILVEIRA, Thaís Becker Henriques; LUZ, Joseane de Oliveira. Dinâmicas de participação política e estudos da deficiência: representatividade e políticas públicas. In: GESSER, Marivete; BÖCK, Geisa Letícia Kempfer; LOPES, Paula Helena Lopes (org.). **Estudos da Deficiência: Anticapacitismo e Emancipação Social**. Curitiba: CRV, 2020. p. 27.

<sup>10</sup> MELLO, 2014, p. 96.

<sup>11</sup> Segundo Anderson Schreiber, a personalidade pode ser considerada sob dois aspectos distintos: “a) um *subjetivo*, que se identifica com a capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações; e b) um *objetivo*, que exprime o conjunto de atributos próprios e exclusivos da pessoa humana merecedores de especial proteção da ordem jurídica” (SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 13). A acepção tratada nesta seção é a primeira. A segunda será abordada na seção 3.3.

pessoalmente, por si mesmo, os variados atos jurídicos da vida civil. [...] Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem, a outro giro, a capacidade de fato.<sup>12</sup>

A pessoa plenamente capaz (possuidora de capacidade jurídica plena ou geral) tem tanto a capacidade de direito quanto a capacidade de fato. Já a incapaz, absoluta ou relativamente, dispõe da capacidade de direito, mas carece, em graus diversos, da capacidade de fato.

O absolutamente incapaz, ante a impossibilidade de se autogovernar, tem ignorada eventual manifestação de vontade, necessitando ser representado nos atos da vida civil. O representante legal age sozinho, em nome do representado. Caso o absolutamente incapaz pratique esses atos sem a devida representação, a consequência é a sua nulidade, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos (cf. art. 166, I, do CC/2002).

Quanto ao relativamente incapaz, sua manifestação de vontade é considerada, exigindo a lei o acompanhamento de um assistente para validá-la. As manifestações de ambos, incapaz e assistente, são somadas para a realização do ato jurídico. Os atos sem a devida assistência são passíveis de anulação, produzindo efeitos até que decisão judicial os desconstitua, declarando sua invalidade (cf. art. 171, I, do CC/2002).

O art. 114 do EPD, no que, talvez, possa ser considerada a intervenção mais controvertida e profunda no Código Civil, alterou os seus artigos 3º e 4º, que listam quem são os incapazes.

O art. 3º, que trata dos absolutamente incapazes, passou a ter a seguinte redação: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.<sup>13</sup> Em relação ao texto anterior, foram revogados os incisos II e III, que, respectivamente, previam “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (em verdade, o conteúdo deste último foi transportado para o artigo 4º, classificando-o, no seu inciso III, como relativamente incapazes). Restaram apenas os menores de 16 (dezesseis) anos como exemplares da incapacidade absoluta.<sup>14</sup>

Por sua vez, o art. 4º, que elenca o rol dos relativamente incapazes, após as mudanças, passou a ter o seguinte enunciado:

São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

---

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINBB**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 379.

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República do Brasil, [2002]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17 nov. 2020.

<sup>14</sup> Os pais das pessoas nesta faixa etária exercem sua representação legal em decorrência do poder familiar (antigo pátrio poder), por força do art. 1.643, inciso V, do Código Civil.

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
  - II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
  - III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
  - IV - os pródigos.
- Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.<sup>15</sup>

Enquanto seguem como antes as situações dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (inciso I), dos alcoólatras e toxicômanos (inciso II), dos pródigos (inciso IV) e dos indígenas (parágrafo único), houve reformulação dos antigos incisos II e III para excluir, nessa ordem, “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, sendo os últimos substituídos pelos “que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, que saíram do art. 3º para este.

Sobre as alterações no âmbito da incapacidade relativa, alguns pontos merecem aprofundamento. Em relação aos enfermos ou deficientes mentais desprovidos do necessário discernimento, o EPD, ao literalmente excluí-los do rol dos absolutamente incapazes, tomou uma decisão corajosa, gerando forte polêmica.

Parte dos estudiosos entendeu que, com a revogação, as referidas pessoas, descritas no antigo inciso II ao artigo 3º, passaram a ser plenamente capazes, sem ressalvas. Alguns demonstraram perplexidade em razão da continuidade de diversos institutos que, inalterados, não se ajustariam à nova configuração dada pelo Estatuto (v. polêmicas levantadas por especialistas em torno das temáticas da prescrição, das nulidades, etc.).<sup>16</sup> Outros, porém, enxergaram com positividade essa ruptura emancipatória, não refutando a necessidade de ajustes redacionais no Código Civil.

Outra vertente, com a qual concordamos, buscou ressignificar o atual inciso III do art. 4º, supramencionado, para abarcar o conteúdo do finado dispositivo do inciso II do art. 3º. Nesse sentido, anotam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

As pessoas com deficiência que não podem exprimir vontade foram removidas do rol dos absolutamente incapazes, previsto na redação primitiva do Código Civil, e enviadas para o catálogo dos relativamente incapazes, com uma nova filosofia de tratamento. Corretamente, o legislador optou por restringir o alcance da incapacidade ao conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura de entender, de querer e de poder se manifestar claramente, a ponto de justificar a

---

<sup>15</sup> BRASIL, 2002.

<sup>16</sup> SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Site Consultor Jurídico**, 7 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-trazmudancas>. Acesso em: 12 out. 2019.

curatela. O ser humano não mais reduzido à curatela pelo simples fato de ser portador de patologia psíquica.<sup>17</sup>

Nesta linha de raciocínio, ao herdar o conteúdo do revogado inciso II do art. 3º, o novel inciso III do art. 4º passou a levar em conta, não apenas a impossibilidade de exteriorização da vontade, mas também a inaptidão de exprimir uma vontade qualificada pelo discernimento.<sup>18</sup> Faz todo sentido, pois uma pessoa acometida por patologia ou estado psíquico que lhe priva substancialmente do discernimento, na prática, não exprime vontade.

Por derradeiro, inovando radicalmente, os que, “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, deixaram de ser tratados como relativamente incapazes, nos termos originais do Código de 2002, para assumirem o *status* de plenamente capazes. Ou seja, podem agora diretamente praticar quaisquer atos da vida civil (gerir os próprios bens, casar, serem tutores, etc.), sem exigência da assistência.

É possível concluir, diante do que foi apresentado até o momento, que o legislador buscou dissociar, peremptoriamente, as noções de deficiência e incapacidade, ao alterar os artigos 3º e 4º do Código Civil, suprimindo literalmente os enfermos e deficientes mentais do elenco de incapazes. A mudança se afina ao objetivo convencional de respeito à “autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Numa perceptível adesão à perspectiva anticapacitista, considerou-se ultrapassado o uso do discernimento como critério limitante da vida civil.

Contudo, de modo a não desamparar aquelas pessoas enfermas ou com deficiência intelectual em grau tão elevado a ponto de terem obstruída a expressão da vontade, tem-se interpretado, razoavelmente, pela inclusão delas na cláusula de incapacidade relativa inscrita

---

<sup>17</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 398. É como também defende Bruna Lima de Mendonça: “A dicção do inciso III do art. 4º (pessoas que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a vontade) deve ser ‘ressignificada’ como cláusula aberta para incidência dos ditames constitucionais, a fim de possibilitar a extensão da curatela como medida de proteção para todas as pessoas, inclusive aquelas com deficiência. [...] essa orientação não contraria os comandos da Convenção, que, ao mesmo tempo em que assegurou à pessoa com deficiência o ‘exercício de sua capacidade legal em igualdade com de condições com as demais pessoas’, determinou que os Estados Partes devem adotar todas as medidas e as salvaguardas apropriadas para garantir a sua proteção. [...] não se trata de comandos contraditórios ou excludentes entre si”. (MENDONÇA, Bruna Lima de. Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição curatela. In: BARBOZA, Heloísa Helena *et. al.* (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 44-45).

<sup>18</sup> MENDONÇA, 2017, p. 40. A doutrina civilista enquadrava tradicionalmente nesta categoria os surdos-mudos de nascença e não educados, assim como a “embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, descontrole emocional significativo, estado de coma, transe mediúnico, efeito de drogas, etc.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 28 ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 1. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015. v. 1. p. 237).



no art. 4º, III, abrindo-lhes a possibilidade de Curatela. As alterações mais impactantes no regime desta tradicional salvaguarda, assim como a criação de um novo modelo de apoio, serão objeto de comentários na próxima seção.

### 3.2 CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A Convenção de Nova York determina que seus Estados signatários adotem salvaguardas adequadas e efetivas para assegurar a devida proteção das pessoas com deficiência.<sup>19</sup> Salvaguardar significa proteger, defender algo ou alguém do perigo. “Considerando que as pessoas com deficiência são vulneradas na sociedade contemporânea, sujeitas a abusos de todas as ordens, a adoção de salvaguardas pelos Estados Partes constitui mecanismo indispensável para o respeito à sua dignidade”, como observa Bruna Lima de Mendonça.<sup>20</sup>

A Curatela é o instituto jurídico de salvaguarda dos que têm transtornos mentais, estando em harmônica compatibilidade com a Convenção. Através dela, o magistrado, provocado em processo de jurisdição voluntária, nomeia um curador impondo-lhe o múnus público (encargo legal) de cuidar dos interesses de um maior de idade incapaz de geri-los, dentre outras atribuições previstas em lei. Trata-se, portanto, de instituição protetiva de direito assistencial.

Foi regulada no Código Civil, onde estão dispostas as normas de direito material (art. 1.767 a 1.783) e no Código de Processo Civil, onde estão inscritos o procedimento e normas processuais correlatos (art. 747 a 763).<sup>21</sup>

No art. 1.767 do primeiro, com redação modificada pelo EPD, estão listados os sujeitos a Curatela: a) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua

---

<sup>19</sup> A previsão com força de norma constitucional dispõe que: “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” (BRASIL, 2009).

<sup>20</sup> MENDONÇA, 2017, p. 37.

<sup>21</sup> O instituto está previsto, sob a antiquada denominação “interdição”, no código processual. Em crítica à velha expressão, Farias e Rosenvald (2019, p. 418) observam: “Por absoluta incompatibilidade, o vocábulo ‘interdição’ é afastado do sistema, por se mostrar preconceituoso, estigmatizante e por indicar uma ideia restritiva de direitos. Enfim, não se concilia com a vocação promocional da curatela especialmente concebida para a proteção da pessoa humana”.

vontade (inciso I), abrangendo também, conforme entendimento adotado alhures, os enfermos ou deficientes mentais sem discernimento, antes previstos na redação original do inciso; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxico (inciso III) e c) os pródigos (inciso V). A exclusão dos deficientes mentais com discernimento reduzido (do antigo inciso III) e dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental (ante a revogação do inciso IV) segue o propósito emancipatório do MSD. Não obstante as limitações psíquicas que têm, não estão passíveis de curatela por serem plenamente capazes, podendo aderir, se desejarem, à tomada de decisão apoiada, conforme se verá mais adiante.

O EPD estabeleceu novas regras, norteadas pelos princípios reitores da CIDPD. Por força delas, a curatela alcança, atualmente, apenas os relativamente incapazes (pois, como visto, absolutamente incapazes são hoje, tão somente, os menores de 16 anos). Destacaremos neste momento os pontos mais relevantes dessas inovações, concentrando neles nossa atenção.

Logo no § 1º do art. 84, o estatuto, de modo inovador, dispõe que: “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”, deixando claro no § 3º que “A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”. Fundamenta-se, desse modo, nos princípios da excepcionalidade, proporcionalidade e temporariedade.

Outra inovação importante de repercussão é verificada no art. 85, ao definir que: “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (*caput*), para em seguida ditar que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (§ 1º). A redação do art. 85 intenta proteger o curatelado de modo menos invasivo que no sistema anterior, removendo barreiras históricas ao exercício de direitos personalíssimos. Pela pertinência, este ponto será retomado e aprofundado na próxima seção, atinente ao exercício dos direitos existenciais.

Por último, merece menção o disposto no § 2º do art. 85, segundo o qual: “A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado”. Sob o regime anterior, a preocupação do julgador recaía apenas sobre a constatação ou não da incapacidade. Na prática judicial, de modo bastante recorrente, as sentenças das ações de interdição se utilizaram de textos padrão, reproduzindo, na parte atinente ao mérito, fórmulas genéricas engessadas. Reconhecida a incapacidade, a Curatela era implementada praticamente da mesma forma para todos.

Pela nova sistemática, particularidades agora são consideradas de modo a se estabelecer, nos dizeres de Farias e Rosenthal, um “projeto terapêutico individualizado”.<sup>22</sup> A incapacidade deve ter sua extensão delimitada, fazendo o magistrado uso de equipe multiprofissional (formada por profissionais da medicina, assistência social, psicologia, etc.), responsável por emitir avaliação técnica que orientará a decisão, conforme art. 753, §1º do Código de Processo Civil. O juiz, então, dentre outras definições, deverá especificar quais atos de autonomia privada serão limitados, os que serão preservados, bem como quando será o caso de assistência (ou mesmo, em caráter excepcional, de representação).<sup>23</sup> A restrição da autonomia pela Curatela será mais intensa quanto maior for o déficit cognitivo.

Optando por uma trilha diferente, ao adotar o modelo de apoio, foi introduzida no Brasil, através da Lei inclusiva, a Tomada de Decisão Apoiada (TDA). Busca-se, através do instituto, atender a demanda constante no art. 12, item 3, da Convenção de Nova York, segundo o qual: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”, ante o reconhecimento da necessidade de “promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio” (cf. preâmbulo, alínea j, do mesmo texto)<sup>24</sup>. Joyceane Bezerra de Menezes explica em que consiste esse tipo de apoio:

Apoio significa ajuda, proteção, auxílio. Na língua inglesa seria o *support*; no italiano, o *sostegno*; no espanhol, *apoyo*. O apoio pode se manifestar de variada forma: por meio da atuação comunitária, familiar ou do próprio Estado, conforme sinaliza o art. 10 da CDPD. Esse apoio não está adstrito à área ou interesse específico. Pode se expressar na vida cotidiana, facilitando ações que não necessariamente têm impacto nas relações jurídicas. Mas também pode envolver medidas tendentes à facilitação da prática de atos jurídicos. O tipo de apoio será variável de uma pessoa para a outra, haja vista a diferença que caracteriza cada um. No que concerne ao apoio destinado ao exercício da capacidade jurídica, tem-se o objetivo primordial promover e proteger a autonomia da pessoa para que ela possa, de um modo independente, realizar suas próprias escolhas e desenvolver seu singular projeto de vida (art. 3º. - CDPD). Esse modelo ou sistema de apoio diverge da representação tradicional porque respeita a vontade decisória do apoiado, favorecendo a que ele mesmo venha a se decidir e a se projetar com uma vida independente.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 427. Vide ainda o Enunciado 574 VI Jornada de Direito Civil de 2013: “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772)”.

<sup>23</sup> COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limitação da curatela aos atos patrimoniais: reflexões sobre a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa que não pode se exprimir. In: BARBOZA, Heloísa Helena et. al. (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 258-259. A adoção excepcional da representação será abordada na próxima seção.

<sup>24</sup> BRASIL, 2009.

<sup>25</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com**

Inaugura-se, assim, “um sistema protetivo-emancipatório de apoio no qual a pessoa preserva sua condição de sujeito com a possibilidade de uma vida independente, valendo-se de algum suporte, se assim necessitar e na medida do que realmente precisar”.<sup>26</sup> Pretende-se, pois, oferecer uma opção de suporte (diversa da salvaguarda), não sendo cabível se a condição da pessoa exigir a aplicação da Curatela (cf. o Enunciado n. 640, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, de 2018).

Trata-se de negócio jurídico, de natureza assistencial, inserido no corpo do Código Civil pelo art. 1.783-A, destinado a oferecer ao deficiente físico, mental e intelectual, plenamente capaz (inobstante as limitações funcionais), a faculdade de, mediante processo judicial (de jurisdição voluntária) em que é legitimado ativo exclusivo, eleger pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança (ex.: familiares, melhores amigos), para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

O suporte conferido pela TDA não exige representação ou assistência e pode incidir tanto sobre interesses patrimoniais como existenciais. Como se pode extrair dos artigos que a regulamentam, “fica claro que o significado de apoio não é de ajuda, mas de endosso. Trata-se, afinal, de uma pessoa deficiente, não incapaz – caso contrário, precisaria ser ao menos parcialmente interdita”.<sup>27</sup> O apoio deve ser apenas o necessário à proteção dos direitos do apoiado, sendo melhor prestado por alguém de seu universo afetivo, próximo e confiável, que lhe conhece as preferências e vontade. Tem-se, assim, um valor ético e moral fundado na solidariedade.

Mas nem tudo são flores. A TDA acaba afastando eventuais pretendentes pela dificuldade de manejo. Uma modalidade extrajudicial poderia ter mais alcance e eficácia. Por isso, sugere-se a desjudicialização do procedimento, ao menos para que se tenha mais uma opção procedimental à disposição dos interessados. A experiência judiciária, lamentavelmente, demonstra o pouquíssimo uso da TDA, desde sua instituição.

---

**deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas:** convenção sobre direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 610.

<sup>26</sup> MENEZES, 2016, p. 607.

<sup>27</sup> RACHMAN, Sérgio; FREIRE, Rafael Natel. Perícias em Direito Civil. *In*: BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini (org.). **Psiquiatria Forense:** interfaces jurídicas, éticas e clínicas. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2020. p. 55.

### 3.3 CAPACIDADE E DIREITOS EXISTENCIAIS

Reza o art. 84 do EPD que “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, em consonância com o art. 12, item 2, da CIDPD: “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”.

A aplicação desse preceito, como se viu na primeira seção deste capítulo, pôde ser constatada pela busca de dissociação das noções de deficiência e incapacidade pelo EPD, que suprimiu textualmente os deficientes mentais sem o necessário discernimento suficiente do rol dos absolutamente incapazes (art. 3º), bem como os deficientes mentais com discernimento reduzido (e, excepcionais, sem desenvolvimento mental completo), das hipóteses de incapacidade relativa (art. 4º).

Porém, o Estatuto foi além do seu referencial convencional (art. 23) na missão de eliminar os estigmas da incapacidade, dando um significativo passo ao estabelecer a previsão do artigo 6º.<sup>28</sup> O dispositivo dispôs, com ineditismo na legislação brasileira, sobre a capacidade plena de exercício dos direitos existenciais, reconhecida a todas as pessoas com deficiência, qualquer que seja a limitação funcional (física, mental, intelectual ou sensorial), sem ressalvas, exemplificando com algumas relações jurídicas da vida privada.

Foi elaborado com a ideia de que o indivíduo com deficiência precisa ter os seus “direitos sobre a personalidade” garantidos. Nas palavras de Teixeira Ribeiro, os direitos personalíssimos (*intuito personae*) “são expressão e tutela jurídicas da estrutura e das funções da pessoa, do seu ser e da sua maneira de ser” destinados “à livre expressão e desenvolvimento da personalidade humana”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> 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, 2002).

<sup>29</sup> RIBEIRO, Teixeira. **Lições de Direitos da Personalidade**. Universidade de Coimbra, 1991. p. 158 e 167. Sobre os direitos da personalidade, confira-se ainda: “a tutela do direito geral de personalidade abarca toda atividade de personalidade humana, protegendo bens jurídicos da vida, da integridade corporal, da saúde, da liberdade, da privacidade, entre outros, destinados ao desenvolvimento de todo o homem como ser individual” (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 170).

Os direitos existenciais constantes no citado artigo estão fundamentados no estado da pessoa (*status persoane*). O EPD fez com que se atingisse um novo patamar do estado da PcD. Nesse sentido, o estado da pessoa foi redefinido sob orientação do valor da dignidade da pessoa humana e autonomia existencial.<sup>30</sup>

Limitar a capacidade implica na limitação da liberdade pessoal, por isso entende-se que há direitos em que não se pode dissociar as capacidades de exercício e de gozo. É o caso dos direitos existenciais. Assim, o legislador, apresentando uma solução normativa avançada, estabeleceu que a PcD, via de regra, é plenamente capaz, seja para adquirir esses direitos, seja de exercê-los pessoalmente, sem intermediários, coroando, desta maneira, a sua autonomia privada existencial, traduzida na “faculdade que cada pessoa tem de estabelecer relações jurídicas com os outros, tanto no campo pessoal como no patrimonial, nos moldes que entender”.<sup>31</sup> O modelo anterior sacrificava a capacidade de exercício, privando muitas pessoas de vivenciar essa realidade.

A verdade é que a teoria das incapacidades foi concebida primordialmente para proteger direitos patrimoniais (o ter), mas, na prática, seus efeitos sempre se estenderam aos assuntos existenciais (o ser). A vontade do curatelado, não raro, era substituída *in totum* pela do representante, em todos os aspectos vitais.

O regime remodelado da Curatela, consoante visto, é expresso ao excluir os direitos existenciais de seu alcance, literalmente limitando os poderes do curador à gestão dos direitos de natureza patrimonial e negocial, como forma de tentar corrigir o débito histórico. A propósito do tema, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald assim se pronunciam:

(...) os atos de índole existencial podem ser praticados diretamente pela pessoa curatelada, independentemente de representação ou de assistência. Bons exemplos seriam os atos ligados à liberdade sexual, à crença religiosa ou às diretivas antecipadas [...] Tais atos podem ser praticados livremente pelo curatelado. Com efeito, os atos existenciais defluem da própria personalidade do titular, intrínsecos à sua humanidade.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> REIS JÚNIOR, Antônio dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: Questões de direito intertemporal. *In*: MENEZES, 2016, p. 192-193.

<sup>31</sup> RIBEIRO, 1991, p. 216. Além disso, “A autonomia privada existencial, categoria na qual se insere a autonomia corporal, é um poderoso instrumento de manifestação e desenvolvimento da personalidade, razão pela qual se deve assegurar aos indivíduos ampla liberdade de escolha no que tange aos seus interesses existenciais” (SILVA, Eduardo Freitas Horácio da. Consentimento informado das pessoas com deficiência mental: a necessária compatibilização entre a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão. (BARBOZA, 2017. p. 301).

<sup>32</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 416. Registre-se que defensores mais ardorosos do anticapacitismo rejeitam a ideia de alguém ser “interditado” nos termos da legislação nacional, pois entendem, dentre outros argumentos, que a Convenção de Nova York, no art. 12.2., confere capacidade legal (de gozo e de exercício) para todos os atos da vida civil, sejam patrimoniais ou não.

Não obstante o nobre intento do legislador ao reformar o regime da curatela, nesse aspecto, é preciso cautela para não atropelar a realidade fática, de modo a não deixar desamparada a PcD impossibilitada de exprimir a sua vontade, que não possa, momentânea ou permanentemente, por si só, reger a própria existência em determinadas situações. É preciso levar em conta, nesse ponto, as críticas das teóricas feministas ao MSD de primeira geração e colocar a garantia dos cuidados qualificados num plano superior. Para a solução desse imbróglio, a doutrina apresenta sugestões.

Alguns autores sugerem, desconsiderando a literalidade do art. 85, que a Curatela seja estendida, mediante decisão no processo, e atinja a regência dos direitos existências, em situações excepcionalíssimas de modo a resguardar a dignidade da PcD.<sup>33</sup> Por outro viés, minoritário, há estudiosos que sugerem o uso de procedimento judicial de jurisdição voluntária, diverso da Curatela, para realizar o controle.<sup>34</sup>

De qualquer modo, é necessário rediscutir a concepção de dependência da PcD no senso comum; “ao invés de atribuirmos um caráter negativo, devemos pensar que, para algumas pessoas, a vida só será possível se houver uma rede de apoio”.<sup>35</sup> Esta rede deve se formar dentro de uma perspectiva da ética do cuidado,<sup>36</sup> afinal, as PcD, mesmo nos casos mais graves, que

---

<sup>33</sup> Vide neste sentido: “O objetivo da Lei é, evidentemente, o de preservar, ao máximo, na medida do possível, a autonomia do deficiente, respeitadas as limitações do caso concreto. A regra de que a curatela só atinja relações patrimoniais deve ser interpretada segundo esse contexto, isto é, sempre que possível, o curador não deverá interferir nas relações existenciais, a fim de preservar a autonomia e dignidade do curatelado. Entretanto, relações existenciais que tenham efeitos patrimoniais estariam dentro do campo de atuação do curador, e, em alguns casos, dependendo da gravidade da deficiência, mesmo as que não tenham efeitos patrimoniais, para se evitar prejuízos materiais, e para que sejam preservados o interesse e dignidade do deficiente incapaz.” (FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 169 *apud* MENEZES, 2016, p. 170-171). Vide ainda o Enunciado 637 da VIII Jornada de Direito Civil de 2018 – Art. 1.767: “Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade”.

<sup>34</sup> Nesta senda, Farias e Rosenvald (2019, p. 417) aduzem: “nada impede que, em procedimentos judiciais de jurisdição voluntária (que não são taxativos), seja autorizada (concedidos alvarás, em linguagem prática) a prática de limitações de ordem existencial em relação a quaisquer pessoas, inclusive com eventuais deficiências. Seja o caso de uma esterilização humana forçada de pessoas com compreensão reduzida do exercício de sua sexualidade ou de uma internação forçada por conta de deficiência psíquica”.

<sup>35</sup> COLETIVO FEMINISTA HELEN KELLER, 2020, p. 40. O EPD, nesse tocante, estabelece no art. 3º, incisos XII e XIV, os conceitos atualizados de atendente pessoal e acompanhante. Outrossim, não se pode olvidar a previsão da Tomada de Decisão Apoiada que, embora não atenda perfeitamente todas as modalidades de deficiência, constitui mais uma opção ofertada na rede de apoio.

<sup>36</sup> “O cuidado, do modo como entendemos, precisa ser compreendido como instrumento de emancipação e de justiça social, oportunizando que façamos nossas escolhas com liberdade e que o Estado esteja incumbido de viabilizar o exercício de nossos direitos em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (LUIZ, Karla Garcia; SILVEIRA, Thaís Becker Henriques. Pessoas com deficiência e (inter)dependência: uma perspectiva da ética do cuidado para a promoção de justiça social. *In*: GESSER; BÖCK; LOPES, 2020. p. 122).

demandam cuidados especiais, merecem uma vida desvinculada de autoridades institucionais e/ou familiares. Deseja-se, com isso, abandonar a “lógica de compaixão, de piedade e, portanto, de poder, na qual quem cuida tem poder e compaixão sobre quem é cuidado e, por sua vez, quem recebe o cuidado deve obediência e gratidão”.<sup>37</sup>

Há que se seguir o que se nominou de princípios do *in dubio pro capacitas* (na dúvida, presume-se a capacidade) e da intervenção mínima.<sup>38</sup> Eles demandam a preservação, ao máximo, do direito à autodeterminação na esfera existencial, só se permitindo que esta sofra interferências em casos extremados.

Exemplo de concretização factual dessa perspectiva são as uniões civis de casais com Síndrome de Down e com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA), que têm sido bastante comuns ultimamente e não causam rejeição no seio social, inspirando a realização de outras tantas comunhões.<sup>39</sup> Merece menção destacada, outrossim, a celebração do primeiro casamento de uma PcD intelectual “interditada” no país, no Cartório de Registro Civil de Artur Nogueira (SP), no mesmo ano em que a Lei de Inclusão entrou em vigor (2006). Trata-se de R. A. O. L, então com 44 anos, declarada absoluta incapaz pelo regime legal anterior e que convivia com seu companheiro, J. F. D, de 53 anos, há 19 anos, com quem teve um filho, que na ocasião do ato oficial contava com 17 anos.<sup>40</sup> É uma realidade nova que, com passar do tempo, espera-se que deixe de causar surpresa, na medida em que a reiteração possa torná-la comum.

O art. 6º, ao fim e ao cabo, ao prever a plena capacidade civil das pessoas especialmente para a união familiar, sexualidade, reprodução, paternidade, etc., veio combater o paternalismo excessivo que muitas vezes acaba por anular o ser humano existencialmente.<sup>41</sup> Pretendeu-se,

---

<sup>37</sup> COLETIVO FEMINISTA HELEN KELLER. 2020, p. 39. Vide ainda: “A abordagem, portanto, da deficiência não pode mais seguir entrelaçada à ideia de caridade e de vitimização, que trasladava, como outrora, esta questão para fora da concepção pessoal do sujeito de direitos como algo alheio, externo, ao ser humano, que necessitava ser problematizado e solucionado.” (MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 34).

<sup>38</sup> Como vaticinam com maestria: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. *In*: MENEZES, 2016. p. 230.

<sup>39</sup> Recomenda-se a série em streaming da Netflix *Amor no espectro*, um reality show australiano que aborda com sensibilidade o universo amoroso das pessoas com TEA e com deficiência intelectual (Criador: Cian O'Clery. Austrália: Netflix, desde 2020, 2 temporadas).

<sup>40</sup> CARTÓRIO paulista sai na frente e realiza casamento inédito de pessoa com deficiência, depois da Lei Brasileira de Inclusão. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 02 mar. 2016. Disponível em: <http://migre.me/tmBa8>. Acesso em: 07 maio 2021.

<sup>41</sup> Segundo Daniel Sarmiento, o paternalismo se liga à interferência na liberdade pessoal voltada à proteção do próprio agente, envolvendo restrições ao comportamento das pessoas (à autonomia privada) (SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 168). O jurista espanhol Manuel Atienza, neste sentido, ao destrinchar uma definição, esclarece que uma conduta (ou uma norma) é paternalista se realizada ou instituída: “a) com el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma)” (ATIENZA, Manuel. *Discutamos*



com a previsão legal, afastar indevidas interferências alheias sobre a PcD, privilegiando sua autonomia decisória nos assuntos da vida privada. Como bem resume Roxana Borges, o direito ao respeito à vida privada é o “direito que cada pessoa tem de escolher viver como quer”.<sup>42</sup>

Dentre as hipóteses enunciadas no artigo 6º do EPD, trataremos, na próxima seção, mais detidamente dos direitos sexuais.

### 3.4 DIREITOS (HUMANOS) SEXUAIS

Conquanto seja o ser humano um animal sexuado, ao contrário dos demais espécimes, é também uma criatura dotada de espiritualidade e racionalidade, características que carregam nuances próprias da dinâmica sexual humana, que estão além do instinto biológico de procriação e perpetuação da espécie. Neste sentido, “sexualidade é muito mais que [fazer sexo], sexualidade é se expressar, é entender o seu corpo, a sua fala, o seu sentir, e passar isso, e receber também as informações que os outros lhe dão sobre esse seu comportamento”. E, assim, “reforçar a sua autoestima, reforçar a sua autoconfiança, reforçar a sua própria condição de cidadania”.<sup>43</sup>

Por esses motivos, os direitos sexuais e reprodutivos são considerados existenciais, atrelados, portanto, ao desenvolvimento da personalidade. Estes direitos, afirmam os estudiosos do tema, têm uma história ligada aos movimentos sociais, especialmente das mulheres e LGBTQIA+. Nos dizeres de Samantha Buglione, surgiram “Inicialmente como uma articulação crítica às políticas controlistas e ao gerenciamento da sexualidade”.<sup>44</sup>

No que concerne aos reprodutivos, atinentes ao exercício da capacidade reprodutiva, sua abrangência compreende:

- a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência; b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos; c) o direito de ter acesso a informações de

---

sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 203-204, 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-discutamos-sobre-paternalismo>. Acesso em: 07 maio 2021).

<sup>42</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. Saraiva: São Paulo, 2005. p. 112.

<sup>43</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **I seminário nacional de saúde: direitos sexuais e reprodutivos e pessoas com deficiência**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 30.

<sup>44</sup> BUGLIONE, Samantha. Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1855>. Acesso em: 11 out. 2019.

métodos anticoncepcionais e meios seguros (serviços), disponíveis, acessíveis e d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.<sup>45</sup>

Já no que toca à modalidade dos direitos sexuais, cujo o objeto é o exercício e vivência da sexualidade, arrolam-se os seguintes:

a) direito a decidir livre e responsabilmente sobre sua sexualidade; b) o direito a ter controle sobre seu próprio corpo; c) o direito a viver livremente sua orientação sexual, sem sofrer discriminação, coação ou violência; d) o direito a receber educação sexual; e) o direito à privacidade; f) o direito a fruir do progresso científico e a consentir livremente à experimentação, com os devidos cuidados éticos recomendados pelos instrumentos internacionais; g) o direito de ter a prática sexual desvinculada da gerência do Estado.<sup>46</sup>

Posicionando-se pela existência de um específico direito da personalidade à vida sexual sadia, Anderson Schreiber explica que: “Hoje, há consenso de que os relacionamentos sexuais e afetivos afiguram-se essenciais para o desenvolvimento de todas as potencialidades da pessoa humana”.<sup>47</sup> Numa linha de debate acadêmico mais avançada, Elimar Szaniwski elenca também, como novas tipificações de direitos da personalidade, os direitos ao prazer sexual e à expressão sexual.<sup>48</sup>

Os primeiros instrumentos normativos internacionais (vinculantes e *softlaw*) a tratarem dos direitos em comento priorizaram a proteção dos direitos reprodutivos da mulher, tendo a saúde como fio condutor de suas disposições.<sup>49</sup> Destacam-se, nessa fase, a edição da Proclamação de Teerã (1968) e da Convenção pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação Contra a Mulher (1979). Anos depois, reconhecidos o afeto e o prazer nas interações sexuais, as noções de reprodução e sexualidade, finalmente, dissociaram-se, surgindo autonomamente os primeiros direitos sexuais positivos, com destaque para os textos

<sup>45</sup> CHIAROTTI, Susana; MATUS, Veronica. **Guia para capacitação**: dos direitos humanos aos direitos das humanas. São Paulo: Instituto para Promoção da Equidade – IPÊ, 1997, p. 42-47. *apud* BUGLIONE, 2001.

<sup>46</sup> CHIAROTTI; MATUS, 1997, *apud* BUGLIONE, 2001.

<sup>47</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Grupo GEN, 2014. p. 15-16. O Autor menciona, inclusive, a recente experiência brasileira, inspirada na estrangeira, de ações judiciais voltadas à obtenção de indenização pela privação permanente ou temporária desse direito (p. 228).

<sup>48</sup> SZANIAWSKI, 2005, 233-234. Esses direitos firmaram-se como novos direitos humanos por ocasião do XV° Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), em 2000, oportunidade em que foram aprovadas emendas propostas para integrarem a declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII° Congresso Mundial de sexologia de 1997. Segundo extraído da declaração: “[...] O DIREITO AO PRAZER SEXUAL – prazer sexual, incluindo autoerotismo, é uma fonte de bem estar físico, psicológico, intelectual e espiritual. O DIREITO À EXPRESSÃO SEXUAL – A expressão é mais que um prazer erótico ou atos sexuais. Cada indivíduo tem o direito de expressar a sexualidade através da comunicação, toques, expressão emocional e amor. [...]” (XV° CONGRESSO MUNDIAL DE SEXOLOGIA. **Declaração dos Direitos Sexuais**. disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/direitossexuais.html>. Acesso em: 17 ago. 2020).

<sup>49</sup> WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 2, p. 53-72, maio/ago. 2017. p. 55.

emanados das Conferências do Cairo (1994) e da Mulher nas Nações Unidas, em Pequim (1995).

No que tange especificamente aos direitos sexuais, objeto deste estudo, nota-se, no Brasil, a ausência de disposições jurídicas próprias, talvez porque historicamente esses direitos sejam vistos como acessórios dos direitos reprodutivos. Nada obstante, é possível compreendê-los inseridos na tutela jurídica nacional, “uma vez que o §2º do artigo 5º da Constituição Federal [...] prevê como fonte de garantias fundamentais os tratados internacionais em que o Brasil seja parte”, como defendem Ana Clara das Chagas Souza e Débora Fernandes Pessoa Madeira.<sup>50</sup>

Direcionada às PcD, a enunciação da garantia de exercício dos direitos sexuais está inserida no art. 6º, inciso II, da EPD (v. seção anterior). A assimilação da perspectiva inclusiva tem proporcionado, na atualidade, uma maior realização destes direitos, ampliando as possibilidades de viver, de forma mais natural e frequente, situações relativas à vida afetiva e sexual.<sup>51</sup> Neste sentido:

Vivemos, hoje, o que chamamos de pós-modernidade. As noções de sexualidade, deficiência e corpo sofrem transformações importantes na pós-modernidade. A sexualidade começa a ser respeitada, valorizada como um elemento que garante a humanidade às pessoas. É vista e reconhecida como direito humano. Abordagens meramente médicas ou meramente sociais caminham para se articularem. A deficiência é entendida como condição social, ou seja, seu caráter histórico e político ganha relevância. A pessoa com deficiência ganha status de sujeito, e de sujeito de direitos.<sup>52</sup>

Entrementes, é lamentável perceber que o exercício desses direitos existenciais não seja devidamente reconhecido e respeitado socialmente em sua plenitude. As dificuldades ainda encontradas pelas PcD mental e intelectual, nessa conjuntura, são as mais graves e serão discutidas oportunamente em tópico próprio do capítulo final, especialmente no que se refere à autonomia e à autodeterminação relativas aos direitos de decidir livremente sobre a sexualidade, de ter controle sobre seu próprio corpo e de ter a prática sexual desvinculada da gerência do Estado.

---

<sup>50</sup> SOUZA, Ana Clara das Chagas; MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa. O exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por mulheres com deficiência mental ou intelectual no Direito brasileiro. **Oikos: família e sociedade em debate**, Viçosa, v. 32, n.2, p. 01-25, 2021. p. 06.

<sup>51</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e reprodutivos na integralidade da atenção à saúde de pessoas com deficiência** Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p. 36.

<sup>52</sup> BRASIL, 2010. p. 38.

No próximo capítulo, a dimensão negativa dos direitos sexuais será alvo de debate e aprofundamento, recorrendo-se principalmente aos ensinamentos do direito penal para tanto. Objetiva-se, como isso, expor como se estrutura a proteção da vulnerabilidade e as eventuais limitações advindas dessa condição à liberdade individual sexual.

## 4 PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE SEXUAL

### 4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIGNIDADE SEXUAL

A sexualidade, assim como as outras caras manifestações da personalidade, merece e deve receber especial tutela do ordenamento, uma vez que é destinada à concretização da dignidade, valor e atributo históricos da pessoa humana.<sup>1</sup> A doutrina concorda que a dignidade da pessoa humana, ao assumir sua faceta normativa, atua como autêntica cláusula geral de proteção das dimensões da personalidade.<sup>2</sup>

Princípio reproduzido na maioria das constituições e documentos internacionais editados após a Segunda Guerra Mundial (século XX), foi eleito como um dos alicerces da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, da Carta Cidadã, sendo possível afirmar (ao menos em termos formais) que Estado brasileiro existe, é organizado e funciona para o bem do ser humano, sua figura central.

Constitui mais que uma norma positivada com *status* e hierarquia constitucionais, é princípio matriz que fundamenta os direitos humanos e fundamentais, sejam eles individuais ou sociais. Além disso, serve como norte interpretativo de todas as questões que envolvam seu arquétipo máximo (a pessoa), otimizando, na medida do possível, sua proteção e promoção.

A grande dificuldade detectada em relação à aplicação do princípio em tela é gerada pelo seu conceito aberto, indeterminado e polissêmico, dando azo, por vezes, a que seja usado para justificar questões jurídicas situadas em polos diametralmente opostos (ex.: casos que envolvem o direito à vida e sua extensão, como do aborto, das células troco, da eutanásia), promovendo insegurança jurídica.<sup>3</sup> O uso apenas retórico do princípio também é recorrente em

---

<sup>1</sup> As fases históricas da noção de dignidade da pessoa humana foram bem sintetizadas por Daniel Sarmiento, da seguinte forma: “(...) em relação à dignidade da pessoa humana, é possível captar a ação de três processos históricos importantes e virtuosos ao longo dos séculos. Em primeiro lugar, de atributo das elites na Antiguidade, a dignidade tornou-se na Modernidade um predicado atribuído universalmente a todas as pessoas. Em segundo, passou-se a mirar na contemporaneidade não mais o sujeito abstrato e insular do Iluminismo e do liberalismo-burguês, mas a pessoa concreta e situada, com as suas necessidades materiais e psicológicas, imersa em relações intersubjetivas. Em terceiro, a dignidade humana deixou de ser apenas um valor religioso e moral, para se converter em princípio jurídico vinculante, que ocupa posição central na ordem constitucional de muitos Estados, como o Brasil.” (SARMENTO. Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 68).

<sup>2</sup> SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 143.

<sup>3</sup> Neste sentido, “A elevada abertura semântica do princípio, a diversidade das suas fontes históricas e fundamentações filosóficas, a sua incidência sobre temas profundamente controvertidos sob o prisma moral, político e religioso, e o pluralismo social que caracteriza as sociedades contemporâneas contribuem para tornar a

decisões judiciais, em todas as instâncias, o que ocorre por conhecimento deficitário sobre a matéria ou mesmo por arbítrio (ativismo).

Esses problemas reforçam a demanda de os operadores do direito bem compreenderem o princípio para que não se banalize ou esvazie o seu conteúdo, ainda que as conclusões não atinjam uma desejada taxatividade. Deve haver um esforço, nesse sentido, pelos que intentem manejá-lo corretamente.

Ingo Wolfgang Sarlet, contribuindo para a necessária delimitação, em interessante estudo sobre o princípio, realiza a tentativa de conceituar a dignidade humana como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>4</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes, também, ao tratar do conteúdo do princípio, desdobra em quatro postulados o substrato material que enxerga na dignidade:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica – da liberdade e da solidariedade.<sup>5</sup>

Daniel Sarmento, por sua vez, elenca, em sua visão, quais seriam os componentes da dignidade humana:

(...) o *valor intrínseco da pessoa*, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; [...] a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.<sup>6</sup>

---

interpretação da dignidade da pessoa humana um terreno fértil para embates sociais, travados em diferentes esferas, como no Poder Judiciário, nos parlamentos, na opinião pública e na academia” (SARMENTO, 2019, p. 16).

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 70-71.

<sup>5</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85.

<sup>6</sup> SARMENTO, 2019, p. 92. Mais adiante, o autor elucida a razão pela qual opta por excluir a igualdade como um dos componentes, como fazem outros autores: “como a igualdade já é integralmente contemplada por outro

Acrescente-se, ainda, o elemento do valor comunitário, também conhecido como dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, proposto por Luís Roberto Barroso. Sobre ele, o autor aduz:

A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. A questão relevante aqui é saber em quais circunstâncias e em que grau essas ações devem ser consideradas legítimas em uma democracia constitucional. [...] O valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos: 1. A proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e 3. A proteção dos valores sociais compartilhados.<sup>7</sup>

Observa-se que, enquanto o componente da autonomia fundamenta a liberdade, o do valor comunitário vai limitá-la, ao impor algumas restrições legítimas. Em consonância com o título do presente capítulo, cabe, neste momento, destacar o conteúdo deste último elemento, apresentando os fundamentos legitimadores da excepcional interferência estatal na vida sexual da PcD.

A liberdade, como se sabe, é direito fundamental, porquanto ligado diretamente ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade (v. art. 5º, *caput*), proibindo o poder público ou particulares de arbitrariamente suprimirem ou subjugarem a autonomia do indivíduo. Mas, assim como ocorre com outros direitos fundamentais, a liberdade não possui caráter absoluto. A lei, quando não há outra saída, encarrega-se de prescrever as condições de restrição da liberdade, a fim de proteger valores ou bens jurídicos superiores (princípio da reserva legal, cf. art. 5º, II, da Constituição).<sup>8</sup> As limitações para que sejam justificadas, devem seguir a máxima da proporcionalidade, de modo que:

(...) persigam fim legítimo e contribuam para a sua realização (subprincípio da adequação); não haja meios alternativos mais brandos para alcançar o mesmo fim

---

princípio constitucional expressamente positivado – o princípio da igualdade, que ombreia, aliás, com a própria dignidade em termos de importância e estatura moral –, não me parece metodologicamente adequado apresentá-la como apenas mais um elemento básico da dignidade humana” (SARMENTO, 2019, p. 93).

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 88.

<sup>8</sup> Extraíndo o comando normativo do princípio inserto no art. 2º, § 2º, 2 e 3, da Constituição alemã, Robert Alexy propõe a seguinte formulação, aplicável também ao Brasil: “São proibidas intervenções estatais na liberdade pessoal se elas não estiverem baseadas em uma lei ou não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que, devido às circunstâncias do caso, tenham primazia em face do princípio da liberdade pessoal” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 143).

(subprincípio da necessidade); e a promoção do objetivo almejado compense o ônus imposto à liberdade (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). Tais parâmetros viabilizam o controle intersubjetivo de qualquer medida que afete a liberdade, demandando fundamentação suficiente para qualquer restrição.<sup>9</sup>

A exceção à liberdade pode, por exemplo, ser justificada pela preferência à norma mais protetiva à pessoa. Isto é possível em razão da dimensão dúplice da dignidade humana, que contempla tanto a perspectiva da autonomia quanto da proteção. Ante o aparente conflito de dignidades, aplicando-se o princípio da proporcionalidade que Rizzato Nunes denomina de especial ou em segundo grau,<sup>10</sup> a primeira dimensão acaba cedendo diante de circunstâncias extraordinárias que clamam pela segunda. Neste sentido:

(...) sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte de comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltaram as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito de ser tratado com dignidade (protegido e assistido).<sup>11</sup>

Dentre as vítimas de crimes sexuais, os vulneráveis são os mais passíveis de sofrerem violações. Por essa razão, numa ordem jurídica fundada na dignidade da pessoa humana, estas pessoas recebem tutela prioritária. A dimensão negativa dos direitos sexuais, atendida pela citada perspectiva protetiva, estaria presente, neste ponto, para combater qualquer ação que atente ou pretenda reduzir a dignidade sexual<sup>12</sup> delas.

---

<sup>9</sup> SARMENTO, 2019, p. 161. Sobre a ponderação de princípios com o fito de identificar o de maior peso que há de prevalecer, esclarece Alexy (2012, p. 594) que: “A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”.

<sup>10</sup> NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

<sup>11</sup> SARLET, 2019, p. 59.

<sup>12</sup> Expressão da dignidade humana, a dignidade sexual, conforme anota Guilherme Nucci, “liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42-43).



Renato N. Fabbrini esclarece que, ao tutelar a dignidade sexual, protege-se: “um dos vários aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, aquele que se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração”.<sup>13</sup> A tutela penal, nesse campo, é incumbência do Estado, cuja intervenção extraordinária está condicionada à ofensa dos bens jurídicos correlatos.

A dignidade sexual assume a função de bem jurídico, em especial, quando o componente da dignidade humana do valor intrínseco da pessoa está em perigo ou é lesado, ao transformar o ser humano em objeto posto à disposição do arbítrio de outrem, sendo “coisificando” indevidamente.<sup>14</sup> Afinal, como visto, ele é um fim em si mesmo, jamais podendo ser usado como meio para obtenção de outros fins.

Daniel Sarmento adverte sobre o cuidado especial que se deve ter nas intervenções estatais em matérias relacionadas à sexualidade pelo risco de que, sob pretexto de proteção de grupos vulneráveis, “termine-se impondo valores morais majoritários ou concepções politicamente corretas aos indivíduos, asfixiando-se a liberdade numa seara tão preciosa e sensível da experiência humana”.<sup>15</sup>

Releva registrar que a Lei 12.015/2009, ao implementar uma necessária atualização no Código Penal (CPB/1940), eliminou, dos crimes sexuais, anacronismos e expressões discriminatórias não mais admitidas pela sociedade brasileira, substituindo a ultrapassada terminologia “crimes contra os costumes”, do Título VI, para “crimes contra a dignidade sexual”. Houve, com a reforma, acertado enfoque no ser humano, em sua intimidade (interesse privado), ao invés da moralidade pública sexual ou pudor público, ligados aos costumes pelo controle da sociedade conservadora sobre o modo de viver das pessoas (interesse público).<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Frabbrini; FRABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1508.

<sup>14</sup> JORIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 35.

<sup>15</sup> SARMENTO, 2019, p. 183.

<sup>16</sup> “O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido estrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale mesmo, a conduta sexual adaptada à convivência e disciplina sociais” (HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. 8. p. 95). O Título VI, do Código Penal, originalmente foi nominado “dos crimes contra os costumes”, deixando claro o principal objeto jurídico tutelado, a moralidade pública sexual. Decerto, o momento histórico em que ocorreu a valoração positiva que levou o legislador do Código de 1940 a considerar os costumes prioridade era bem diverso do hodierno. A moral sexual naquele período era determinada pelo poder patriarcal e fundamentada, fortemente, na discriminação do gênero feminino (ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **O fim da tutela penal à virgindade como bem jurídico: análise histórica, jurídica e crítica**. Fortaleza: DIN.CE. 2010. p. 76-81). Há certo consenso, na doutrina penal atual, de que os costumes, na acepção de moral pública sexual, não podem mais servir como objeto de proteção dos bens jurídicos. O protagonista, neste caso, não seria o *humano* e, sim, *valores* de interesse coletivo. Entende-se, nos dias de hoje, que direito penal não se pode prestar a tutelar concepções vagas como a moral, a ética, a religião,

Fez bem o legislador, pois o moralismo atua como faceta autoritária do paternalismo e, por esse motivo, não deve contaminar a intervenção estatal. Quando isso acontece, exsurge o moralismo jurídico, ou seja, aquele “que preconiza a legitimidade de limitações à autonomia pessoal não para proteger direitos de terceiros ou interesses do próprio indivíduo, mas para assegurar a observância da moral”.<sup>17</sup>

Como visto, diante da condição de acentuada fragilidade (biológica, psíquica ou física) das vítimas, trata-se de hipótese de intervenção estatal considerada justificável.<sup>18</sup> A dignidade como restrição ou heteronomia serve, neste caso, para legitimar a limitação da liberdade sexual de terceiros, para proteger a dignidade sexual do vulnerável, assim como a restrição à autonomia deste para tutela de sua própria dignidade. Não se trata de impor um modo de viver “virtuoso” ou “puro”, como projetado pelo moralismo jurídico, mas de evitar a indevida objetificação de seu corpo.

A seguir, dedica-se um tópico específico à vulnerabilidade sexual, onde se apresenta a relação das respectivas vítimas.

#### 4.2 VULNERABILIDADE SEXUAL

O que seria, em termos gerais, vulnerabilidade? Para Daniela Lima Barreto, significa a “condição de segmentos sociais que, em razão de determinada especificidade, são submetidos a uma situação de subalternização e exclusão social que lhes impõe maior suscetibilidade de negação e violação de direitos”.<sup>19</sup> As demandas desses segmentos, aduz ainda a autora, estão

---

determinada ideologia, valores culturais como tais, etc. (GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal v. 1:** introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 440).

<sup>17</sup> SARMENTO, 2019, p. 175. Guilherme Nucci, a propósito, tece pertinentes críticas ao uso do moralismo como fundamento para regulação da seara sexual: “O influxo de critérios políticos para domar o desejo sexual não passa de tirania, pois invade-se a intimidade das intimidades, revelando um falso moralismo. Finalmente, confundir sexo com bons ou maus costumes é transfigurar a vida privada das pessoas em atividade pública, pois na intimidade não existem valorações de terceiros para o que se faz; seria o mesmo que pretender julgar pensamentos ou avaliar desejos” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas:** aspectos constitucionais e penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 53).

<sup>18</sup> Para Manuel Atienza, a medida paternalista é justificável se e somente se: “a) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad; b) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica – transitoria o no-, y c) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran em la situación de incapacidad indicada em b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien” (ATIENZA, Manuel. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 203-204, 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-discutamos-sobre-paternalismo>. Acesso em: 07 maio 2021. p. 209).

<sup>19</sup> BARRETO, Daniela Lima. **O direito penal dos vulneráveis:** uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 98.

no centro de um grande e relevante debate acerca da justiça, da igualdade e do reconhecimento.<sup>20</sup>

*A priori*, os grupos vulneráveis estão relacionados a questões de gênero (mulheres), idade (crianças, adolescentes e pessoas idosas), condição social (moradores de rua), orientação sexual (população LGBTQIA+) e deficiência (pessoas com deficiência). Atendendo os tratados de direitos humanos próprios dos citados segmentos, o Brasil tem editado internamente estatutos protetivos, dentre os quais, destacam-se: a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990); o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e o, recorrentemente citado nesta obra, EPD.

É válido frisar que os vulnerabilizados não se restringiriam às hipóteses acima citadas, havendo um campo de abrangência aberto a outras tantas. A doutrina cita ainda os seguintes: “os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros de minorias”.<sup>21</sup>

No que toca às minorias, a rigor, sua categorização não se confunde com a dos vulneráveis. Baseado nos estudos de Francesco Capotorti, pode-se classificar minoria como um: “grupo numericamente inferior à população de um Estado, que se encontra em uma posição de não dominação e que é dotada de características, quer sejam, referentes à religião, etnia ou idioma, diferentes daqueles predominantes no seio da população”<sup>22</sup>. No artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, são mencionadas como minorias: étnicas (ex.: Quilombolas, índios, ciganos, judeus, etc.), religiosas (ex.: espíritas, umbandistas, muçulmanos, budistas, etc.) e linguísticas (língua diferente da majoritária ou oficial), elenco este incorporado na Declaração da ONU sobre as minorias, de 1992, que adota também os critérios da identidade nacional e cultural, estabelecendo obrigação aos Estados de proteção a estes grupos.

Desta feita, enquanto as minorias se limitariam aos aspectos não predominantes numa sociedade, os vulneráveis estariam, basicamente, atrelados a características pessoais especiais, embora alguém possa fazer parte, ao mesmo tempo, dos dois grupos (ex.: um cigano idoso). O STF, apesar de distingui-los nominalmente, não esclarece as diferenças, optando por interpretá-

---

<sup>20</sup> BARRETO, 2016, p. 143.

<sup>21</sup> MORAES, 2010, p. 84.

<sup>22</sup> VASCONCELOS, Rodrigo Ribeiro de (coord.). **Direito Penal das Minorias e dos Grupos Vulneráveis**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 16. Pela proposta de Capotorti, “Os elementos constitutivos do conceito são: a) Elemento numérico; b) Elemento de não dominância; c) Elemento de cidadania; d) Elemento de solidariedade entre os indivíduos que integram a minoria, a fim de preservação de cultura, tradições, religião e idioma” (VASCONCELOS, 2019, p. 16).

los de forma semelhante (v. ADPF n.º 132 e ADIN n.º 4.277, sobre a possibilidade das uniões homoafetivas), sendo esta uma tendência que se observa expressiva entre os estudiosos na atualidade.<sup>23</sup>

É importante frisar que a rotulação de vulnerável, no sentido amplo acima exposto, não implica, necessária e automaticamente, vulnerabilidade em todos os campos da vida. O legislador pode estabelecer hipóteses específicas (ou em sentido estrito) de vulnerabilidade, conforme as demandas de proteção da sociedade,<sup>24</sup> como fez no Código Penal em relação à sexual.

O Estatuto Penal não previu uma definição legal própria de vulnerabilidade sexual, nem dos seus ofendidos, resumindo-se a elencar, dentro do Capítulo II ao Título VI, nominado “Dos Crimes Contra Vulnerável”, as seguintes tipificações penais: a) Estupro de vulnerável (art. 217-A); b) Corrupção de menores (art. 218); c) Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A); d) Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B); e e) Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C).

A categorização das vítimas vulneráveis é extraída dos textos dos crimes de estupro de vulnerável e do favorecimento da prostituição e se contradiz, recebendo críticas veementes da doutrina. Por todos, veja-se o pertinente reclamo de Eduardo Cabette:

Percebe-se, portanto, que o legislador ao não dar uma definição segura do que seja ‘vulnerável’ e tratar da matéria de forma dispersa não optou pela melhor técnica, ensejando uma grande confusão conceitual. Afinal, sob o aspecto etário, quem é ‘vulnerável’, os menores de 14 anos ou todos os menores de 18 anos (art. 217-A X art.218-B, CP)? As pessoas que não podem, por outras causas, que não a tenra idade ou enfermidade ou deficiência mental incapacitantes, ofertar resistência, são ou não ‘vulneráveis’ (art. 217-A X art.218-B, CP)? Teria havido um erro material na redação do art. 218-B quando o legislador se refere aos menores de 18 anos, pretendendo, na

---

<sup>23</sup> VASCONCELOS, 2019, p. 37. A classificação inspirada em Capotorti é contestada por inúmeros estudiosos da atualidade, por obsolescência, sendo sugerida a ampliação para abarcar segmentos vulneráveis, considerando grupos vulneráveis e minorias expressões sinônimas (BARRETO, 2016, p. 94).

<sup>24</sup> Merece registro, nessa trilha, o teor do parágrafo único ao art. 5º do EPD, onde são qualificados como “especialmente vulneráveis” a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência. Mais adiante, no parágrafo único do art. 10, é previsto expressamente que: “Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança”. Vide, outrossim, o Projeto de Lei do Senado n.º 4.472/2020, que propõe a concepção de hipervulnerabilidade: “teríamos duas hipóteses de hipervulnerabilidade, aquela decorrente da condição etária, portanto, para as pessoas que atingirem 80 anos e aquela, que, independentemente dessa condição, já sejam idosas e a isso seja agregada a existência de alguma limitação incapacitante, adquirida ou congênita, fruto de alguma patologia ou de causa externa” (NOGUEIRA JÚNIOR, Gabriel Ribeiro. **A tutela penal da pessoa idosa hipervulnerável**: mera expansão do direito penal ou necessária proteção a direitos fundamentais? 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. p. 83).

verdade referir-se aos menores de 14 anos, de acordo com uma sistemática mais coerente?<sup>25</sup>

Uma interpretação conciliatória, sugerida pelo autor,<sup>26</sup> consiste na consideração de que são vítimas vulneráveis, para os efeitos penais:

a) o menor de 14 anos, compreendendo, excepcionalmente, também o menor de 18 anos, mas maior de 14, desde que prostituído ou explorado sexualmente;<sup>27</sup> b) a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou c) a pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, exceto quando prostituída ou explorada sexualmente.

Outras situações podem vir a ampliar o rol, acaso incluídas na legislação penal. As vítimas constantes na estrutura típica do estupro de vulnerável serão estudadas mais detalhadamente quando da análise que se fará do crime, ao final deste capítulo. Pavimentando o caminho para a devida compreensão deste momento, dissecaremos antes os meandros da capacidade de manifestação de vontade.

#### 4.3 CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO PARA O ATO SEXUAL

A autonomia jurídica individual coincide com a noção de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar lícitamente.<sup>28</sup> Sobre o princípio da liberdade individual, que provém da autonomia do indivíduo, Maria Celina Bodin de Moraes esclarece:

O princípio da liberdade individual consubstancia-se, hoje, numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto e vida, exercendo-o como melhor convier.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes contra a dignidade sexual: temas relevantes**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 32.

<sup>26</sup> CABETTE, 2010, p. 32.

<sup>27</sup> A prostituição não é crime no Brasil, mas a sua exploração ou favorecimento sim, estejam envolvidos menores ou adultos (v. art. 218-B, 228 e 230 do CPB). Para que o menor entre 14 e 18 anos seja considerado vulnerável, foi adicionada a exigência de que o sujeito passivo esteja inserido em contexto de exploração sexual (gênero que abrange a prostituição), pois, do contrário, o adolescente é livre para manter relações sexuais como bem lhe aprouver e a conduta será atípica. Conforme lição de Nucci, os crimes adotam o sentido negativo da expressão explorar, abrangendo “a má-fé, envolvendo o abuso da ingenuidade alheia, enganando ou ludibriando para, então, tirar proveito ou lucro, em prejuízo do explorado” (NUCCI, 2015, p. 101).

<sup>28</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. Saraiva: São Paulo, 2005. p. 46. A autora, na sequência, faz a distinção da autonomia privada: “O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial” (BORGES, 2005, p. 46-47).

<sup>29</sup> MORAES, 2010, p. 108.

A autonomia individual tem por conteúdo a vontade, que move as ações humanas aos respectivos fins. O consentimento ou aquiescência, nessa linha, consubstancia-se em ato declaratório de vontade que se perfaz, em sua principal acepção, na concordância de alguém com os termos de outra parte, com o fito de alcançarem juntos um objetivo comum, configurando, assim, um encontro de vontades, mas significando também permissão ou tolerância.<sup>30</sup>

Em geral, são consencientes (os que consentem) tanto a pessoa física, diretamente, por mandatário ou mediante representação legal, como a pessoa jurídica de natureza privada ou pública, através de representação legal estatutária ou legal. Em relação às pessoas naturais, vale dizer, quando se trata de atos personalíssimos, ou seja, ínsitos à própria pessoa, o consentimento não pode e nem deve ser terceirizado.<sup>31</sup>

Seguindo, em apertada síntese, as lições de José Henrique Pierangeli, extraídas de sua conhecida dissertação sobre o consentimento do ofendido, quanto à *forma*, ele pode ser expresso (ex.: palavras, escrito, gestos) ou tácito (desde que exteriormente reconhecível). Quanto *ao tempo*, deve ser sempre prestado anterior ou contemporaneamente à conduta do agente. Sendo posterior ao fato ou enquanto realizada a conduta, a tardia manifestação de vontade não a justifica, assim como eventual ratificação não tem o condão de produzir efeitos. É *revogável* (expressa, tácita ou implicitamente) até o momento em que o agente executa o fato consentido. Por último, o autor cita a condição (suspensiva ou resolutiva), o termo (ou prazo) e o modo como *elementos* (ou cláusulas) *acidentais*, os quais devem ser conhecidos pelo agente antes ou durante o fato.<sup>32</sup>

É possível dizer, diante dos ensinamentos acima, que o consentimento de quem adere a uma relação sexual, consistente no exercício da liberdade sexual, protegida que é pela ordem jurídica, seria, portanto, um ato jurídico, que se consuma por declaração de vontade válida dos

---

<sup>30</sup> Márcia Araújo Sabino realiza pertinente análise etimológica da palavra consentir (Consentimento informando em psiquiatria. *In*: BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini (org.). **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2020. p. 134.

<sup>31</sup> Por esse motivo, é de se estranhar a possibilidade aberta pela redação do § 2º do artigo 1.550 do Código Civil, incluído pelo EPD, no sentido da possibilitar às pessoas com deficiência mental ou intelectual contraírem matrimônio por expressão da vontade de seus responsáveis ou curadores, quando não o fizerem diretamente, sendo prevista, concomitantemente, no inciso IV ao *caput* do mesmo artigo, dentre as causas de anulação do casamento, a incapacidade de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.

<sup>32</sup> PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito**. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 75, 80, 155-157, 159-161.

envolvidos.<sup>33</sup> Depreende-se, assim, que o princípio regente das relações sexuais livres reside na consensualidade.

A doutrina especializada enxerga na liberdade sexual ao menos duas dimensões dos direitos sexuais: “(i) dimensão positiva, que trata da esfera da autonomia dos seus titulares e (ii) dimensão negativa, que se refere às vedações de violência e discriminação com base na sexualidade, orientação sexual e identidade de gênero”.<sup>34</sup> Estas dimensões são também classificáveis como dinâmica e estática, conforme o ensinamento de Tadeu Dix Silva, cuja transcrição vale conferir:

No plano *dinâmico*, a autodeterminação sexual encerra a livre disposição do próprio corpo com finalidades sexuais, ou seja, a liberdade de opção de atuação de cada um na esfera da sexualidade, segundo os seus desejos, seja da forma de manifestação da sexualidade, seja quanto ao destinatário da mesma, **dentro dos parâmetros de mútuo consentimento** e respeito pela sexualidade alheia.

Na dimensão *estática*, a liberdade sexual contempla o ‘direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida a realização de atos sexuais’. A partir deste prisma, a autodeterminação sexual reside no direito de **não envolver-se em práticas sexuais indesejadas**<sup>35</sup> (grifo nosso).

Em suma, pode-se afirmar que as pessoas conduzem sua interação sexual com terceiros, estabelecendo se, quando, como e com quem se relacionarão. A liberdade sexual está balizada, conseqüentemente, pelo direito de livre disposição do corpo para atividades sexuais, assim como de não se envolver em nenhum ato sexual sem que haja consentimento.<sup>36</sup> Como certa vez disse Alberto Silva Franco: “toda lesão à liberdade sexual encontra seu núcleo na falta de consensualidade”.<sup>37</sup> O trato dessa lesão é atribuído ao direito penal, responsável por cuidar da dimensão negativa ou estática da liberdade sexual.

Enquanto no direito civil as atenções sobre o consentimento se voltam à formação regular dos negócios jurídicos, onde predominam os interesses patrimoniais (autonomia privada), no direito penal pode constituir tanto *irrelevância jurídica* (o bem de natureza privada

---

<sup>33</sup> Corrente do direito civil mais recente vaticina que todo fato social é dotado de juridicidade (afastando a concepção da existência do fato não jurídico). Nessa linha de pensamento, Anderson Shreiber assevera que toda atividade social tem relevância jurídica, ainda que não produza efeitos jurídicos (SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 68-69).

<sup>34</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2020, p. 994.

<sup>35</sup> SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes Sexuais**: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 70.

<sup>36</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. p. 71.

<sup>37</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**, v. II. Parte Especial, 2000, *apud* SILVA, 2006, p. 73.

renunciável cede em face do interesse público), *causa de atipicidade* (o fato da vida real sequer se subsume ao correspondente tipo) ou *causa de justificação* (a ilicitude é excluída apesar da subsistência da tipicidade em tese), predominando a liberdade individual (autonomia jurídica individual).<sup>38</sup>

De qualquer forma, nem todas as pessoas estão aptas psicicamente a manifestar consentimento ou expressá-lo validamente. O consentimento depende da vontade consciente e livre, sem o quê não há que se falar em autonomia ou licitude. A manifestação de vontade somente se perfecciona caso haja, portanto, prévia capacidade de vontade. Consoante aduzem Eduardo Cabette e Bianca Cabette, “a vontade exprimida com capacidade é aquela realmente livre e consciente, isenta de fraude, coação, erro, violência, horizonte informativo ilusório ou extremamente limitado etc.”, e arrematam: “a liberdade real é a qualificada necessariamente por uma ação consciente e informada”.<sup>39</sup>

Para falar dessa espécie de capacidade e sua eventual afetação em decorrência dos transtornos mentais existentes, é oportuno recorrer aos estudos realizados no âmbito da imputabilidade penal (ou capacidade de culpabilidade, como prefere a mais moderna doutrina),<sup>40</sup> por oferecer os substratos teóricos necessários para nortear o entendimento.

Inicialmente, pode-se dizer que a imputabilidade é a qualidade do que é imputável (o que pode ser imputado, atribuído a alguém). Para o Direito, é a possibilidade de atribuição de responsabilidade por infração à Lei (civil, administrativa, penal, etc.). Atribui-se, assim, responsabilidade como consequência jurídica dos atos de quem é considerado imputável.

Existem dois pressupostos essenciais da capacidade de imputação jurídica penal. Para Guido Palomba, eles são:

A faculdade de entender (*libertas iudicii*) baseia-se na possibilidade que o indivíduo tem de conhecer a natureza, as condições e consequências do ato. Implica conhecimento da penalidade, da organização legal, das consequências sociais, e supõe um certo grau de experiência, de maturidade, de educação, de inteligência, de lucidez, de atenção, de orientação, de memória.

A faculdade de autodeterminar-se (*libertas consilii*) baseia-se na capacidade de escolher entre praticar ou não o ato, o que requer serenidade, reflexão e distância de

---

<sup>38</sup> PIERANGELI, 2001, p. 95.

<sup>39</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de vulnerável e o estatuto da pessoa com deficiência**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 93.

<sup>40</sup> SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal dos adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 168.



qualquer condição patológica que possa escravizar a vontade do indivíduo, impulsionando-o para o ato.<sup>41</sup>

Enquanto a primeira faculdade se identifica com a razão ou capacidade intelectual (consciência, compreensão, julgamento), a segunda é sinônimo de livre-arbítrio<sup>42</sup> ou capacidade volitiva (faculdade de escolha e decisão, autocontrole).

Objetiva-se, por meio da regulação do instituto da inimputabilidade, constatar eventual prejuízo, total ou parcial, da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento,<sup>43</sup> motivado por algum dos transtornos mentais elencados no art. 26 (v. seção 2.4, supra), para fins de responsabilização penal.<sup>44</sup>

O Código Penal adotou, assim, o critério eclético, misto ou biopsicológico (biológico + psicológico), cuja avaliação se dá em três níveis: diagnóstico (biológico), psicopatológico (psicológico) e nexos causal.<sup>45</sup> Em outros termos, quer-se saber: 1) se o examinado sofre de algum transtorno mental; 2) se o transtorno constatado reduziu ou suprimiu a capacidade intelectual ou volitiva do agente quando da ação ou omissão; 3) se há um nexo de causalidade entre o transtorno constatado e a infração cometida.

O exame, de natureza pericial médico-legal, que desvela ou refuta a inimputabilidade, segue o trâmite dos art. 149 a 154 do Código de Processo Penal, atinentes ao “incidente de

---

<sup>41</sup> PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense civil e penal**. São Paulo: Atheneu Editora, 2003. p. 198.

<sup>42</sup> “A noção de ‘livre-arbítrio’ é a ideia de que os seres humanos têm a capacidade de escolher, de maneira autônoma, entre diferentes alternativas de ação” (JÚNIOR, Osvaldo Pessoa. *Livre-arbítrio e Direito*. In: BARROS; CASTELLANA, 2020, p. 157).

<sup>43</sup> Roque de Brito Alves critica a alternatividade dos pressupostos da capacidade de imputação: “Filosófica, jurídica e cientificamente argumentando-se contra o sistema misto ou biopsicológico das codificações penais modernas para o reconhecimento de inimputabilidade (ou irresponsabilidade dos textos ingleses e norte-americanos) que sendo o homem uma unidade de corpo e alma, algo único em sua personalidade que não poderia ser fragmentada ou dividida em planos ou compartimentos distintos, estanques de intelecto (capacidade ou função volitiva). Ainda se objeta, cientificamente, que não existiriam anomalias mentais que por sua natureza somente eliminariam uma de tais funções ou capacidades psíquicas (a inteligência ou a vontade), não sendo possível a distinção ou separação dos intitulados ‘vício da mente’ e ‘vício da vontade’. [...] Assim sendo, qualquer ação humana seria expressão de uma total personalidade qualquer anomalia mental eliminaria todas as funções psíquicas, não apenas uma, não sendo admissível que uma função psíquica permanecesse sadia e/ou outra enferma” (ALVES, Roque de Brito. **Ciúme e crime, crime e loucura**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 169).

<sup>44</sup> A consequência da confirmação da inimputabilidade é exclusão da responsabilidade penal, não havendo, portanto, crime, por ausência de culpabilidade (composta também da possibilidade de conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Em vez da retribuição pela prisão, recorre-se, dependendo do grau de periculosidade do agente, à prevenção pela medida de segurança, subdividida em duas espécies: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 96, I) ou submissão, em liberdade, a tratamento ambulatorial (art. 96, II). De outra parte, a responsabilidade criminal subsiste quando for o caso de semi-imputabilidade, reduzindo a pena detentiva de um a dois terços.

<sup>45</sup> DÓRIA, Paula Carolina Campoan; SEGRE, Jacqueline; CASTELLANA, Gustavo Bonini. *Perícias em Direito Criminal*. In: BARROS; CASTELLANA, 2020, p. 59.

insanidade mental do acusado”, o qual se justifica “quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado”. A depender do resultado apurado, o examinado será considerado: a) inimputável, se era totalmente incapaz de ser culpado, em decorrência de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado; b) semi-imputável, se era parcialmente incapaz de ser culpado, em decorrência de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado; c) imputável, se era totalmente capaz de ser culpado.<sup>46</sup>

Tecidas as considerações sobre a imputabilidade penal, a doutrina afirma ser possível transpor a estrutura apresentada, com as devidas modificações e adaptações, para tratar da vulnerabilidade das vítimas de crimes sexuais. Corroborando essa possibilidade:

(...) a culpabilidade e seus elementos certamente se aproximam, com vetor oposto e ‘*mutatis mutandis*’, da vulnerabilidade vitimal, pois que, da mesma forma, o vulnerável acaba, ainda que com seu consentimento falho, não atuando como um sujeito. Ele é também instrumentalizado, agora pelo autor do delito, é usado como meio para a prática criminosa em que ele mesmo é o lesado.

[...] há que se verificar a potencialidade da vítima em ter conhecimento sobre a natureza da conduta sexual a que é submetida ou a que se propõe a aderir. Aqui então se encontra o ponto de interseção com o potencial conhecimento da ilicitude pelo autor dos delitos. Estes seriam os dois pontos de contato mais intensos com a culpabilidade do agente e seu tratamento na esfera penal e os critérios para reconhecimento da vulnerabilidade do doente mental.<sup>47</sup>

Não se perquire, mediante essa perspectiva, a imputação da responsabilidade a alguém (polo ativo), mas a vulnerabilidade de quem, desprovido minimamente de discernimento e/ou autocontrole, não estaria apto a se envolver numa relação sexual (polo passivo). Nesta sede, a capacidade para consentir assume o lugar da capacidade imputação jurídica, compreendendo, do mesmo modo, as faculdades de entendimento e autodeterminação.

De acordo com o modelo proposto por Paul Applebaum e Thomas Grisso, os elementos da capacidade de consentir seriam quatro: “i) habilidade para compreender informações; ii)

---

<sup>46</sup> A psiquiatria forense considera os graus profundo e moderado de deficiência mental como geradores de inimputabilidade, enquanto o grau leve comumente induz à semi-imputabilidade. (FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 520). No entanto, a deficiência moderada, “quando o grau de retardamento é lindeiro à debilidade mental” pode levar ao enquadramento no redutor penal do parágrafo único, pela semi-imputabilidade (PALOMBA, 2003, p. 490).

<sup>47</sup> CABETTE, E.; CABETTE, B. 2018, p. 16 e 18.

habilidade para autorreferenciar informações; iii) habilidade para manipular a informação relevante para a tomada de decisão; iv) habilidade para comunicar uma decisão”.<sup>48</sup>

Editado em 2017 na Irlanda, o *Sexual Act With Protected Person*, semelhantemente, previu expressamente os critérios de identificação da incapacidade de consentir num ato sexual, ao tipificar o delito de “Relação sexual com pessoa protegida”, no art. 21. Do item 7 do referido dispositivo, é possível extrair a seguinte norma explicativa:

(7) Para o propósito desta seção, uma pessoa carece de capacidade de consentir com um ato sexual se ele ou ela é, em razão da deficiência mental ou intelectual ou doença mental, incapaz de: (a) entender a natureza, ou as consequências razoavelmente previsíveis, desse ato, (b) avaliar informação relevante com o objetivo de decidir sobre se envolver ou não nesse ato, ou (c) comunicar seu consentimento para o ato pela fala, linguagem de sinais ou de outro modo [...].<sup>49</sup>

No direito brasileiro, a capacidade para consentir ao ato sexual é aferida através da locução “necessário discernimento”, constante no texto do art. 217-A do CPB/1940. O conteúdo desta expressão merece comentários adicionais.

Discernir (do latim *discernere*, de dividir, separar) significa “conhecer, avaliar, julgar, entender, estabelecer critérios, fazer distinção entre duas ou mais coisas”.<sup>50</sup> Discernimento, por sua vez, na acepção do direito, é a “faculdade de distinguir, medir e avaliar a extensão e os efeitos previsíveis do ato que se pratica, não importa que seja bom ou mau, lícito ou ilícito”.<sup>51</sup> Cezar Roberto Bitencourt pertinentemente observa que, faltando capacidade de discernimento, não há capacidade de autodeterminação, pois esta pressupõe aquela.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Assessing competence to consent to treatment. New York: Oxford University Press, 1998, p. 1 *apud* MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.), 2016, p. 748.

<sup>49</sup> Conforme tradução de Christiane Dias da Silva Amorim (AMORIM, Christiane Dias da Silva. **Direito à sexualidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. p. 45-46. No texto original: “(7) For the purposes of this section, a person lacks the capacity to consent to a sexual act if he or she is, by reason of a mental or intellectual disability or a mental illness, incapable of: (a) understanding the nature, or the reasonably foreseeable consequences, of that act, (b) evaluating relevant information for the purposes of deciding whether or not to engage in that act, or (c) communicating his or her consent to that act by speech, sign language or otherwise [...]”.

<sup>50</sup> MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 641.

<sup>51</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005. p. 268.

<sup>52</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 494. O autor frisa também, logo em seguida, a possibilidade de a capacidade de entendimento íntegra coexistir com a incapacidade de autocontrole, hipótese em que há consciência, mas não domínio dos atos (como ocorre, v. g., com os cleptomaníacos e exibicionistas sexuais).

O necessário discernimento, concebido pelo legislador nacional, perfaz-se numa satisfatória compreensão do sentido ético do ato sexual. Como apontam Maximiliano e Maximilianus Fuhrer:

Ao empregar a expressão normativa necessário discernimento, evidentemente não quis o legislador deixar o tipo à mercê de preceitos morais ou sociais ou da visão pessoais do julgador cececa da sexualidade. Por isso, é de se concluir que a elementar se refere à escolha da vítima pelo parceiro seguindo algum critério diverso do puramente instintivo. A histórica proteção legal do vulnerável, contida tanto no antigo como no novo texto indica que o necessário discernimento se liga também ao conhecimento das consequências sociais, morais e físicas que envolvem o relacionamento sexual. Assim, além da escolha com critério, deve o optante ter noção da possibilidade de gravidez, de contrair doenças sexualmente transmissíveis e da provável reprovação social envolvida.<sup>53</sup>

Entendemos que “necessário” implica suficiência. Logo, a capacidade de discernimento que não corresponda ao *standard* legal apresentado não se mostraria o bastante. Neste sentido, se o exame aponta para a incapacidade total ou capacidade parcial abaixo da necessária (insuficiente), configurada estaria a situação de vulnerabilidade sexual. Por outro lado, esta condição restaria afastada caso a capacidade se mostre total (situação ideal) ou parcial na medida ou acima da necessária (suficiente).

De qualquer sorte, na senda da lição de Nelson Hungria, replicada por diversos julgados de tribunais nacionais (v. TJMS: RT 620/342; TJMG: RT 706/346 e TJSP: RT 712/385 e 632/288), o entendimento jurídico majoritário considera imprescindível que esteja inteiramente abolida a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno do “alienado ou débil mental”.<sup>54</sup> Ou seja, havendo relativa compreensão ou volição em relação ao ato sexual, não haveria que se falar em estupro.<sup>55</sup>

A nosso ver, considerando a base principiológica do MSD, essa relativa capacidade abarcaria também a capacidade parcial abaixo da “necessária”. Seria insuficiente para atender a quantidade de racionalidade legalmente exigível, mas pode ser suficiente, concreta e minimamente, para exercer a autodeterminação sexual. O que importa, no final das contas, é que o processo volitivo que culmina no consentimento complete seu ciclo.

---

<sup>53</sup> FÜHRER, Maxmiliano Roberto Ernesto, FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal comentado**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p 400.

<sup>54</sup> HUNGRIA, 1947, p. 225. A vítima, nesta situação, precisaria ser devidamente resguardada, para não ser objetificada, em respeito à sua dignidade.

<sup>55</sup> Nesse sentido: “Considerando-a relativa está-se sinalizando para um discernimento mínimo para a relação sexual, desativando o comando existente no art. 217-A, § 1º (“não tiver o necessário discernimento para a prática do ato”)” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1155).

No capítulo final, retomaremos o tema, propondo a ressignificação da locução “necessário discernimento”. É preciso reinterpretá-la, harmonizando-a com o regime normado pela CIDPD e EPD.

#### 4.4 ABUSO SEXUAL

Compreendido o conteúdo da capacidade para consentir ao ato sexual, é possível estabelecer a distinção entre atos de violência e de abuso, de modo a definir, tecnicamente, a natureza das ações que comumente violam sexualmente os vulneráveis. Luiz Flávio Gomes, debruçando-se sobre o assunto, com base nos ensinamentos de João Mestieri, estabelece algumas premissas básicas importantes relativas ao *modus operandi* nos crimes sexuais:

- 1.<sup>a</sup>) Quando a vítima dissente a sua resistência é dobrada, vencida, seja pela violência real ou grave ameaça, estamos diante de um crime violento;
- 2.<sup>a</sup>) Quando a vítima não resiste nem consente, porque incapacitada de oferecer resistência (em virtude da idade, de debilidade mental, embriaguez, etc.) surge o crime sexual abusivo, que não é nem violento, nem voluntário (*crimen nec voluntarium nec violentum*);
- 3.<sup>a</sup>) Quando a vítima consente invalidamente também estamos diante de crime *nec voluntarium nec violentum*;
- 4.<sup>a</sup>) Por último, quando a vítima consente validamente, não há nenhum crime sexual (por se tratar de um ato *voluntarium*).<sup>56</sup>

Segundo o autor, enquanto a primeira hipótese retrata a violência sexual, a segunda e terceira configuram abuso sexual.<sup>57</sup> A agressão sexual se manifesta pela conduta do agente que se utiliza de violência física (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*) para fulminar a resistência da vítima e, assim, violá-la. Diferentemente, o abuso sexual ocorre “quando o agente, sem consentimento ou sem consentimento válido, aproveita-se sexualmente da vítima que não podia concretamente oferecer resistência”.<sup>58</sup>

Identificam-se, conforme a lição exposta, duas formas de se cometer crime de abuso sexual: a) quando a vítima consente invalidamente e b) quando a vítima não resiste, nem consente, porque incapacitada de oferecer resistência.

Para os efeitos do Código Penal, o consentimento, a que se refere o item “a”, pode ser encarado sob dois prismas: 1) Quando decorrente de circunstância pessoal da própria vítima, prevista em lei. Por exemplo, ser menor de 14 anos; 2) Quando configurado em face de engano

---

<sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. p. 131

<sup>57</sup> GOMES, 2001.

<sup>58</sup> GOMES, 2001, p. 133.

produzido por terceiro (vício substancial de consentimento). Em outras palavras, a aquiescência é inválida porque é embasada em deturpada percepção da realidade, provocada ou mantida dolosamente por outrem. Não houvesse sido posta nesse estado de erro, a vítima certamente não concordaria com o ato sexual.

Nas duas hipóteses acima, as vítimas têm potencial condição de oferecer resistência,<sup>59</sup> mas seu consentimento é considerado inválido. Não estivessem configuradas, transformariam os episódios em fatos atípicos.

Já no tocante à impossibilidade de oferecer resistência (item “b”), há mais duas condições: 3) Por decorrência de enfermidade ou com deficiência mental de pessoa que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual; e 4) Se a vítima, afora a situação mencionada no item anterior, completamente indefesa, está impedida física ou psiquicamente, de reagir ao abuso.

Em ambas situações o consentimento inexistiria, por absoluta incapacidade da vontade da vítima, aproveitando-se o abusador para violá-la sem maiores esforços.

Enquanto as hipóteses constantes nos itens 1, 3 e 4 dão ensejo à infração do artigo 217-A do estatuto punitivo, a que concerne ao item 2 se subsume nas elementares do crime de violação mediante fraude, previsto no artigo 215.<sup>60</sup>

Não obstante a distinção terminológica entre violência e abuso sexual feita acima, à qual aderimos, é possível encontrar outras proposições classificatórias. Lillian Ponchio e Silva, por exemplo, ao tratar do abuso sexual infantil, entende ser este gênero do qual são espécies a violência e a exploração (no contexto da qual estariam a prostituição infantil, a pornografia infantil, o turismo sexual e o tráfico para fins sexuais).<sup>61</sup>

No que toca à prevenção e repressão da violência e abuso sexual contra a PcD, são hercúleos os desafios. Dados indicam que chegam até a 70% os casos de abuso sexual de jovens com deficiência intelectual, majoritariamente ocorridos no espaço em que menos se espera que

---

<sup>59</sup> Em sentido contrário, vale destacar o entendimento esposado por Luiz Flávio Gomes quando da análise do antigo art. 224 do Código Penal, aplicável a norma atual, no sentido de que a expressão “por qualquer outra causa” induz a conclusão de que todas as hipóteses, incluindo idade e debilidade psíquica, referem-se à incapacidade de oferecer resistência (GOMES, 2001, p. 132).

<sup>60</sup> O crime de violação sexual mediante fraude, também conhecido como “estelionato sexual”, está previsto no art. 215 do estatuto penal, com o texto dado pela Lei 12.015/2009. Para mais detalhes, vide artigo de nossa autoria: ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. Da posse à violação sexual mediante fraude. O novo alcance do art. 215 do Código Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2241, 20 ago. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13361>. Acesso em: 2 dez. 2019.

<sup>61</sup> SILVA, Lillian Ponchio *et al.* **Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.

aconteçam, o intrafamiliar.<sup>62</sup> O mesmo ambiente que protege e acolhe pode, ambivalentemente, também ser um calvário de práticas violadoras. A vulnerabilidade das vítimas é manifesta neste contexto, sendo possível identificar os seguintes fatores que favorecem as ações:

As origens da vulnerabilidade das pessoas com deficiência frente a situações de violência estão nos seguintes fatores: sua invisibilidade na malha social, amplamente reconhecida pelas próprias pessoas, e também a presença da deficiência, que dá confiança ao agressor. Ele sabe que a denúncia, a descoberta do crime e a punição praticamente inexistem. Outra crença sobre a pessoa com deficiência, que aumenta sua vulnerabilidade social, relaciona a identificação do abuso sexual somente a meninas e mulheres com deficiência.<sup>63</sup>

Mulheres com deficiência, de fato, não são as únicas a sofrerem violações sexuais, mas a estatística em relação a elas, neste ponto, chama atenção. Estima-se que corram três vezes mais risco de serem estupradas que as mulheres sem deficiência.<sup>64</sup> Esta realidade é, inclusive, objeto de destaque no preâmbulo da CIDPD, onde se reconhece que mulheres e meninas com deficiência “estão frequentemente expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração”.<sup>65</sup>

As violências relacionadas ao gênero e à deficiência combinam-se, numa “dupla vulnerabilidade”.<sup>66</sup> Pela perspectiva dos estudos da interseccionalidade, não se pode negar a transversalidade das questões de gênero e deficiência, bem como de outras categorias vulnerabilizadas como raça, sexualidade, origem, classe social, etc., em que os integrantes são

---

<sup>62</sup> RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (coord.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 39 e 67.

<sup>63</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e reprodutivos na integralidade da atenção à saúde de pessoas com deficiência** Brasília: Ministério da Saúde, 2009a. p. 50.

<sup>64</sup> BRASIL, 2009a, p. 51.

<sup>65</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Presidência da República, [2009b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm). Acesso em: 01 mai. 2021

<sup>66</sup> Asseverando que a violência sexual também deriva da discriminação de gênero, vide o texto de Grasielle Vieira, Vanessa Lima, Juliana Rosendo e Laura Matos: “Reflexões sobre a cultura do estupro no Brasil” (*In* MARQUES, Verônica Teixeira; SPOSATO, Karyna Batista; LOURENÇO, Luiz Cláudio (org.). **Direitos humanos na democracia contemporânea velhos e novos embates**. Rio de Janeiro: Bonecker, 2018 (Direitos humanos na democracia contemporânea; v. 3), p. 192. Sobre a evolução dos significados atribuídos à expressão gênero, recomenda-se a leitura de: CHAKIAN, Sílvia. **A construção dos direitos das mulheres**: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 167-188.

postos em situação de desvantagem pelas relações de poder estruturadas na sociedade,<sup>67</sup> consoante visto na abordagem do capacitismo (v. 3.1, supra).

O que se convencionou chamar de “cultura do estupro” é produto da subalternização decorrente dessas relações de poder, favorecendo os abusos sexuais ocorridos, mediante a banalização, naturalização e aceitação social da prática da violência sexual, principalmente contra as mulheres.<sup>68</sup> Essa compreensão age, essencialmente, “como uma construção coletiva de pactos que ocultam e silenciam estes crimes”.<sup>69</sup>

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, do total de estupros (comuns e de vulnerável) notificados entre 2019 e 2020, em 86,9%, as vítimas eram do sexo feminino e o volume mais significativo das que eram do sexo masculino concentrava-se até os 9 anos de idade (ou seja, nos primeiros anos da infância, quando são completamente indefesas). Outro dado relevante é que 85,2% dos autores eram conhecidos das vítimas, em sua maioria esmagadora, 96,3%, do sexo masculino, muitas vezes parentes e outras pessoas próximas, o que torna qualquer denúncia mais difícil.<sup>70</sup>

A já citada Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), destinada ao combate da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, sensível a todas essas questões desviantes que envolvem familiares e pessoas próximas, deve ser lembrada como importante instrumento de combate neste frente.<sup>71</sup>

Outros textos também merecem menção especial pela regulação de proteção que apresentam, como a Declaração e Programa de Ação de Viena, emitido na II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos da ONU, ocorrida no ano de 1993, pela pioneira consignação expressa (nos parágrafos 18 e 38) da exigência de eliminação da violência baseada

---

<sup>67</sup> GESSER, Marivete; BLOCK, Pamela; MELLO, Anahí Guedes de. Estudos da deficiência: interseccionalidade, anticapacitismo e emancipação social. *In*: GESSER, Marivete; BÖCK, Geisa Letícia Kempfer; LOPES, Paula Helena Lopes (org.). **Estudos da deficiência: anticapacitismo e emancipação social**. Curitiba: CRV, 2020. p. 22.

<sup>68</sup> MARQUES; SPOSATO; LOURENÇO, 2018, p. 181.

<sup>69</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. 2021. Disponível em: <http://https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021. p. 111.

<sup>70</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 114. Observação: há que se considerar que os dados escondem uma enorme cifra negra (casos que não chegam ao conhecimento das autoridades) em razão da subnotificação típica destes tipos de crimes. Existe uma vasta realidade oculta ainda a ser descortinada.

<sup>71</sup> Para Grasielle Vieira, “A Lei Maria da Penha é um importante marco na luta contra a violência doméstica e a implementação dos seus três eixos mostra-se indispensável para a efetiva estruturação da rede de enfrentamento à violência contra a mulher. Esses três pilares da Lei: proteção à vítima, prevenção à violência e responsabilização do autor precisam ser estruturados de forma conexa e multidisciplinar” (CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **Grupos reflexivos para autores de violência doméstica: responsabilização e restauração**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2018. p. 211).



no sexo das pessoas e todas as formas de assédio e exploração sexual. Além disso, confira-se o tratamento proporcionado pela Convenção de Nova York para a prevenção contra a exploração, a violência e o abuso (compreendendo o sexual) contra as pessoas com deficiência, inscrito no art. 16, itens 1 a 5. Por derradeiro, o *caput* do art. 5º do EPD, em sintonia com as demandas convencionais, assinala que: “A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”.<sup>72</sup>

#### 4.5 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL<sup>73</sup>

Todo o conteúdo tratado neste capítulo serviu para embasar a análise que se fará neste momento. Chegou a hora de tratar do crime que, em tese, constituiria embaraço ao livre exercício da sexualidade para as PcD mental e intelectual, tendo em vista as restrições impostas.

A tipificação do estupro de vulnerável foi moldada com o objetivo de compensar a revogação expressa do polêmico artigo 224, que previa as hipóteses de violência ficta ou presumida através do seguinte enunciado: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

A presunção de violência, baseada no sofisma medieval forjado por Carpzovio do *qui volere non potuit, ergo noluit* (quem não pode querer, não pode consentir),<sup>74</sup> atribuía ao agente, através de ficção legal, um comportamento violento inexistente, fazendo-o responder, por extensão, pelas penas do estupro comum (art. 213, combinado com o art. 224) ou do, então vigente, atentado violento ao pudor (antigo art. 214, combinado com o art. 224), conforme houvesse conjunção carnal ou atos libidinosos, respectivamente.

Luiz Flávio Gomes defendia que a presunção era inconstitucional, por afrontar os seguintes princípios da Carta Cidadã: a) do fato, b) do *nullum crimen sine iniuria*, c) da culpabilidade e d) da presunção da inocência.<sup>75</sup> A violência presumida, especialmente em

---

<sup>72</sup> BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>73</sup> Atualizamos e aprofundamos, nesta oportunidade, a exposição feita em artigo publicado no ano de 2009, de nossa autoria: ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. O(s) novo(s) crime(s) de estupro. Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei nº 12.015/2009. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13307>. Acesso em: 2 dez. 2019.

<sup>74</sup> FÜHRER, M. R., e FÜHRER, M. C., 2010, p 399.

<sup>75</sup> GOMES, 2001, p. 128.

relação à idade da vítima, passou, com o tempo, a ser relativizada pela jurisprudência, a fim de afastar a responsabilidade penal objetiva propugnada pela corrente da presunção absoluta ou *Juris et de jure*. Assim, as decisões oscilaram, por décadas, entre essa e aquela tese, sem que se chegasse a um consenso.

Para por termo ao imbróglio jurídico, criou-se, por meio da Lei 12.015/2009, o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, passando-se a incriminar a conduta de:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput (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.<sup>76</sup>

O artigo trouxe ainda, nos parágrafos 3º e 4º, modalidades qualificadas do delito, de natureza preterdolosa, a saber: “§ 3º. se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º. Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.<sup>77</sup>

Introduzido recentemente pela Lei 13.718/2018, o parágrafo, 5º, determina, ao final da arquitetura típica, 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”.<sup>78</sup>

Bitencourt vaticina que o fundamento da incriminação do estupro de vulnerável reside “na *presumida incapacidade* do ofendido autodeterminar-se (e, conseqüentemente, de consentir) relativamente ao exercício da sexualidade”.<sup>79</sup> A autodeterminação, como visto alhures, é expressão da autonomia jurídica individual ou liberdade individual.

O bem jurídico protegido pela tipificação em comento é a dignidade sexual, uma vez que o abuso da condição de vulnerabilidade “coisifica” a vítima, “representa a transformação de uma pessoa em mero objeto ou brinquedo sexual”,<sup>80</sup> o que viola a dignidade humana. Por outro viés, o objeto jurídico também poderia ser a liberdade sexual, diante da localização

<sup>76</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>77</sup> BRASIL, 1940.

<sup>78</sup> BRASIL, 1940.

<sup>79</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 938.

<sup>80</sup> JORIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 181.

topográfica do artigo no capítulo I. Trata-se, independentemente da perspectiva adotada, de um crime de dano (exige resultado naturalístico de afetação do bem jurídico).

O sujeito ativo do delito, por inexigir atributos ou características especiais de quem pratica, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher. O passivo é a pessoa que se enquadra em alguma das modalidades de vulnerabilidade inscritas no tipo. Diferentemente do que ocorre com o estupro comum (art. 213), cujas vítimas estão mais preparadas para se defenderem, podendo cuidar melhor de si mesmas, os vulneráveis estão mais suscetíveis à subjugação.

O menor de 14 (quatorze) anos de idade é a primeira vítima listada no crime em tela (no *caput*), ante a falta de maturidade biológica, resultante do desenvolvimento mental incompleto. O que justificou sua inserção no rol dos vulneráveis foi a *innocentia consillii*, consistente em uma suposta “completa insciência em relação aos fatos sexuais” (cf. exposição de motivos do CPB/1940) até a véspera do décimo quarto aniversário do adolescente. Mesmo que consinta com o envolvimento sexual, sua vontade é considerada inválida, sem efeitos, conforme estudado.

O critério adotado nesta hipótese é apenas biológico, definido pelo rígido marco etário citado, que se prova sumária e objetivamente (ex.: Registro civil de nascimento). Se, por um lado, este parâmetro proporciona segurança jurídica, por outro, provoca irrisignação de muitos operadores do direito, principalmente quando fica evidenciado que o menor, não obstante tenha menos de 14 anos, demonstra, concretamente, consciência do sentido ético-jurídico da prática sexual. Critica-se, além disso, a manutenção desse patamar da idade legal, estabelecido há décadas (desde o remoto ano de 1940) e em dissintonia com o avanço dos costumes e do acesso à informação na atualidade.

De modo a apaziguar os acalorados debates sobre o assunto, um segmento doutrinário propõe a redução do marco etário da vulnerabilidade para 12 anos, idade que marca legalmente a passagem da infância para a adolescência, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).<sup>81</sup> A proposição se mostra razoável e merece ser acolhida, pois encontra um ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica e a proteção do salutar desenvolvimento das crianças.

Também é amparada pela lei a pessoa enferma ou com deficiência mental (ou intelectual, acrescente-se) que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual

---

<sup>81</sup> Neste sentido, dentre outros autores: Gomes (2001, p. 38), Nucci (2010, p. 102-103) e Jorio (2019, p. 205).

(§ 1º, primeira parte). As definições de enfermidade e deficiência mental, assim como os fundamentos da manifestação de vontade para o ato sexual, foram fartamente desenvolvidas linhas atrás, motivo pelo qual remetemos o leitor aos respectivos tópicos para mais detalhes.

Sobre a última hipótese vitimal, referente à impossibilidade de oferecer resistência (§ 1º, segunda parte), a situação é de total indefensabilidade, estando o ofendido(a) absolutamente impossibilitado física ou psiquicamente de reagir ao abuso, em caráter transitório ou permanente, como nos casos de “enfermidades, paralisias, síncope, desmaios, estados de embriaguez, etc.”.<sup>82</sup> Se a impossibilidade de resistência não for absoluta, mas relativa, há possibilidade de subsunção no crime de violação mediante fraude (art. 215 do CPB/1940).

Origina-se essa situação de vulnerabilidade de condição congênita ou adquirida (ex.: ser tetraplégico); por provocação de terceiro (ex.: estar inconsciente por ter sido narcotizado involuntariamente por alguém, como no caso de uso de “boa noite Cinderela”) ou, até mesmo, por ato da própria vítima (ex.: entrar em coma alcoólico após excessiva bebedeira com amigos). Houve aqui, assim como na hipótese anterior, a adoção do critério biopsicológico, exigindo-se perícia médico-legal para comprovação do grau de resistência.

Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, em todos os casos, é necessário que o(a) agente tenha com a vítima conjunção carnal (introdução completa ou incompleta do pênis na vagina) ou pratique outro ato libidinoso (ato lascivo cuja finalidade é a satisfação do prazer sexual do autor).<sup>83</sup> A produção do resultado é material (física) e instantânea (não se alonga no tempo).

Classifica-se, ainda, academicamente, o delito como doloso (dolo direto, não existindo modalidade culposa, apenas resultado culposo nas hipóteses restritas dos parágrafos 3º e 4º), comissivo (realizado mediante ação, admitindo-se a omissão imprópria), unissubjetivo (embora admita eventual concurso de pessoas), plurissubsistente (de execução fracionável em diversos atos, admitindo a possibilidade (rara) de tentativa) e de forma livre (qualquer tipo de ato libidinoso escolhido o configura). O *modus operandi* também é livre, sendo executado por qualquer meio eleito pelo autor: violência (real), grave ameaça, mediante fraude, consentimento obtido, etc.). Por último, destaque-se que a infração penal é rotulada como hedionda por estar mencionada na Lei 8.072/1990 (VI do art. 1º).

---

<sup>82</sup> MIRABETE; FRABBRINI, 2015, p. 1.560.

<sup>83</sup> São exemplos deste último: os coitos anal, oral (ex.: *fellatio*, *cunnilingus*, *anilingus*), entre partes do corpo (ex.: seios, vulva, coxas, axila), o beijo lascivo, a auto e a hétero masturbação, o toque em partes íntimas, etc. (HUNGRIA, 1947, p. 124).

Segundo dados do anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 73,7% dos crimes de estupro notificados, entre 2019 e 2020, foram contra vítimas vulneráveis, sendo que em 60,6% dessas ocorrências elas tinham até 13 anos de idade (a maioria é formada por crianças nas faixas de 10 a 13 anos (28,9%), de 5 a 9 anos (20,5%) e de 0 a 4 anos (11,3%)).<sup>84</sup> Os dados não especificam o percentual de ocorrências relacionadas às hipóteses do parágrafo primeiro.

Entendemos que a incriminação do estupro de vulnerável se mostra legítima, adequada e proporcional intervenção estatal, impondo limites à liberdade individual do vulnerável sem capacidade de autogoverno, para o seu próprio bem. A restrição se justifica principalmente em relação às crianças, cujo desenvolvimento físico e psíquico ainda pede um tempo razoável até atingir a adequada maturação, bem como àqueles que, de modo absoluto, não podem oferecer resistência.

Contudo, em relação ao PcD mental ou intelectual, o formato em vigor encontra-se desatualizado, uma vez que o Código Penal ainda reproduz o modelo biomédico, vinculando a vulnerabilidade sexual à aferição do discernimento. Além disso, a citada inserção do parágrafo 5º, em 2018, enseja retrocesso hermenêutico, incompatível com as conquistas advindas da Convenção de Nova York e do EPD. Explica-se.

A polêmica a respeito da responsabilidade objetiva não desapareceu com a revogação do art. 224, substituindo-se a discussão da admissibilidade da presunção de violência pela da natureza da vulnerabilidade (absoluta ou relativa).

Os julgados que adotaram a relativização da vulnerabilidade pela idade, logo após a alteração legal em 2009, mantiveram, em geral, os mesmos argumentos que antes desqualificavam a presunção absoluta de violência, relacionados “ao comportamento social ou sexual da vítima, sua experiência sexual, sua inocência ou virgindade”.<sup>85</sup>

Com o passar do tempo, ante a repercussão negativa de muitas absolvições de réus em alguns casos relativizados, que acabaram desprotegendo crianças e adolescentes em situação de risco, tratando-as como culpadas pelo abuso que sofreram, a jurisprudência resolveu consolidar a tese da vulnerabilidade absoluta, ensejando a edição da Súmula 593 pelo STJ, no ano de 2017, cujo texto é o seguinte:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da

---

<sup>84</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 110-117.

<sup>85</sup> BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra as mulheres**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2020. p. 185 e 194. Na obra, as autoras tecem severas críticas a esses argumentos, utilizados de forma distorcida em determinados julgamentos de tribunais, muitos dos quais sedimentados em perceptível preconceito e machismo.

vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.<sup>86</sup>

No ano seguinte, veio a lume a Lei 13.718/2018, com a pretensão de colocar um ponto final no assunto, em favor da tese mais rigorosa, ao introduzir o parágrafo quinto à redação do delito, mas, como se pode perceber, o acréscimo legal foi além da contemplação do menor de 14 anos, incluindo também (a nosso ver indevidamente) a pessoa enferma/deficiente mental.

Entendemos que o parágrafo em tela é inconstitucional/inconvencional por contrariar as bases principiológicas do art. 3º, alíneas “a” (respeito a autonomia individual) e “e” (igualdade de oportunidades), bem como o art. 19,<sup>87</sup> da CIDPD, haja vista encontrar-se o texto convencional incorporado ao bloco de constitucionalidade brasileiro, conforme as regras do parágrafo 3º do art. 5º da CF/1988 (vide 2.2.1., supra).

O impasse requer, portanto, uma interpretação desapegada da literalidade, que conforme o texto em vigor ao regime constitucionalizado do MSD, respeitando, assim, a hierarquia das normas e a coerência do sistema. Este esforço exegético será empreendido no último capítulo, quando da proposição de uma nova leitura dos parágrafos 1º e 5º do art. 217-A do CPB/1940.

---

<sup>86</sup> BRASIL. **Súmula 593**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017\\_46\\_capSumulas593-600.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

<sup>87</sup> Conforme o artigo 19: “Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade [...]” (BRASIL. 2009b).

## 5 A CONCRETIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELLECTUAL

Neste último capítulo é respondido o questionamento lançado na introdução, qual seja: relativamente ao exercício da sexualidade pelas PcD mental e intelectual, seria possível conciliar os fundamentos do direito, que conduzem à liberdade, com os óbices proibitivos, destinados a proteger a vulnerabilidade?

Segundo Flávio Tartuce, surgiram duas correntes doutrinárias diante das mudanças promovidas pelo EPD no CC/2002: a primeira as critica, propugnando que a dignidade das pessoas com deficiência deve ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade), e a segunda as aprova, elogiando o formato inovador de tutela da liberdade, evidenciada pelos objetivos de inclusão (dignidade-liberdade).<sup>1</sup>

Atecnias e falta de sistematicidade da reforma de 2015 provocaram, de fato, a sensação inicial de desproteção das pessoas deficientes mentais e intelectuais graves. A depender da interpretação feita, as alterações podiam, em algumas situações, até representar ameaça a seus interesses.<sup>2</sup>

Diante da necessidade de conformar as aparentes antinomias e lacunas às inovadoras diretrizes, os vários métodos de interpretação jurídica (semântico, sistemático, histórico, teleológico, integrativo e o progressivo, dentre outros) devem ser usados “para achar a melhor forma de aplicar a norma ao caso concreto, seja para garantir a autonomia da vontade e/ou proteção da pessoa com deficiência”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1373.

<sup>2</sup> Com o objetivo de resgatar a coesão do sistema, surgiu o Projeto de Lei do Senado 757/2015, o qual, dentre outros ajustes, propunha em sua redação inicial deslocar o atual inciso III do 4º para o II do artigo 3º, trazendo de volta os impossibilitados de exprimir vontade (hipótese, como explanado no tópico próprio, ressignificada para abranger os enfermos ou deficientes mentais sem discernimento) para o rol dos absolutamente incapazes. A proposta não pretende ressuscitar a previsão original do Código de 2002, apenas restaura o tratamento que seria mais adequado a um grupo de pessoas vulnerabilizadas que realmente necessita de um tipo de proteção mais acurada. Ao tramitar na Câmara de Deputados, o projeto recebeu substitutivo (PL 11.091/2018) com o intuito de aperfeiçoar o texto, preservando o sistema emancipatório de modo diverso do proposto pelo Senado. Mantém os impossibilitados de exprimir vontade no rol dos relativamente incapazes, acrescentando parágrafos que adequam o sistema de apoios e salvaguardas às necessidades das “pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos”. Estes são especificados no artigo 3º não pela condição pessoal de saúde (o que poderia ser interpretado como retrocesso social), mas pela restrição da capacidade legal de agir conforme a necessidade de cada caso.

<sup>3</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 426.

A despeito de posicionadas antagonicamente, uma em relação a outra, por parte de alguns estudiosos, acreditamos ser possível conciliar ambas as dignidades. Os comentários, a seguir, darão sustentação a esta afirmação.

## 5.1 RECONHECENDO A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELECTUAL: DESAFIOS REMANESCENTES

Encontrar o devido equilíbrio na elaboração das leis, evitando, dentro do possível, a afetação da liberdade (sempre excepcional), tem sido o grande desafio do legislador no Estado democrático de direito. Maria Celina Bodin de Moraes, a esse respeito, observa pertinentemente que:

A maior dificuldade do direito tem sido estabelecer um compromisso (pacto) aceitável entre valores fundamentais comuns, aqueles aptos a delimitar os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória pessoal, de seu projeto de vida.<sup>4</sup>

Em relação à pessoa com transtorno mental, essa dificuldade deita historicamente sobre a definição da proporcionalidade da intervenção na autonomia (privada e jurídica individual). Por muitos anos, o ordenamento permitiu que família e Estado, a pretexto de protegerem a vulnerabilidade dos enfermos e deficientes mentais, interferissem substancialmente neste campo, ignorando por inteiro suas manifestações volitivas, tidas, por ficção jurídica, como inválidas ou inexistentes.

Na visão dos defensores mais ferrenhos do intervencionismo, a total substituição da vontade seria garantia de menor exposição aos perigos da vida. No auge do modelo médico, essa mentalidade fomentou o afastamento e segregação nos famigerados manicômios, de modo sumário e sem maiores cautelas na aferição da real necessidade.<sup>5</sup> O rótulo de “incapaz”, firmado

---

<sup>4</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 75.

<sup>5</sup>Assim foi até o advento da lei 10216/2001, conhecida como “Lei da reforma psiquiátrica”, que dispõe sobre “a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”. Como aponta a doutrina especializada: “Nessa lei, há uma preocupação importante com a proteção dos direitos dos portadores de transtornos mentais, que devem ser assegurados sem qualquer forma de discriminação, reforçando o reconhecimento dos portadores desses transtornos como cidadãos, portanto, detentores de direitos civis que devem ser respeitados. A lei visa ao alcance da recuperação dos pacientes pela inserção na família, no trabalho e na comunidade.” (FORNAZARI, Christina; HIRATA, Edson Shiguemi; OLIVEIRA, Maitê Cruvinel. **Internações Psiquiátricas Involuntárias**. In: BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini (org.). **Psiquiatria forense**: interfaces jurídicas, éticas e clínicas. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2020. p. 115). A lei de 2001 mais adequadamente regulou os procedimentos administrativos e legais das internações psiquiátricas, prevendo três modalidades: voluntária (mediante consentimento expresso do paciente), compulsória (determinada pelo juiz)



no regime anterior, sonegava, dessa maneira, a agência, obstando a concretização das mais básicas situações existenciais.

Como visto, as alterações procedidas pelo EPD buscaram dissociar a correlação direta que se fazia entre a deficiência psíquica e intelectual e incapacidade, de modo a desburocratizar o exercício dos seus direitos civis, patrimoniais e existenciais. É, sem sombra de dúvidas, uma mudança de perspectiva revolucionária, que privilegia uma exegese que enaltece a autonomia, autodeterminação e liberdade de escolha.

Comparando passado e presente, é possível perceber uma notável evolução, o que nunca implicou inferir, automaticamente, a prescindência de acompanhamento e apoio em algumas situações. Mesmo nos casos extremados, que demandam a adoção de salvaguardas, houve a preocupação de preservar ao máximo os espaços de autonomia conquistados. Beatriz Capanema Young, nessa linha, aduz:

Ao instituir um sistema protetivo-emancipatório, estabeleceu que o amparo da pessoa com deficiência deve se dar por meio de apoio e salvaguardas e não pela restrição prévia à sua autonomia, devendo ser verificado, no caso concreto, em que medida esta necessita de especial proteção, a fim de tutelar de forma adequada sua condição de vulnerabilidade e sem tolher por completo o exercício de sua autodeterminação.<sup>6</sup>

Entretanto, apesar do valioso reconhecimento conquistado no plano normativo, a sociedade capacitista permanece preconceituosa em relação à aceitação da sexualidade da PcD mental ou intelectual, ora considerada infantilizada ou ausente (assexuada), provocando piedade, ora considerada exagerada (hiperssexualizada), provocando rejeição. Essas concepções estereotipadas terminam por atrapalhar o exercício da autodeterminação sexual dos a que têm. Neste sentido:

Vencer o preconceito é o primeiro passo para a institucionalidade das ações nessa área específica. A sexualidade das pessoas com deficiência, em geral, ou é vista como não existindo, isto é, seres assexuados que não sentem quaisquer necessidades sexuais ou, em outro extremo, seres com comportamentos sexuais exagerados que necessitam ser

---

e involuntária (autorizada por médico a pedido de terceiro, geralmente um familiar). Hoje a internação involuntária a ser excepcional se prega o abandono paulatino da institucionalização.

<sup>6</sup> BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 186. Vide também: “Trata-se de proteger a dignidade humana de um grupo que exige especial proteção da lei em função da evidente vulnerabilidade, de modo a preservar o humanismo existente, possibilitando o exercício de autonomia, ainda que esta não seja total em função de situações da vida. [...] Compreende-se que possa haver limitações na capacidade de discernir e compreender o mundo, porém não há razões para aniquilar qualquer possibilidade de expressão da vontade, como se fosse um ser sem vida, um objeto” (FLEISHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo/>. Acesso em: 10 jun. 2021. p. 7-8).

controlados. Estas são ideias equivocadas que permeiam o pensamento, o senso comum, a cultura de pais, mães, professores, profissionais de saúde que atendem, que vivem, que convivem com pessoas com deficiência. Isolados em casa ou em instituições especializadas, as pessoas com deficiência acabam se tornando estrangeiros em seus corpos e em sua sexualidade. Os pais, ao isolar seus filhos na tentativa de protegê-los contra frustrações amorosas, muitas vezes contribuem para a perpetuação da lógica de exclusão.<sup>7</sup>

Os maiores desafios são encontrados na busca pela consolidação dos direitos de decidir livremente sobre a sexualidade, de ter controle sobre seu próprio corpo e de ter a prática sexual desvinculada da gerência do Estado.

Se a vida sexual entre PcD psíquicos é socialmente aceita, o mesmo não se pode dizer quando a relação se dá com alguém não deficiente intelectual. Não raro vista como perversão, há também o forte receio de abusos, daí porque muitos curadores agem como ferrenhos guardiões da intimidade de seus protegidos, obstando a comunhão carnal entre os “diferentes”. Perpetuam-se, assim, os mitos da infantilização e da incapacidade da PcD de “despertar desejos em outros, de construir relações amorosas e sexuais estáveis e de usufruir do sexo”.<sup>8</sup>

Num país de tradição cristã, como o Brasil, o fato de o sexo ainda ser tratado como tabu, associado ao pecado, algo a ser escondido pelas exigências de pudor, do controle moral,<sup>9</sup> dificulta ainda mais a naturalização dessas relações. Exemplos felizes de aceitação social como o da primeira união civil entre uma mulher “interditada”, sob o regime anterior, com seu antigo companheiro, tido como capaz (citado em 3.3, supra), não são tão comuns de se ver na prática, como deveriam.

Nessa conjunção, as mulheres com deficiência mental e intelectual, historicamente, estão mais passíveis de privações na realização de escolhas no campo sexual. Isto porque a

---

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **I seminário nacional de saúde: direitos sexuais e reprodutivos e pessoas com deficiência**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 21.

<sup>8</sup> SOUZA, Ana Clara das Chagas; MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa. O exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por mulheres com deficiência mental ou intelectual no Direito brasileiro. **Oikos: família e sociedade em debate**, Viçosa, v. 32, n. 2, 01-25, 2021. p. 18.

<sup>9</sup> Para Foucault, “O sexo é reprimido, isto é, fadado à proibição, à inexistência e ao mutismo” (FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade do saber**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 11). Segundo o renomado filósofo, “a história da sexualidade, se quisermos centrá-la nos mecanismos de repressão supõe duas rupturas. Uma no decorrer do século XVII: nascimento das grandes proibições, valorização exclusiva da sexualidade adulta e matrimonial, imperativos da decência, esquivia obrigatória do corpo, contenção e pudores imperativos da linguagem; a outra, no século XX; menos ruptura, aliás, do que inflexão da curva: é o momento em que os mecanismos de repressão teriam começado a afrouxar; passar-se-ia das interdições sexuais imperiosas a uma relativa tolerância a propósito das relações pré-nupciais ou extramatrimoniais; a desqualificação dos perversos teria sido atenuada e sua condenação pela lei, eliminada em parte; ter-se-iam eliminado em grande parte os tabus que pesavam sobre a sexualidade das crianças” (FOUCAULT, 2020, p. 125).

sociedade, além de capacitista, também é machista, estabelecida debaixo de relações de dominação e submissão.<sup>10</sup>

É curioso que a quase totalidade das denúncias de abuso sexual no sistema de justiça criminal tenham mulheres como vítimas (mais detalhes em 4.4, supra). Das notícias de delitos sexuais que qualificam a mulher com algum transtorno mental como sujeito passivo de estupro de vulnerável, nem todas são, de fato, violações à dignidade sexual, nos estritos termos da lei penal. Ainda assim, denúncias açodadas continuam a ser feitas, o que revela, no fundo, uma tutela da pureza e castidade da mulher com deficiência (um “anjo”), com bases paternalistas exacerbadas que obstaculizam o exercício da sexualidade.<sup>11</sup>

O homem com déficit intelectual, por outro lado, recebe maior complacência ao ter relações sexuais, as quais são simplesmente toleradas ou festejadas como grandes feitos.<sup>12</sup> A ampla subnotificação de casos de abuso sexual que envolvem adultos do sexo masculino, formando uma enorme cifra negra que sequer chega a ser apurada, é um indicativo dessa realidade. Quando, entretanto, as dificuldades de discernir entre afetividade, sensualidade e genitalidade exteriorizam práticas sexuais tidas como socialmente inadequadas, é visto como potencial abusador (uma “fera”), a partir de um conjunto de representações de monstruosidade e anormalidade.<sup>13</sup>

Estes estigmas marginalizantes, em relação a ambos os gêneros, normalmente provém de ignorância e desinformação sobre aspectos do desenvolvimento dessas pessoas.

---

<sup>10</sup> “O modelo de comportamento feminino construído no período pós-revoluções liberais reservou às mulheres a submissão a regras morais rígidas de recato e controle social e sexual, limitando sua possibilidade de existência à manutenção da virgindade, dedicação ao casamento, ou a vida no convento” (CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 176 e 336). E mais: “Seguindo, pois, a ordem das coisas derivada de uma forma de compreensão falocêntrica do mundo, o espaço do público é um espaço dominado pela cultura patriarcal, repressora, que leva à submissão do padrão feminino, e na base desta cultura, se encrustam formas de controle do comportamento centradas na ordem do masculino. O espaço público é o espaço das relações de trabalho – ocupadas em geral pelo predomínio dos homens – e, portanto, o espaço da coordenação das ações na base do direito” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 699).

<sup>11</sup> Sobre a opressão estrutural e sistêmica que o patriarcado exerce na história familiar, vide: CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **Grupos reflexivos para autores de violência doméstica: responsabilização e restauração**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2018. p. 19. Conferir também Chakian (2020, p. 176) e a “histerização do corpo da mulher”, em Foucault (2020, p. 113).

<sup>12</sup> No popular filme norte-americano “Forrest Gump: o contador de histórias”, o protagonista, Forrest Gump (Tom Hanks), PcD intelectual, numa cena romântica, mantém relações sexuais com Jenny Curran (Robin Wright), sua paixão desde a infância. O público tende a torcer pelo personagem principal a cada superação e raramente (ou nunca) questiona sua suposta vulnerabilidade sexual por ter praticado sexo com uma pessoa não deficiente, o que, talvez, explique-se pelo fato de ser homem. (FORREST Gump: o contador de histórias. Direção de Robert Zemeckis. EUA: Paramount Pictures, 1994. 1 DVD (142 min)).

<sup>13</sup> BRASIL, 2010, p. 128.

A educação sexual preventiva é aliada crucial para a reorientar práticas e minimizar as chances de desvios. Sejam direcionados à PcD, sobre limites sociais de comportamento e habilidades de autoproteção contra potenciais abusos, sejam aos seus apoiadores, que terão a oportunidade de desmistificar tabus e medos, os esclarecimentos repercutem positivamente na qualidade de vidas de todos os envolvidos. O acompanhamento profissional pode ser salutar nesse processo e qualificá-lo ainda mais.

A mediação para promover a inclusão afetiva das PcD intelectual também deve ser fomentada. Fábio Puhlmann Digirolamo discorre sobre as atitudes essenciais que se devem implementar nesse sentido, proporcionando o aumento da autoestima e do potencial para viver a sexualidade:

A pessoa com deficiência intelectual necessita que os pais, os educadores e os terapeutas sexuais utilizem mediações pedagógicas para educação sexual, indiquem acessórios e recursos sexuais para masturbação daqueles que não conseguem ter relacionamentos. E principalmente o fomento de uma rede de apoios para o relacionamento afetivo sexual.<sup>14</sup>

Os debates na França estão tão avançados a esse respeito que lá atualmente se discute a legalização da assistência sexual (com recurso à prostituição) e a viabilização do exercício da sexualidade das pessoas que vivem em instituições.<sup>15</sup>

Observadas as potencialidades e necessidades individuais dos que têm capacidade de autodeterminação, há que se permitir uma vida sexual plena e saudável, sem discriminação ou preconceitos. As práticas enunciadas viabilizam a sexualidade como parte do desenvolvimento humano. Devem ser afastados, nessa trilha, os sedutores discursos do paternalismo e moralismo autoritários, ou discriminatórios do capacitismo, que só conseguem enxergar potenciais vítimas ou abusadores. Vedar o exercício da sexualidade à PcD mental/intelectual, pura e simplesmente, seria infligir uma arbitrária condenação à abstinência por toda vida.<sup>16</sup>

A intervenção sobre a dignidade-liberdade, não se pode olvidar, só deve ocorrer em último caso, concretamente aferida a real necessidade do recurso à heteronomia. É fundamental,

---

<sup>14</sup> BRASIL, 2010, p. 43.

<sup>15</sup> AMORIM, Christiane Dias da Silva. **Direito à sexualidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. p. 36.

<sup>16</sup> Nesse sentido, “Negar o direito à vida sexual implica em negar a natureza humana dessa pessoa e, consequentemente, todos os seus demais direitos. O direito a viver a sexualidade é tão fundamental e universal quanto o direito à vida. Contudo, para a vivência e a expressão da sexualidade, no caso das pessoas com deficiência, há que se reconhecer especificidades e garantir condições ou suportes que se façam necessários” (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e reprodutivos na integralidade da atenção à saúde de pessoas com deficiência**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009a. p. 14).

portanto, distinguir o tratamento conferido à PcD mental ou intelectual apta a exercer seus direitos sexuais (capaz de consentir) do dado à absolutamente impossibilitada de exercê-los por questões de saúde insuperáveis (vulnerável). Nesse sentido:

Em face do atual quadro jurídico, seja no campo cível, seja no penal, cabe ao operador do direito e ao jurista distinguir aquele que age realmente como sujeito, independente de sua condição de saúde mental, daquele que age submisso, subjugado ou submetido pela vontade alheia, muitas vezes maliciosa e prejudicial. O primeiro deve ter sua condição de pessoa, de ser humano capaz, respeitada e reconhecida. O segundo, para que tenha essa mesma condição reconhecida e respeitada, necessita de especial assistência, representação e proteção, o que justifica a curatela, incriminações especiais como o ‘Estupro de Vulnerável’ [...], bem como toda uma gama de instrumentos que sejam capazes de produzir uma situação de igualdade material para além da declaração formal de igualdade. Afinal, como bem afirma Hans Jonas, é preciso adotar um ‘*princípio rigoroso*’, segundo o qual ‘*o absoluto desamparo exige a absoluta proteção*’.<sup>17</sup>

A tutela da dignidade sexual do vulnerável, como visto alhures, não pode ser considerada uma interferência arbitrária ou ilegal no âmbito da intimidade.<sup>18</sup> A restrição excepcional da autonomia sexual, nesta hipótese, já foi devidamente justificada e, diante de todas as considerações emancipatórias expostas até aqui, precisa ser “recalibrada” para que se adeque às diretrizes do MSD em vigor. Deve-se realizar uma releitura do crime de estupro de vulnerável, para atualizar os limites da intervenção estatal, nos casos que a justifiquem. Uma reflexão se faz necessária, nesse sentido, para que se rompa com a visão demasiado restritiva ainda assentada na prática do dia a dia dos operadores do direito. De forma a cumprir esse desiderato, será proposta, a seguir, uma renovada exegese do alcance típico do crime de estupro de vulnerável em relação à PcD mental/intelectual.

---

<sup>17</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de Vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 103-104.

<sup>18</sup> O art. 22.1 da Convenção de Nova York, ao tratar do respeito à privacidade, descreve que “Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, estará sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar, [...]”, conferindo, ao final, o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Presidência da República, 2009b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm). Acesso em: 01 maio 2021).

## 5.2 UMA RELEITURA DOS PARÁGRAFOS PRIMEIRO E QUINTO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONGLOBANDO AS LEIS CIVIL E PENAL

No que pertine à dimensão protetiva da dignidade, teriam a mudanças realizadas pelo EPD na teoria das incapacidades do direito civil (com destaque para a introdução do art. 6º) repercutido sobre a criminalização do delito de estupro de vulnerável? Antes de responder, algumas considerações precisam ser tecidas.

De acordo com Eduardo Cabette e Bianca Cabette, as alterações promovidas pela citada lei no campo civil não têm necessariamente efeitos sobre o âmbito criminal, tendo em vista que os critérios para aferição de capacidade em cada uma das searas são diversos.<sup>19</sup> Um bom exemplo da independência dos campos está no fato de que a maioria civil, atingida aos 21 anos no regime do CC/1916, nunca ter interferido na maioria penal, alcançada aos 18 anos, consoante o CPB/1940. Outra amostra pode ser extraída da redação do art. 2.043 do CC/2002, segundo a qual não houve afetação da vigência das disposições penais, em relação à hipótese nele expressa, quando entrou em vigor a atual codificação civil.

É bem verdade que a construção da teoria da inimputabilidade penal esteve atrelada à da incapacidade do direito civil, como alerta Karyna Sposato,<sup>20</sup> havendo semelhanças evidentes entre elas. Contudo, isso não significa uma porta aberta à transposição de conceitos de forma irrefletida.

Ante estas considerações, a primeira conclusão vinda à mente é de que o EPD não teve o condão de impactar a norma penal. Pensamos diferente. Observado, por óbvio, o princípio da especialidade, nessa temática há pontos de contato entre as searas que, ao que nos parece, vem sendo ignorados até o momento. Enquanto civilistas não ultrapassam a análise da capacidade civil, penalistas têm se preocupado apenas em sustentar a continuidade da validade do art. 217-A do CPB/1940 ante o EPD.

Respeitados os rigores dogmáticos de cada área, é preciso tratar o ordenamento como um autêntico sistema unitário, “isto é, sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio [a norma fundamental, ou seja, a Constituição] que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo”.<sup>21</sup> Afinal, o Direito objetivo:

---

<sup>19</sup> CABETTE, E.; CABETTE, B., 2018, p. 89. Para os autores, no direito civil é o discernimento, enquanto no penal o político-jurídico.

<sup>20</sup> SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal dos adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157.

<sup>21</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 140.

(...) não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em dependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo.<sup>22</sup>

O ordenamento deve, por isso mesmo, ser coeso e não formado por ilhas incomunicáveis que, nos respectivos espaços, tratam a mesma realidade de formas diversas, beirando a esquizofrenia.

Sob essa perspectiva, defendemos o impacto das mudanças promovidas pelo EPD sobre a arquitetura protetiva criminal, buscando estabelecer uma interpretação que admita conjugar as leis civil e penal, sem derrogar-lhes os núcleos essenciais (autodeterminação, na primeira, e tutela da vulnerabilidade, na segunda).

No fim do capítulo anterior, foi dito que a Lei 13.718/2018, com o fito de encerrar a polêmica sobre a possibilidade de relativizar ou não a vulnerabilidade da vítima descrita no *caput* do crime de estupro de vulnerável, optou pela consolidação da tese de que é absoluta, ao introduzir o parágrafo quinto à redação do 217-A do Código Penal, extensível aos parágrafos 1º, 3º e 4º. Pela letra fria da mencionada passagem, as referidas pessoas não podem praticar sexo, ainda que queiram, salvo se superadas as circunstâncias especiais descritas no tipo penal.

Essa previsão afeta a PcD mental ou intelectual, desconsiderando eventual capacidade de consentir que não atenda ao padrão de discernimento exigido pelo legislador penal, em descompasso com o art. 6º do EPD, que incentiva a autonomia no gozo dos direitos existenciais, sendo o alusivo ao exercício da sexualidade humana um deles. O parágrafo quinto, ao impedir qualquer discussão sobre a relativização da vulnerabilidade na hipótese aventada, está-lhe subtraindo a chance de uma vida sexual ativa e regular. Em crítica generalizada ao dispositivo e às limitações que impõe, Israel Domingos Jorio comenta:

A opção político criminal é péssima. Mas, diante da clareza da redação, e do pano de fundo político-ideológico que lhe deu causa, as mãos do intérprete estão atadas. Será? Entendemos que intérpretes e aplicadores do direito devem ser críticos a ponto de insistir na possibilidade de se afastar a incidência do tipo em casos, em que, concretamente, não se identificar lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. É claro que o aplicador deve fazê-lo mediante o manuseio de institutos e ferramentas jurídicas, baseando-se em argumentos de índole sistemática e principiológica.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 105.

<sup>23</sup> JORIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 202.

Concordamos com o citado autor e defenderemos, relativamente à PcD, a necessária abertura à relativização com base nos argumentos a seguir apresentados.

Detectada a Antinomia jurídica aparente pela existência de dois regimes incongruentes entre si (EPD x CPB), é necessário sanear a inconsistência do sistema, reestabelecendo sua cabal e coerente unidade. Objetiva-se, com isso, propor uma interpretação doutrinária dogmática que atinja um sentido válido para todos os envolvidos no processo comunicativo normativo.<sup>24</sup>

Nessa empreitada, a teoria da tipicidade conglobante (o que soma/reúne/concentra), desenvolvida pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, pode ser invocada para estabelecer uma exegese razoável. Segundo suas lições, numa ordem normativa não se proíbe o que outra norma ordena ou fomenta. Afinal, “Se isso fosse admitido, não se poderia falar em ‘ordem normativa’, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas”.<sup>25</sup>

Diante desse quadro, exige-se que tipicidade penal contenha uma proibição imbuída da necessária relevância penal, de modo que, considerada conglobadamente com ordenamento, ainda se sustente.<sup>26</sup> A tipicidade conglobante, agindo como um corretivo da tipicidade legal (ou formal), serve, acima de tudo, para esclarecer o alcance dos tipos penais, os quais, em alguns casos, podem ser esvaziados (atipicidade) ou revelar um âmbito de proibição menor do que o texto aparenta.

No caso do estupro de vulnerável, cujo bem jurídico da dignidade sexual, fora de quaisquer dúvidas, tem elevada relevância penal, há uma tipicidade legal que presume a incapacidade de autodeterminação sexual das pessoas com deficiência mental e intelectual desprovidas de discernimento, que precisa ser conglobada às normas do EPD, as quais fomentam o exercício dos direitos sexuais das mesmas pessoas, outorgando-lhes capacidade plena para tanto.

---

<sup>24</sup> “O que se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um sentido válido não meramente para o texto normativo, mas para a comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade” (FERRAZ JÚNIOR, 2019, p. 213).

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. p. 496.

<sup>26</sup> Segundo o autor, “a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação da formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 415 e 496).



Acreditamos que o ponto nodal do problema reside principalmente na interpretação que se deve dar à locução “necessário discernimento”, expressa na lei penal,<sup>27</sup> diante dos influxos normativos do regime emancipatório (civil) instalado.

Nesse passo, cremos se deva associá-la à incapacidade da expressão da vontade, ou seja, a “absoluta impossibilidade de interação e comunicação por qualquer modo, meio ou formato adequado”,<sup>28</sup> operando-se a mesma lógica que vinculou, no CC/2002, “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento” (extinto inciso II do art. 3º) à incapacidade (relativa) daqueles “que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (inciso III do art. 4º), conforme corrente sustentada no segundo capítulo.

Inúmeras pessoas com deficiência intelectual possuem habilidades suficientes para tomarem decisões sobre o exercício da própria sexualidade. Essa decisão, no entanto, precisa sair da subjetividade do consenciente e ser externada, para que não restem dúvidas sobre a existência de consensualidade. Se há óbice intransponível à comunicação da vontade, deve-se presumir a negativa da adesão à prática sexual, o direito de nela não se envolver (dimensão negativa/estática da liberdade sexual).

Seguindo o raciocínio desenvolvido, a PcD mental/intelectual passa a ser tida como vítima de estupro de vulnerável na hipótese em que a afetação de seu discernimento for de tal monta que a impossibilite totalmente de exprimir sua vontade. Fora dessa configuração, à revelia da restrição do parágrafo quinto, o consentimento formado, ainda que abaixo dos padrões vigentes (como ocorre com a capacidade parcial abaixo da necessária), e que possa ser expressado por qualquer meio ou formato (verbal, sinais, expressões faciais, escrita, uso de tecnologia assistiva, etc.), merece acolhida.

Essa interpretação é, inclusive, coerente com a “habilidade para comunicar uma decisão”, o quarto elemento que compõe a capacidade de consentir, conforme o modelo proposto por Paul Applebaum e Thomas Grisso (vide 4.3, supra).

A inabilidade para comunicar a vontade é sempre empírica e casuística. Em observância ao critério biopsicológico aplicável, apenas o caso *in concreto* permite identificar fidedignamente a qualidade desta valoração, não sendo devido presumir a limitação a partir da

---

<sup>27</sup> Quando da análise da manifestação de vontade para o ato sexual (v. 4.3, supra), foi defendido o entendimento de que a expressão “necessário”, para a atual configuração da capacidade de discernimento, exigiria suficiência. A capacidade parcial abaixo da necessária seria, nesse contexto, inadmissível.

<sup>28</sup> ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.744 *apud* CABETTE, E.; CABETTE, B., 2018, p. 93.

gravidade da enfermidade ou deficiência psíquica. Assim, a perícia médica é imprescindível, não sendo possível partir de padrões biológicos preestabelecidos, nem recorrer a outros meios como testemunhos ou atestados genéricos.<sup>29</sup> Deve-se levar em consideração, no exame, o conjunto de fatores pessoais e de experiências externas, tais como “gênero, idade, status socioeconômico, apoio familiar, educação, sexualidade, preferências, etnia e herança cultural”, que podem interferir substancialmente no modo como a pessoa responde às limitações psíquicas e/ou intelectuais, podendo cada indivíduo desenvolver competências e habilidades particulares.<sup>30</sup>

A exceção se verificaria quando a PcD mental/intelectual tenha menos de 14 anos de idade, em observância ao *caput* do artigo 217-A, devendo prevalecer, por uma questão de congruência, o critério etário. Com 14 anos ou mais, ainda que tenha idade mental abaixo dessa faixa, se o adolescente, jovem ou adulto deficiente intelectual é capaz de se autodeterminar, conforme os parâmetros acima explicitados, não deve ser etiquetado vulnerável sexual.<sup>31</sup>

Como é possível constatar, a operação hermenêutica levada a efeito revela que a tipicidade penal do crime de estupro de vulnerável sofreu reflexos em seu alcance proibitivo, ao menos parcialmente. Tendo em vista os impactos do EPD, esse alcance precisou ser reorientado para respeitar os princípios da autonomia e igualdade material da CIDPD. Diante do aparente conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, foi

---

<sup>29</sup> É importante alertar, nesse ponto, que as conclusões médico-legais que apontam os graus profundo e moderado de deficiência mental como configuradores da inimputabilidade, e o leve, da semi-imputabilidade, não servem como parâmetro comparativo para a classificação da vulnerabilidade sexual.

<sup>30</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 605-606.

<sup>31</sup> Entendido como mínimo exigível o discernimento proporcionado pela faixa etária média de 14 anos (referência esta defasada, consoante criticado antes), uma PcD intelectual, na prática, jamais poderia viver sua sexualidade, afinal, conforme visto no tópico 2.4, de acordo com a graduação do retardamento, as idades mentais são: de 7 a 12 anos – leve, de 3 a 7 anos - moderado, até 3 anos - grave. Enquanto a criança conclui os desenvolvimentos físico e psíquico na maturidade, a PcD intelectual conclui só o primeiro. Em outras palavras, a criança, ao crescer, supera o desenvolvimento mental incompleto, já a PcD intelectual não. No sentido de que é um equívoco associar o desenvolvimento cognitivo de uma PcD a uma determinada idade mental para fins de se verificar se esta poderia consentir com a prática de ato sexual, vide: “[A] referência à idade mental para dizer que algumas pessoas com deficiência poderiam ser comparadas cognitivamente a crianças se coaduna com o modelo paternalista, pois enxergá-las com a ingenuidade de uma criança justifica uma maior proteção delas em detrimento do reconhecimento da sexualidade” (AMORIM, Christiane Dias da Silva. **Direito à sexualidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. p. 80).

adotado o critério mais favorável ao ser humano (*pro homine*), em que se buscou o maior proveito com o menor sacrifício.<sup>32</sup>

A proposição conglobada se mostra compatível com a tutela da vulnerabilidade, protegendo devidamente os fragilizados em situação extrema, ao mesmo tempo em que abre espaços de liberdade que a literalidade da norma penal, tal como posta, não permite. Os princípios da presunção de capacidade e da intervenção mínima na autonomia são levados em conta para garantir o exercício do direito à vida sexual. Essa é a interpretação que, a nosso ver, melhor concilia o tipo penal em vigor com a cláusula de capacidade do art. 6º do EPD.

O parágrafo quinto do crime de estupro de vulnerável, por padecer de vício de inconstitucionalidade/inconvencionalidade material (de conteúdo), conforme defendido no capítulo anterior, deve receber interpretação que admita a relativização da vulnerabilidade sexual na parte que toca à PcD (§ 1º). Uma solução razoável, para não comprometer a integralidade do dispositivo, seria, adotando o princípio da parcelaridade, dar interpretação conforme, com ou sem redução de texto, ao citado parágrafo, para expurgar a referência expressa ao § 1º no parágrafo quinto, de forma que apenas a hipótese do *caput* do art. 217-A permaneça alvo da restrição maior.

Antes de concluir, vale registrar a existência do Projeto de Lei n. 1.213/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende alterar a redação do parágrafo primeiro do art. 217-A do Código Penal para prever a seguinte redação, conforme subemenda substitutiva na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

§1º. Incorre no mesmo crime quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, esteja impossibilitada de se autodeterminar para consentir na prática do ato, e o agente conhecia e se aproveitou dessa circunstância, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.<sup>33</sup>

Na justificativa do projeto, destaca-se a necessidade de suprimir o “discernimento” da aferição da vulnerabilidade, substituindo-o pela “manifestação da vontade”. Embora o

---

<sup>32</sup> Sobre o critério *pro homine*, assevera Flávia Piovesan: “prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às vítimas é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito internacional e o Direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana” (PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 86-87).

<sup>33</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.213/2011 e seus apensados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/500200>. Acesso em: 24 nov. 2021.

discernimento seja etapa prévia da autodeterminação, o elemento cognitivo não mais constituiria a referência do exame pericial. Como visto ao longo do presente estudo, o referido critério biomédico é legalmente indesejado pelo EPD, sendo retirado do Código Civil para desassociar deficiência de incapacidade e assim fomentar o viés das autonomias privada e existencial. A mesma lógica precisa ser seguida na sede penal. Ademais, para o Deputado Carlos Bezerra, autor do projeto original:

De fato, o discernimento diz respeito a questões racionais, conscientes, vinculadas à lógica do pensamento e do julgamento, sobre as quais há reflexão. Nos aspectos relacionados à sexualidade, embora possam passar pelo crivo do discernimento, as questões instintivas e relacionadas à pulsão, que norteiam a vontade, podem ter predominância sobre a racionalidade e estão presentes tanto em pessoas consideradas normais, quanto naquelas que possuem deficiência ou transtorno mental. A emergência da demanda sexual é imperiosa, traduzindo realidade da esfera animal, irracional, presente, portanto, em todos os seres animais.<sup>34</sup>

A observação é pertinente, pois o foco no discernimento sempre dificultou a inclusão dos que não tinham a exata compreensão das coisas do sexo e suas consequências idealizada pelo legislador de 2009.<sup>35</sup> A simplificação para que baste a aptidão de autogoverno para validar o envolvimento na prática sexual é bem-vinda, tecnicamente superior e se mostra ainda mais afinada aos propósitos do MSD. Resta esperar o fim da tramitação da proposta no Congresso Nacional para saber se vingará.

Diante de tudo que foi dito, é lamentável perceber que na seara criminal não se verifique maiores esforços no sentido de tentar arejar a exegese arcaica e paternalista que ainda paira sobre o assunto. Algo poderia ser diferente, fossem aplicados os moldes que ampliam o espaço de autonomia individual da PcD mental ou intelectual. O efeito, em relação ao delito de estupro de vulneráveis, seria a redução de ações penais promovidas, assim como absolvição de diversos réus processados.

Entretanto, o que se observa na prática é que o sistema de justiça criminal (formado principalmente pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), recorrentemente, negligencia a aferição devida da capacidade para consentir ao ato sexual, promovendo condenações de suspeitos apenas com base em aparência, testemunhos e documentos médicos que atestam simploriamente a gravidade do transtorno mental da suposta vítima. A injustiça é

---

<sup>34</sup> BRASIL, 2011.

<sup>35</sup> “Pois quando se fala em discernimento há a cobrança de um grau de compreensão muito alto para as pessoas com deficiência poderem exercer sua sexualidade, algo que não é equivalente para as pessoas sem deficiência. O que fere o Princípio da Isonomia entre elas.” (AMORIM, 2019, p. 78).

enorme, tanto pelo encarceramento de eventuais inocentes, como pela privação de muitas pessoas aptas a exercerem os seus direitos sexuais.

Por que também não aplicar em sede de ações penais a perícia biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar (com participação de psicólogo e assistente social), como exigido nos processos de curatela? Certamente, o resultado deste exame traria ao julgador maior margem de segurança no tocante ao estado de eventual vulnerabilidade sexual, em vista da qualificação do levantamento dos fatores socioambientais, psicológicos e pessoais. A possibilidade desse recurso na atual conjuntura seria viável, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal, que consigna o recurso à interpretação extensiva e aplicação analógica. Contudo, o ideal seria a criação de uma disposição legal específica exigindo a perícia biopsicossocial como instrumento de aferição da vulnerabilidade sexual da vítima para fins penais.<sup>36</sup>

Enfim, não se pode, a pretexto de oferecer o melhor amparo, aderir ao protecionismo exacerbado. Esta visão deturpada só despersonaliza e inibe do exercício da cidadania, afetando negativamente o processo de inclusão social. A vida digna compreende a vivência sexual, a qual não pode ser obstada, através concepções ultrapassadas, a quem minimamente possa exercê-la. Por isso, não basta ter o direito a ela (manifesto e já conquistado), é preciso concretizá-lo.

---

<sup>36</sup> Sugerimos ao legislador a inclusão do Capítulo VIII-A no Código de Processo Penal, sob o título: “Da aferição da vulnerabilidade sexual da pessoa enferma ou com deficiência mental ou intelectual”, o qual comportaria os seguintes artigos: “art. 154-A. Exame realizado por equipe multiprofissional e interdisciplinar poderá ser requisitado antes ou durante a fase da investigação, de ofício ou mediante provocação, em virtude de notícia de crime de estupro de vulnerável, para aferir eventual vulnerabilidade sexual da pessoa enferma ou deficiente mental ou intelectual. § 1º. O exame poderá ser ordenado pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou do defensor, quando a dúvida a respeito da vulnerabilidade sexual for levantada no curso de processo e não exista laudo preexistente a respeito. § 2º. O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, que o periciando, ao tempo da prática sexual, não era capaz de autodeterminar-se para consenti-la. § 3º A duração do exame observará o disposto no artigo 150 deste código. Art. 154-B. O processo, enquanto pender o exame, ficará suspenso, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento. § 1º. Se a perícia concluir pela vulnerabilidade sexual, o processo prosseguirá. Se o resultado for negativo, o juiz, se convencido, deve absolver sumariamente o réu, nos termos do art. 397”.

### 5.3 EPÍLOGO: O CAMINHO DAS PEDRAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A TEORIA CRÍTICA DOS DIRETOS HUMANOS

O MSD faz parte do ordenamento brasileiro desde 2009, através da Convenção de Nova York, que, como visto, possui força de emenda constitucional (o que devia significar muita coisa), mas seus efeitos sequer foram sentidos de início. Anos depois do vácuo eficaz da Convenção, com a edição do EPD em 2015, que realizou alterações bastantes polêmicas em institutos jurídicos considerados canônicos no Direito Civil, foi que se ouviu algum ruído. À época, houve debates intensos sobre as mudanças, para ao final se chegar a soluções majoritariamente conservadoras.

Houve quem fechasse os olhos deliberadamente para as inovações que provocavam rupturas, enquanto outros se esforçaram para criar interpretações para que elas se conformassem ao funcionamento da sistemática revogada, ou seja, havia-se mudado tanto para continuar como sempre foi.<sup>37</sup>

A realidade revela que, anos depois da reformulação promovida pelo EPD, a aplicação do instituto da curatela permanece guiada fortemente pelo discurso médico, ignorando o seu caráter de excepcionalidade para continuar a ser decidido como regra, o que descortina a dificuldade do poder judiciário de se desvencilhar dos superados moldes legais dantes. É mais fácil “interditar” (utilizando a malfadada expressão ainda existente no código de processo) alguém com impedimento psíquico integral, a decidir especificamente, ponto a ponto, a extensão dos diversos campos da vivência, de forma a preservar direitos existenciais que dispensem intervenção. Deixa-se, assim, de proporcionar um destino bem diferente, menos restritivo, atropelando as individualidades e características peculiares que tornam cada ser humano único.

---

<sup>37</sup> A insistência em ajustar inovações legislativas a antigos parâmetros interpretativos é duramente criticada por Eduardo Cabette: “nada mais é do que a manifestação daquilo que Barbosa Moreira chama de ‘interpretação retrospectiva’, a qual pode ser apontada como uma verdadeira doença crônica da hermenêutica nacional. Intenta-se interpretar um texto novo de modo que ele não provoque nenhuma mudança, mantendo-se tão semelhante quanto possível ao texto revogado ou alterado” (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes contra a dignidade sexual**: temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2010. p. 42).

Os magistrados ainda resistem à implementação do projeto individualizado.<sup>38</sup> Uma simples pesquisa processual no âmbito dos poderes judiciários nos estados revelaria a manutenção dos padrões de julgamento majoritariamente restritivos, em detrimento dos novos institutos emancipadores introduzidos na legislação, a exemplo da Tomada de Decisão Apoiada. O Ministério Público, fiscal da lei e curador dos interesses de “incapazes”, por sua vez, a tudo tem assistido e dado aval.

Tanta relutância em adotar o novo modelo humanitário evidencia a existência de uma inegável barreira atitudinal fortemente enraizada entre os operadores do direito. O art. 3º, inciso IV, alínea “e”, do EPD enuncia, num conceito geral, que as barreiras atitudinais configuram “atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas”.<sup>39</sup> Essa barreira talvez possa ser explicada.

Daniel Sarmiento enxerga um aspecto patológico do processo de universalização da afirmação da dignidade humana no Brasil:

Subsistem nas nossas relações sociais traços fortemente hierárquicos, que se manifestam na assimetria entre as pessoas para o acesso aos direitos e submissão aos deveres impostos pela ordem jurídica. Houve, sem dúvida, avanços nessa área desde o advento da Constituição de 88, mas os nossos padrões de desigualdade continuam perversos e inaceitáveis. Trata-se de uma desigualdade multidimensional, que não diz respeito apenas à elevada concentração de renda. Ela também se manifesta em outros planos, como na falta de acesso universal às liberdades básicas e aos serviços públicos, no tratamento dispensado às pessoas por agentes estatais e por particulares, na plutocratização da política e no desrespeito às diferenças identitárias. Essa desigualdade tem um forte componente econômico, mas também se deixa permear por outros critérios de diferenciação para a eleição das suas vítimas. Além dos pobres, ela também estigmatiza outros grupos vulneráveis, como os negros, os indígenas, as mulheres, os homossexuais, os presos e as pessoas com deficiência, cada um do seu modo.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Pesquisas de campo apontaram para essa realidade na prática judiciária de estados diferentes. Estes trabalhos foram apresentados no III Encontro Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promovido pela UNIFOR e realizado virtualmente, entre os dias 25 e 26 de novembro de 2020. Também, como pondera Piovesan: “O grande problema, nesta esfera, é a existência de sérios obstáculos ao acesso à justiça - causados muitas vezes pelo próprio Judiciário. Porém, a maior dificuldade está na ausência de conscientização da sociedade, bem como no desenvolvimento de uma cultura inclusiva, os mais eficazes meios de garantir o respeito às pessoas com deficiência” (PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 566).

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>40</sup> SARMENTO. Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 60.

Nossa visão jurídica, não obstante a nova ordem imposta pela Constituição de 1988, permanece apegada a concepções abstratas da pessoa, de cunho patrimonialista e individualista. Persiste o conservadorismo jurídico no pensamento de muitos magistrados, fortemente influenciados por uma cultura positivista do direito adquirida na formação acadêmica, “centrada exclusivamente na análise puramente formal de leis e de pleitos individuais alicerçados em direitos civis e políticos do cidadão comum”.<sup>41</sup> Estas concepções, que serviram bem aos ideais e propósitos liberais burgueses na época da Idade Moderna, atualmente recebem severas críticas dos estudiosos.<sup>42</sup> Por esse viés, não se dá ao indivíduo “maior atenção às suas carências materiais, aos seus sentimentos, aos seus vínculos sociais, à sua corporalidade”.<sup>43</sup>

Segundo Costa Douzinas, direitos não são universais nem absolutos, não pertencendo a homens abstratos (ontologicamente irreais), “mas a pessoas determinadas em sociedades concretas com a sua ‘infinita modificação’ de circunstâncias, tradição e prerrogativa legal”.<sup>44</sup> A visão que persiste no Brasil afina-se ao modelo puramente Kantista de dignidade humana<sup>45</sup>, superado por marcos filosóficos posteriores, que modificaram o discurso sobre a dignidade humana, incorporando-lhe novas dimensões.

Numa sociedade hierarquizada e desigual como a brasileira, historicamente apenas poucas pessoas, tidas como “capazes” e “produtivas”, beneficiadas pelo demasiado apego à abstração legal (que endeusa as liberdades individuais e subestima os direitos sociais), têm conseguido gozar uma vida digna, através do acesso aos bens conquistados por via dos direitos humanos, perpetuando seus *status* e privilégios intangíveis desde os remotos tempos coloniais.

---

<sup>41</sup> MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 243. O mesmo autor também pontua que: “o Poder Judiciário brasileiro e a legislação civil nacional refletem uma estrutura de poder consolidada no século XX num contexto de sociedade burguesa agrário-mercantil, defensora de uma ordenação positivista e de um saber jurídico inserido na melhor tradição liberal-individualista” (MADRUGA, 2018).

<sup>42</sup> Segundo Gabriela Rebouças, a legitimação filosófica dos direitos humanos atrelada à modernidade concentra-se “na retórica de uma imagem de homem superior e racional que sufoca formas dissonantes de subjetividades e legitima uma prática hegemônica de vida, (neo)liberal e eurocêntrica” (REBOUÇAS, Gabriela. O avesso do sujeito: provocações de Foucault para pensar os direitos humanos. **Opinião Jurídica**, Medellín, v. 14, n. 28, jul./dez. 2015. p. 47.

<sup>43</sup> SARMENTO, 2019, p. 43.

<sup>44</sup> DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 113 e 166.

<sup>45</sup> “Condensada em uma única proposição, elas [as ideias e conceitos kantianos] podem ser assim enunciadas: a conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade” (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014).



A lógica aplicada aqui (e noutras nações em que o subdesenvolvimento humano se sobrepõe) é a de que para que uns possam viver dignamente, outros tantos precisam ser sacrificados.

A igualdade substancial, garantida constitucionalmente, que devia conviver concomitante e conjuntamente com a igualdade perante a lei, tem sérias dificuldades de sair do papel. Essa realidade se adequa à crítica feita por Alessandro Baratta:

(...) o direito, na sociedade de transição, conserva a característica ideológica própria do direito burguês: a de abstrair a real desigualdade dos sujeitos, contribuindo, com a igualdade formal, para reproduzir e legitimar o sistema de desigualdade substancial. Em ambos os casos, a abstração consiste em prescindir das reais características sociais e antropológicas dos indivíduos, vendo neles somente o sujeito de direito.<sup>46</sup>

A consequência, nesse cenário, é a formação da imensa massa de páreas, historicamente impedida de gozar o mínimo existencial devido (componente da dignidade), geração após geração, conformando-se ao que seria um fatídico destino inexorável. O caro princípio da solidariedade, nessa toada, tem sido ignorado solenemente.<sup>47</sup>

O MSD não caiu do céu, nem nasceu espontaneamente da boa vontade do Estado, como já registrado, ele foi fruto de muito desgaste, contestação e lutas dos movimentos sociais pelos direitos humanos das pessoas com deficiência. Conforme aponta Herrera Flores, “os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade”, concluindo mais adiante que a “dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida.”<sup>48</sup>

O problema maior ocorre quando se estanca o progresso após a conquista da fase da criação de novos direitos. Criam-se novos direitos para depois, por falta de vontade política na fase de implementação, alegar-se que a lei “não pegou”, deixando-a de lado ou num pedestal teórico dos ideais admiráveis, porém inalcançáveis. Persistente à carência social, mais tarde,

---

<sup>46</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2019. p. 164.

<sup>47</sup> “O princípio da solidariedade abrange o dever de assistência recíproca entre as pessoas e nas relações privadas, marcado pelo reconhecimento e responsabilidade em relação aqueles que se encontram em condição de maior vulnerabilidade ou hipossuficiência (solidariedade horizontal). Em relação ao Estado o princípio impõe a intervenção para redução das desigualdades através de políticas públicas baseadas na concepção de justiça distributiva e em ações afirmativas, além da tributação como forma de viabilizar a concretização de direitos sociais (solidariedade vertical)” (MACHADO JABORANDY, Clara Cardoso. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. 2016. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. p. 171).

<sup>48</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 31.

reivindicam-se novos direitos para a mesma questão, e o ciclo se reinicia novamente, sem resolver a adversidade.<sup>49</sup>

Não basta, pois, que o princípio da dignidade humana seja encarado como uma espécie de direito a ter direitos, ou seja, “como o direito fundamental de toda e qualquer pessoa humana ser titular de direitos fundamentais que assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade”<sup>50</sup>, é preciso mais. Neste sentido:

A ideia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é o ‘direito a ter direitos’. Quantos direitos! E os bens que tais direitos devem garantir? E as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática? E as lutas sociais que devem ser colocadas em prática para poder garantir um acesso mais justo a uma vida digna? Estamos diante de uma lógica bastante simplista que, contudo, tem consequências muito importantes, pois conduz a uma concepção ‘a priori’ dos direitos humanos. Se estamos atentos, essa lógica nos faz pensar que temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso. Queremos sair desse círculo vicioso em que nos encerra o aparente ‘simplismo’ da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Será porque não há nada ‘além’ dos direitos? Serve muito ter cada vez mais e mais direitos se não sabemos por que surgem e para que são formulados?<sup>51</sup>

Por isso, rompendo com o idealismo infrutífero, é preciso pensar e agir de modo diferente. Nesse ponto, Joaquín Herrera Flores sugere, como solução para a concretização dos direitos conquistados na etapa provisória, o uso de “uma teoria realista e crítica” dos direitos humanos (como racionalidade de resistência), baseada numa visão em que “importa o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade, no marco de uma concepção material e concreta de dignidade”, que demanda uma nova perspectiva, instrumentalizada por práticas sociais emancipatórias e de resistência dos grupos oprimidos, em lutas sociais por dignidade.<sup>52</sup>

Assim, o autor propõe entender os direitos como parte da luta (política) de grupos sociais (ONGs, Associações, Movimentos Sociais, etc.) e de reivindicações de grupos marginalizados,

---

<sup>49</sup> Costa Douzinas analisa muito bem esse ciclo de demanda de lei: “nenhum direito pode conquistar para mim o pleno reconhecimento e o amor do Outro, e nenhuma Declaração de Direitos consegue encerrar a luta por uma sociedade justa. Na verdade, quanto mais direitos nós introduzimos, maior a pressão para legislar por ainda mais, para fazê-los ser melhor cumpridos e para transformar a pessoa em um cobrador infinito de direitos e a humanidade em um mosaico de leis infinitamente multiplicador. Conforme a lei coloniza a vida, e a espiral sem-fim de mais direitos, posses e aquisições preenche o imaginário do sujeito, o Outro da lei domina seu simbólico e o reconhecimento da outra pessoa toma-se secundário. O triunfo ideológico dos direitos humanos é paradoxalmente coerente com a observação empírica de que nossa época tem testemunhado suas maiores violações.” (DOUZINAS, 2009, p. 327).

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 122-123.

<sup>51</sup> FLORES, 2009, p. 27.

<sup>52</sup> FLORES, 2009, p. 13 e 14. No mesmo sentido, Rebouças (2015, p. 60).

empenhados em promover a emancipação humana, e argumenta: “Contextualizar os direitos como práticas sociais concretas nos permite ir contra a homogeneização, a invisibilização, a centralização e a hierarquização das práticas institucionais tradicionais.”<sup>53</sup> A luta deve seguir inabalável, até alcançar a concretização de seu fim, a consecução da vida digna, afinal, “Sem luta, não há direito [...]. No momento em que o direito renuncia à luta, ele renuncia a si mesmo”.<sup>54</sup>

Concluindo e considerando as lições acima, constata-se que as barreiras atitudinais em face dos direitos da PcD persistem e afrontam o componente da dignidade atinente à autonomia ou princípio da liberdade, uma vez que se tem dificultado a concessão de maior espaço das escolhas existenciais, consagrado com as disposições dos atos normativos emancipatórios editados internacional e nacionalmente (Convenção e EPD).

É imperiosa, portanto, uma mudança cultural que elimine essas barreiras, mediante adoção de novas posturas que rompam a visão jurídica impregnada de capacitismo, fundada em justificativas que acabam por perpetuar as injustiças que marginalizam as pessoas com deficiência. Segundo Marivete Gesser, Pamela Block e Anahí Guedes de Mello, as lutas sob o olhar anticapacitista urgem, pois:

(...) o capacitismo impede, por meio dos processos de táticas de dispersão e emulação da norma, a emergência de coalizões. Quando situamos a deficiência no corpo com lesão, tendemos a fazer com que as pessoas com deficiência busquem tratamentos médicos voltados à correção dos supostos desvios de seus corpos, ao invés de lutar por direitos humanos e justiça social. A compreensão da deficiência como uma finitude encerrada no corpo que objetifica a normalização tem um efeito poderoso para a manutenção da opressão pela deficiência.<sup>55</sup>

Somente se muda, de verdade, o estado das coisas deixando o passado (e suas construções indesejadas) para trás. Essa mudança, como parece óbvio supor, só ocorrerá mediante muita cobrança, disseminação de informação e incessante fiscalização, no bojo de uma luta árdua pela concretização dos direitos fundamentais que vêm sendo obstados.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> FLORES, 2009, p. 71. Além disso, “é preciso pôr em prática um conjunto de estratégias antagonistas que nos sirva de guia ou metodologia de uma ação emancipadora. Essas estratégias – entendidas como mapas para pensar, decidir e atuar em situações de tensão entre as posições e as disposições que compõem a estrutura ou ordem social hegemônicas – não surgem de algum tipo de direito natural ou de algum céu estrelado onde brilhe, a distância, uma concepção absoluta de justiça.” (FLORES, 2009, p. 90).

<sup>54</sup> IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 97.

<sup>55</sup> Estudos da deficiência: interseccionalidade, anticapacitismo e emancipação social. In: GESSER, Marivete; BÖCK, Geisa Letícia Kempfer; LOPES, Paula Helena Lopes (org.). **Estudos da deficiência: anticapacitismo e emancipação social**. Curitiba: CRV, 2020. p. 29.

<sup>56</sup> Recomenda-se, a título ilustrativo de uma luta engajada das PcD que produziu resultados à época, o documentário produzido por Barak e Michele Obama e indicado ao Oscar de 2021, **CRIP Camp: Revolução pela**

Guilherme Vasconcelos Pereira sugere que o segmento das PcD busque participar democraticamente como controle social das ações do governo. De modo participativo, “elas devem se inserir nas discussões das conferências, dos conselhos e das audiências públicas, questionando e reivindicando a efetivação de direitos legítimos e assegurados na legislação”.<sup>57</sup>

Os avanços trazidos pelo MSD não podem cair no risco de se tornarem retórica vazia, como sucedeu com tantas outras proposições que pretendiam realizar a dignidade. Nas palavras de Herrera Flores: “Há que se assumir o risco de romper com a cultura da ‘naturalização’ da desigualdade e da exclusão social, que, enquanto construídos históricos, não compõem de forma inexorável o destino da humanidade”.<sup>58</sup>

A ruptura com o sistema indesejado exige ousadia e coragem dos que despertam da inércia incentivada pelas forças hegemônicas e se voluntariam a mudar o cenário posto. É preciso plantar nos corações e mentes dessas pessoas a iniciativa para moverem as engrenagens rumo ao sucesso da luta. Espera-se que o presente escrito constitua contribuição útil nesse sentido.

---

Inclusão. (CRIP Camp: Revolução pela Inclusão. Direção de James Lebrecht e Nicole Newnham. Estados Unidos: Netflix, 2020 (108 min.)). Sinopse: “Um acampamento de verão para adolescentes com deficiência motiva um grupo de jovens a criar um movimento em busca de novos caminhos para um mundo com mais igualdade”.

<sup>57</sup> PEREIRA, Guilherme Vasconcelos. **Pessoa com deficiência, violência e políticas públicas**: um estudo realizado na SEMUDH/AL – 2017/2018. Dissertação (mestrado). Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL, Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas, Maceió, 2019. p. 15.

<sup>58</sup> FLORES, 2009, p. 15.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os subsídios e argumentos expostos ao longo deste trabalho, foi possível chegar às seguintes conclusões:

1. Considerando que a desigualdade gera uma série de injustiças e exclusão social, é necessário igualar os poderes das PcD, para fazer ou deixar de fazer algo, como os das demais pessoas. Para tanto, a discriminação positiva, mecanismo de promoção da igualdade material, serve de instrumento para correção das desvantagens relacionadas às características pessoais e compensação de danos. A CIDPD e o EPD, nessa linha de ação, foram editadas para proporcionar, efetivamente, a remoção de obstáculos à igualdade de oportunidades de vida, objetivando a construção de uma sociedade mais inclusiva.

2. Dentre os modelos históricos que tratam da deficiência: da prescindência, moral, médico e social, o CIDPD adotou o último, baseado na concepção de que a deficiência advém da interação da pessoa com limitações funcionais e as barreiras ambientais e atitudinais que impedem a vivência em condições de igualdade com as demais pessoas. O texto convencional, como visto, tem força de emenda constitucional no Brasil, o que lhe confere superioridade sobre outras espécies normativas. Por isso, os princípios nela constantes devem ser rigorosamente observados pelo legislador brasileiro no seu mister de editar leis, sob pena de vício da inconstitucionalidade (e inconveniência). O EPD incorporou as diretrizes empoderadoras e emancipatórias da CIDPD, servindo como principal instrumento de consolidação do MDS no Brasil.

3. Definidas as concepções de deficiência mental e intelectual, não obstante seja mais técnica a referência exclusiva à expressão “intelectual”, justifica-se a preservação do termo “mental” na Convenção e Estatuto para poder contemplar transtornos psicossociais, como no caso do autismo, classificado pela Lei 12.764/2012 como modalidade de deficiência. Existe na estatística nacional uma lacuna considerável, que ainda não abarca os transtornos psicossociais. Os dados do próximo Censo surpreenderão ao revelarem um universo populacional maior, antes ignorado, muito além dos 1,40% quantificados em 2010.

4. Em consonância com a perspectiva dos movimentos anticapacitistas, que combatem a discriminação e a corponormatividade, a corajosa alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil, procedida pelo EPD, buscou dissociar as noções de deficiência e incapacidade, suprimindo literalmente os enfermos e deficientes do rol de incapazes. Diante disso, o

discernimento deixou de constituir critério para restrição dos atos da vida civil. Entretanto, para não deixar desamparados aqueles que, pelo comprometimento cognitivo, não conseguem expressar a própria vontade, tem-se interpretado, com acerto, pela inclusão delas na modalidade de incapacidade relativa inscrita no art. 4º, III. Os demais casos passaram a ser contemplados com capacidade plena.

5. A atualização da regulação da curatela erigiu os princípios da excepcionalidade, proporcionalidade e temporariedade da medida (art. 84). Além disso, o instituto ficou, por regra, afeto aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando os direitos existenciais (art. 85, caput, e § 1º), embora exceções possam ser abertas em nome da proteção da dignidade do curatelado. Para os casos em que não se justifica a salvaguarda, mas convenha prover o apoio no exercício da capacidade legal, desvinculado de representação ou assistência, o EPD criou a TDA. Apesar da excepcionalidade da curatela e o incentivo à adoção da TDA, infelizmente o que se percebe no plano prático é a decretação da primeira como padrão e o uso quase nulo da segunda.

6. O art. 6º do EPD foi elaborado para garantir os direitos da personalidade e tratou, com ineditismo, da capacidade plena para os direitos existenciais, reconhecida a todas as PcD (inclusive com deficiência mental ou intelectual), sob o fundamento de que, em se tratando de direitos existenciais, não se pode dissociar as capacidades de exercício e de gozo. Os princípios do *in dubio pro capacitas* e da intervenção mínima, nesse sentido, permitem afastar interferências alheias indevidas, privilegiando a autonomia decisória nos assuntos personalíssimos. Essa perspectiva, por óbvio, não significa a dispensa de eventual acompanhamento, dentro de uma rede de apoio fundada na perspectiva da ética do cuidado, para aqueles que precisem.

7. Os direitos sexuais, protegidos por diversos documentos internacionais de direitos humanos e previstos no art. 6º, inciso II, do EPD, qualificados como direitos existenciais, fazem com que à PcD seja reconhecida a autodeterminação no exercício de sua sexualidade, quando tenha condições de exercê-la.

8. A importância da compreensão sólida das dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para sua correta aplicação, tanto para o fomento da liberdade como para a proteção dos vulnerabilizados. Quando estes são violados em sua dignidade sexual, por meio de violência ou abuso, recebem do direito penal a devida tutela jurídica. A dignidade sexual assume a função de bem jurídico especial quando se objetifica o ser humano em desprezo ao seu valor intrínseco.

9. Ao se examinar o conteúdo jurídico da manifestação de vontade para o ato sexual, foi constatado que o consentimento é o princípio regente das relações sexuais livres, em suas dimensões positiva/dinâmica e negativa/estática. Esta manifestação de vontade, porém, somente se completa caso haja capacidade para consentir, formada pelas faculdades de entendimento e de autodeterminação. Entende-se majoritariamente que, havendo mínima de capacidade de consentir, deve-se permitir a vivência da sexualidade. A incapacidade, nesse contexto, repercute na inexistência ou invalidade do consentimento, configurando abuso sexual contra vulnerável se aproveitar intencionalmente deste obstáculo para obter a comunhão carnal.

10. Os dados relativos à prevenção e repressão da violência e abuso sexual contra a PcD revelam grande incidência de ocorrências violatórias, especialmente em desfavor de mulheres e menores de idade, majoritariamente no espaço intrafamiliar. Observa-se, neste particular, a transversalidade das questões de gênero, deficiência, raça, sexualidade, origem, classe social, etc.

11. Ao ser realizada a análise dogmática do tipo penal do estupro de vulnerável, inscrito no artigo 217-A do CPB/1940, foram comentadas as hipóteses vitimais existentes, a saber: 1) o menor de 14 anos; 2) a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual; e 3) a pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Defendemos, ao final da abordagem, a inconstitucionalidade do parágrafo quinto, introduzido pela Lei 13.718/2018, por desconsiderar, no caso do enfermo/deficiente mental, o consentimento constatado fora do padrão vigente, tendo em vista, especialmente, os princípios da autonomia de vontade e igualdade de oportunidades consignados na CIDPD.

12. No último capítulo foi possível dar respostas ao problema lançado no início do estudo. Afastados os obstáculos sociais e jurídicos oriundos do capacitismo, paternalismo e moralismo, abrem-se as portas para o reconhecimento de novos espaços de autonomia jurídica individual para as PcD mental e intelectual, no tocante ao exercício da sexualidade, por seus próprios meios ou com a mediação de apoiadores. Observadas as necessidades particulares de cada um, há que se permitir a vida sexual plena e saudável, sem preconceitos.

13. Identificados os pontos de contato entre as searas civil e penal, impõe-se a conclusão de que o EPD, ao realizar alterações no CC/2002, impactou a tipicidade do crime de estupro de vulnerável. Essa perspectiva advém da necessidade de tratar o ordenamento como um autêntico sistema unitário e não um conglomerado caótico de preceitos de colidem entre si. Nesta senda,

propusemos uma releitura do parágrafo primeiro e a relativização do parágrafo quinto, ambos do 217-A. Para tanto, recorreremos à teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, através da qual se demonstrou que a tipicidade penal do crime de estupro de vulnerável sofreu redução em seu alcance proibitivo, foi reorientado para respeitar a Convenção de Nova York, que impõe a interpretação ao sistema de normas no sentido de conferir a máxima concretização dos direitos da PcD.

14. Foi, então, assentado o entendimento de que a PcD mental ou intelectual, com idade de 14 anos ou mais, mesmo que seu ato volitivo não seja lastreado numa compreensão completa da dimensão ético-jurídica do ato sexual e suas consequências, ainda que sua capacidade de entendimento não corresponda à maturidade do que se convencionou “necessário” (a exemplo da capacidade parcial abaixo da necessária), deve-se conferir-lhe aptidão para envolver-se sexualmente, desde que possua a habilidade para comunicar a vontade formada nesse sentido. A repercussão dessa releitura é enorme, pois tem o potencial de diminuir a criminalização indevida que o sistema de justiça criminal tem estimulado ao seguir acriticamente a literalidade da lei penal em voga.

15. Por fim, percebeu-se que a persistência de barreiras atitudinais encontráveis na práxis dos operadores do direito vem impedindo a concretização das normas editadas para promoção da participação plena das PcD na sociedade em igualdade de condições com as demais. Essas barreiras perpetuam-se em razão da falta de uma perspectiva concretizadora, que impulse a implementação das mudanças substanciais. Como visto, o modelo abstrato, individualista, foi superado e não deve ser resgatado para legitimar práticas de manutenção da marginalização. A adoção da teoria crítica dos direitos humanos inspira e direciona ações práticas de concretização, indo além da busca pela criação de mais direitos, que consiste apenas na etapa provisória do processo. O fim a ser atingido é a vida digna, só alcançável mediante uma mudança cultural por meio da luta política, com força e potência para operar as rupturas necessárias no indesejado sistema excludente atual.



## REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Ciúme e crime, crime e loucura**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMOR no espectro. Criador: Cian O'Clery. Austrália: Netflix, desde 2020. (2 temporadas).

AMORIM, Christiane Dias da Silva. **Direito à sexualidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

APA – American Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **O fim da tutela penal à virgindade como bem jurídico: análise histórica, jurídica e crítica**. Fortaleza: DIN.CE, 2010.

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. O(s) novo(s) crime(s) de estupro. Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei nº 12.015/2009. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2232, ago. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13307>. Acesso em: 2 dez. 2019.

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. Da posse à violação sexual mediante fraude. O novo alcance do art. 215 do Código Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2241, ago. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13361>. Acesso em: 2 dez. 2019.

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 203-214, 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-discutamos-sobre-paternalismo>. Acesso em: 07 maio 2021.

BARBOZA, Heloísa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARRETO, Daniela Lima. **O direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014

BARATTA. Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2019.

BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini (org.). **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra as mulheres**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte Geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. Saraiva: São Paulo, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e reprodutivos na integralidade da atenção à saúde de pessoas com deficiência**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **I seminário nacional de saúde: direitos sexuais e reprodutivos e pessoas com deficiência**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. **Súmula 593**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017\\_46\\_capSumulas593-600.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República, [1940]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm) Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm) Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 12.764, de 27 de dezembro de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm). Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.213/2011 e seus apensados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/500200>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 11.091/2018**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187924>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BUGLIONE, Samantha. Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1855>. Acesso em: 11 out. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes contra a dignidade sexual**: temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. **Estupro de vulnerável e o estatuto da pessoa com deficiência**. Curitiba: Juruá, 2018.

CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **Grupos reflexivos para autores de violência doméstica**: responsabilização e restauração. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARTÓRIO paulista sai na frente e realiza casamento inédito de pessoa com deficiência, depois da Lei Brasileira de Inclusão. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 02 mar. 2016. Disponível em: <http://migre.me/tmBa8> . Acesso em: 07 maio 2021.

COLETIVO FEMINISTA HELEN KELLER. **Guia mulheres com deficiência**: garantia de direitos para exercício da cidadania. 2020. Disponível em:

[https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPID/publicacoes/12359\\_guia\\_feminista\\_helen\\_keller\\_mulheres\\_com\\_deficiencia\\_.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPID/publicacoes/12359_guia_feminista_helen_keller_mulheres_com_deficiencia_.pdf). Acesso em: 11 out. 2020.

CRIP Camp: Revolução pela Inclusão. Direção de James Lebrecht e Nicole Newnham. Estados Unidos: Netflix, 2020 (108 min.)

DIAS, Adriana. Por uma genealogia do capacitismo: da eugenia estatal à narrativa capacitista social. *In: I SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DEFICIÊNCIA*, São Paulo, 2013. **Anais...** São Paulo, SEDPCd/Diversitas/USP Legal, junho/2013.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINBB**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália (Coord.). **Tabelionato de Notas: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2019.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FLEISHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade do saber**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

FORREST Gump: o contador de histórias. Direção de Robert Zemeckis. EUA: Paramount Pictures, 1994. 1 DVD (142 min.).

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. 2021. Disponível em: <http://https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FÜHRER, Maxmiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GESSER, Marivete; BÖCK, Geisa Letícia Kempfer; LOPES, Paula Helena Lopes (org.). **Estudos da deficiência: anticapacitismo e emancipação social**. Curitiba: CRV, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal v. 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

HUNGRIA, Nélon; DOTTI, Renê Ariel. **Comentários ao Código Penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. v. 1, tomo 2.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. 8.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MACHADO JABORANDY, Clara Cardoso. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. 2016. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

JORIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; FILHO, Waldir Macieira da Costa (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Verônica Teixeira; SPOSATO, Karyna Batista; LOURENÇO, Luiz Cláudio (org.). **Direitos humanos na democracia contemporânea velhos e novos embates** [recurso eletrônico] – Rio de Janeiro: Bonecker, 2018. (Direitos humanos na democracia contemporânea; v. 3).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MIRABETE, Julio Frabbrini; Renato N. Frabbrini. **Código Penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NOGUEIRA JUNIOR, Gabriel Ribeiro. **A tutela penal da pessoa idosa hipervulnerável: mera expansão do direito penal ou necessária proteção a direitos fundamentais?** 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas. Aspectos Constitucionais e Penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU – Organização das Nações Unidas. **World Report on disability**. 2011. Disponível em: [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report.pdf?ua=1](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf?ua=1). Acesso em: 02 jul. 2020.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **International Classification of Impairment, Disabilities and Handcaps**. 1980. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261\\_eng.pdf;sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261_eng.pdf;sequence=1). Acesso em: 31 jul. 2020.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **Classificação Internacional de Doenças**. 2022. Disponível em: <https://icd.who.int/en>. Acesso em: 03 jan. 2022.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. 2004. Disponível em: <http://www.crpssp.org.br/arquivos/CIF.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense civil e penal**. São Paulo: Atheneu Editora, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015. v. 1.

- PEREIRA, Guilherme Vasconcelos. **Pessoa com deficiência, violência e políticas públicas: um estudo realizado na SEMUDH/AL – 2017/2018**. Dissertação (mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas, Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL, Maceió, 2019.
- PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SILVA, Lillian Ponchio *et al.* **Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia. O avesso do sujeito: provocações de Foucault para pensar os direitos humanos. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 14, n. 28, p. 45-62, jul./dez. 2015.
- RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (coord.). **A Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.
- RIBEIRO, Teixeira. **Lições de Direitos da Personalidade**. Universidade de Coimbra, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. **Revista Nacional de Reabilitação**, São Paulo: ano 5, n. 24, p. 6-9, jan./fev. 2002.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2014.
- SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais**: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Site Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 12 out. 2019.

SOUZA, Ana Clara das Chagas; MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa. O exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por mulheres com deficiência mental ou intelectual no Direito brasileiro. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, Viçosa, v. 32, n. 2, p. 01-25, 2021.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal dos adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELOS, Rodrigo Ribeiro de (coord.). **Direito Penal das Minorias e dos Grupos Vulneráveis**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 2, maio/ago. p. 53-72, 2017.

XV CONGRESSO MUNDIAL DE SEXOLOGIA. **Declaração dos Direitos Sexuais**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/direitossexuais.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1.