

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DAS INOVAÇÕES
TRAZIDAS PELA LEI 13.146/2015 – AVANÇO OU RETROCESSO?**

ANA CAROLINA PINTO XAVIER

Rio de Janeiro - RJ

2018

ANA CAROLINA PINTO XAVIER

**CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DAS INOVAÇÕES
TRAZIDAS PELA LEI 13.146/2015 – AVANÇO OU RETROCESSO?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Patrícia Esteves de Mendonça**.

Rio de Janeiro - RJ

2018

CIP - Catalogação na Publicação

P3c Xavier, Ana Carolina Pinto
Casamento da Pessoa com deficiência à luz das
inovações trazidas pela Lei 13.146/2015 – Avanço ou
Retrocesso? / Ana Carolina Pinto Xavier. -- Rio de
Janeiro, 2018.
61 f.

Orientadora: Patrícia Esteves de Mendonça.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Deficiência. 2. Casamento. 3. Capacidade.
4. Lei 13.146/2015. I. Mendonça, Patrícia Esteves
de, orient. II. Título.

ANA CAROLINA PINTO XAVIER

**CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DAS INOVAÇÕES
TRAZIDAS PELA LEI 13.146/2015 – AVANÇO OU RETROCESSO?**

Projeto de Monografia apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
Orientadora: **Prof^a. Patricia Esteves de Mendonça.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Rio de Janeiro – RJ

2018

AGRADECIMENTOS

A mente grata é aquela que atrai para si as melhores coisas.

Minha especial gratidão:

A Deus por sua misericórdia infinita que se renova em minha vida a cada manhã.

Aos meus pais Mauro e Terezinha, que me proporcionaram um amor profundo sem o qual não seria possível chegar até aqui e ser quem eu sou.

A Flávio, Aline e Mariana que, cada qual a sua maneira, me ensinaram o valor de poder sempre contar com a torcida e o carinho dos irmãos.

Ao Marcos Fonseca, meu amor e companheiro, que está sempre ao meu lado para o que der e vier. Desde 2010 sendo meu cúmplice.

Aos amigos que me incentivaram nessa maluquice de conciliar trabalho e uma segunda graduação. Em destaque a minha gerente Mariana Lessa, advogada e mestre pela UERJ, que foi uma das principais incentivadoras desse desafio de cursar uma segunda graduação em Direito.

Aos amigos que conquistei durante o curso, em especial Luiz Henrique Silva de Oliveira; Rosinete da Silva Cruz e Allan Carvalho.

Aos mestres, cujas lições lançaram luz e ampliaram meus horizontes sobre a ciência do Direito e os valores ligados à ideia de Justiça.

A professora Patrícia Esteves pela paciência e atenção ao me orientar e tranquilizar durante a realização deste trabalho.

“Meu conselho para outras pessoas com deficiência seria se concentrar em coisas que sua deficiência não evita que você possa fazer, e não se arrependa das coisas nas quais [a deficiência] interfere. Não seja deficiente em seu espírito, como você é fisicamente.” [Stephen Hawking para The New York Times, 2011]

RESUMO

O presente trabalho teve como objeto a análise dos impactos causados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na Teoria das Incapacidades. O foco aqui é casamento da pessoa com deficiência. O referido Estatuto foi o desdobramento jurídico interno após a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, realizada em 2007, em Nova Iorque, ganhar status de Emenda Constitucional. A lei 13.146/15 tem característica de ser eminentemente garantista e buscar promover a autonomia das pessoas com deficiência. Sua redação rechaçou qualquer restrição que alijasse de alguma forma o indivíduo com deficiência da sociedade. A dicção da lei é muito clara ao afirmar que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas e ao enfatizar que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Portanto, 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. O cerne desta análise recai no instituto do casamento da pessoa com deficiência. Não se pode cindir a ideia do matrimônio do aspecto patrimonial que ele traz consigo. É preciso discutir a viabilidade de transformar um nubente, até então absolutamente incapaz, em uma pessoa plenamente capaz de casar em qualquer regime de bens. Essa ficção jurídica de liberar o casamento sem auxílio da curatela trata-se de um avanço ou de retrocesso? Reconhece a dignidade das pessoas ou apenas as desprotege?

Palavras Chaves: Deficiência; Casamento; Capacidade; Lei 13.146/15.

ABSTRACT

The present study had as object the analysis of the impacts caused by the Statute of the Person with Disability in the Theory of Disabilities. The focus here is the disabled person's marriage. The aforementioned Statute was the internal legal division after the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, held in 2007 in New York City, to gain Constitutional Amendment status. Law 13.146 / 15 has the characteristic of being an eminently guarantor and seeking to promote the autonomy of persons with disabilities. In this way, his writing rejected any restriction that would somehow alienate the disabled individual from society. The statement of the law is very clear when affirming that the person with disability has ensured the right to exercise their legal capacity on an equal basis with other persons and to emphasize that the curator will only affect the acts related to the rights of a patrimonial nature and negotiation. That is, the definition of curatela does not reach the right to own body, sexuality, marriage, privacy, education, health, work and voting. The heart of this analysis lies in the marriage institute of the disabled person. The idea of marriage can not be separated from the patrimonial aspect that it brings with it. It is necessary to discuss the feasibility of transforming a hitherto absolutely incapacitated into a person fully capable of marrying into any property regime. Is this juridical fiction of liberating marriage unassisted by curatorship a step backwards or forwards? Do you recognize the dignity of people or just check them out?

Keywords: Deficiency; Marriage; Capacity; Law 13.146 / 15.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O INSTITUTO DO CASAMENTO	12
2.1 OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO	17
3. O INSTITUTO DA INCAPACIDADE	19
3.1 A CAPACIDADE CIVIL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	22
3.2 AS MUDANÇAS NO INSTITUTO DA INCAPACIDADE	25
4. LEI 13.146/2015 – NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	29
4.1 O CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	36
4.2 A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	42
5. AVANÇO OU RETROCESSO?	47
5.1. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1.INTRODUÇÃO

O casamento do portador de deficiência à luz das inovações trazidas pela Lei 13.146/2015 – Avanço ou Retrocesso? Este trabalho visa refletir sobre as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, como esta lei modificou de maneira significativa o sistema civilista brasileiro no trecho que versa sobre incapacidades.

A nova redação do trecho que versa sobre incapacidades civis é algo bastante controverso entre os juristas brasileiros. Busca-se compreender como que essas mudanças do instituto de incapacidade do Código Civil estão influenciando o instituto do casamento, o que está sendo alterado e de que forma.

Esta monografia se dedicará a investigar especificamente as sequelas geradas pelo novo Estatuto na celebração do casamento de pessoas com deficiência intelectual.

O problema investigado aqui é o seguinte: a mudança do Código Civil Brasileiro, promovida pelo Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que permite que um deficiente seja considerado plenamente capaz de casar é um avanço em termos de liberdade individual do deficiente ou retrocesso jurídico que retira o mecanismo de “proteção jurídica” que existia na antiga redação do Código Civil?

Uma vez que o Direito está em relação direta com a sociedade, devendo refletir a realidade que se observa nesta, necessário se faz sua atualização periódica, a fim de que seja observada a realidade social e que sejam garantidos os direitos à população. O tema deste estudo possui uma profunda relevância social. Segundo dados do IBGE, coletados no Censo de 2010, 6,2% da população brasileira apresentava pelo menos um tipo de deficiência.

Além da relevância acadêmica no escopo do estudo do Direito Civil neste ponto tão nevrálgico que são as capacidades para realização de atos jurídicos na vida de um indivíduo, esta monografia trará um recorte muito importante na trajetória de qualquer ser humano: a decisão de casar.

Trata-se de um tema em grande discussão atualmente na doutrina, a questão de discutir as capacidades no Código Civil se mostra fundamental para discutir a tutela da dignidade e da liberdade das pessoas com deficiência, bem como sua inserção na sociedade contemporânea.

O método que será utilizado nesta monografia é o hipotético-dedutivo. Esta monografia partirá da hipótese de que na intenção de privilegiar a autonomia das pessoas com deficiência intelectual, o legislador pode ter aumentado a vulnerabilidade no tocante à proteção jurídica que esses deficientes dispunham no regime jurídico anterior. Haverá uma pesquisa bibliográfica para investigar se a hipótese apontada se comprova verdadeira ou não.

O presente trabalho investiga os desdobramentos gerados pelo casamento das pessoas com deficiência mental. Neste sentido, é importante apreciar, antes de qualquer outra questão, o instituto do casamento *per se*.

2. O INSTITUTO DO CASAMENTO

O casamento concerne em uma união de duas pessoas, com o objetivo de constituir família, baseada em laço afetivo, sob regulamentação e conhecimento do Estado.¹

Segundo Farias e Rosenvald existem três teorias para definir a natureza jurídica do casamento: natureza negocial, que entende que o casamento como negócio jurídico; natureza institucional, enxergando o matrimônio como situação jurídica; e natureza mista ou eclética, que considera o casamento um ato complexo, com características institucionais e contratuais concomitantemente.² O aspecto negocial é evidenciado pela forma que se inicia ou tem seu fim: pela vontade das partes.

Pablo Stolze, Pamplona Filho, Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues e Caio Mário creem veemente que o casamento é contrato *sui generis*.³ Ressalta, então, Caio Mário:

[...] o casamento como um contrato especial dotado de consequências peculiares, mas profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas.⁴

Também comungando dessa forma, Beviláqua:

Será um contrato mais solene do que qualquer outro, pois envolve [...] o mais importante de todas as transações humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilizada; terá

¹ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. 11. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016. P.45.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 7. Ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.150.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil: Direito de Família. 3. ed. São Paulo: 2013. p. 117.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. 23ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015. p. 86-87.

efeitos mais extensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres; mas, que em todo caso é um contrato”⁵.

Já do ponto de vista de Tartuce⁶, o casamento tem natureza jurídica mista, que tem conteúdo de instituição social e formação contratual, pois, em sua concepção, ao se casarem, o que se espera é que as pessoas não busquem o intuito patrimonial, mas o afetivo.

Para além de toda discussão doutrinária acerca da sua natureza jurídica, o que é importante para este trabalho é ressaltar que o casamento tem caráter personalíssimo, ou seja, decorre de manifestação exclusiva dos interessados. Os nubentes podem escolher livremente seu cônjuge. Trata-se de um ato solene, totalmente regulamentado pelo Código Civil Brasileiro.

O Estado considera a família a base da sociedade (art. 226 CRFB/88)⁷ e, por isso, uma realidade digna de tutela jurídica. Daí a instituição do casamento através de regras imperativas consideradas de ordem pública. No momento em que duas pessoas resolvem constituir uma nova realidade familiar, há imposições de uma série de requisitos à celebração do casamento.⁸

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito da Família. 7. ed. Recife: Editora Rio, 1976. p. 35

⁶ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.48.

⁷ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.297

O casamento estabelece plena comunhão de vida e impõe deveres e obrigações recíprocos (art. 1.511 CC)⁹. Nas palavras de Maria Berenice Dias¹⁰ o casamento não é só uma comunhão de afetos. Também gera solidariedade dos cônjuges entre si e frente a entidade familiar. Além da mútua assistência, reponde o par pela criação dos filhos e a manutenção do lar comum. A autora prossegue afirmando que a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que fiquem definidas, antes das núpcias, as questões atinentes aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte.

Como a família se torna a titular do domínio e da posse do acervo patrimonial que a compõe, são previstos regimes de bens: modelos pré-fabricados criados pelo legislador e disponibilizados aos nubentes. A inclusão e a exclusão de bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ditam as diretrizes dos diversos regimes e servem para definir a origem, a titularidade e o destino do patrimônio conjugal. A separação ou a comunhão dos bens individuais, a comunicabilidade ou não do acervo amealhado depois da união é que permite diferenciar os diversos regimes de bens. Assim, antes do casamento, devem os noivos escolher um dos regimes existentes, mesclá-los, ou, ainda, criar um modelo exclusivo na forma que melhor lhes aprouver.¹¹

Rolf Madaleno¹² traz uma classificação doutrinária de regime de bens. A saber: são chamados tipos primários os quatro regimes previstos em lei. E de regime de bens secundário a possibilidade de noivos e conviventes, mediante pacto antenupcial ou contrato de convivência, fazerem outras avenças. É importante ressaltar que essas avenças não podem afrontar

⁹ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.297

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.298.

¹² MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 13, n. 25, p. 5-32, Dezembro/Jan. de 2011.

disposição absoluta de lei (art. 1655 CC)¹³, nem dispor sobre direito sucessório (art. 426 CC)¹⁴ e sobre alimentos (art. 1707 CC)¹⁵.

Por outro lado, não há óbice para que além de avenças de natureza patrimonial sejam feitas deliberações de natureza pessoal e convivencial. Os direitos e deveres impostos aos cônjuges por lei através do disposto no art. 1566 do CC¹⁶ não possuem uma eficácia vinculante e dispor de forma diferente não configura afronta à lei.

Assim, quando um casal não escolher o regime de bens, o que irá vigorar será o da comunhão parcial, conforme disposição do Artigo 1640 do Código Civil:

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Segundo Érica Verícia de Oliveira Canuto¹⁷ o regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento. Ou seja, não existe casamento sem regime de bens. É indispensável alguma espécie de regramento de ordem patrimonial. Quando não há imposição legal do regime da separação, abstendo-se os noivos de eleger um regime de bens, o Estado faz a opção pelo

¹³ Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

¹⁴ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

¹⁵ Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

¹⁶ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca; II- vida em comum, no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos.

¹⁷ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.291

regime da comunhão parcial. Se os nubentes não escolhem, há uma “escolha” da lei pelo regime legal.

2.1 OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

A escolha do regime de bens feita na ocasião do casamento é muito importante, visto que aquele regime que vai reger a situação patrimonial do casal durante a vigência da união e, principalmente, em uma possível ocasião de dissolução pelo divórcio ou pela inevitável dissolução pela morte de um dos consortes.

Isto posto, segundo Maria Berenice Dias¹⁸, têm os nubentes a liberdade de: (a) ficarem em silêncio, sujeitando-se ao regime da comunhão parcial; (b) escolherem um dos regimes pré-fabricados pelo legislador; ou (c) criarem, por intermédio de pacto antenupcial, o regime que quiserem, definindo, da forma que melhor lhes aprouver, o destino dos bens passados, presentes e futuros.

A autora prossegue¹⁹demonstrando que a distinção entre os diversos regimes mais facilmente se percebe identificando o número de conjuntos ou massas que cada um deles compreende.

Pela **comunhão universal de bens** forma-se um único conjunto. Todo o acervo patrimonial, tanto o preexistente ao casamento e pertencente a qualquer dos cônjuges, como tudo que for adquirido durante a sua vigência, compõe uma só universalidade patrimonial, a ser dividida igualmente entre os cônjuges, no fim do casamento, a título de meação.

No regime da **separação total**, há duas massas patrimoniais: (1) os bens de um e (2) os bens de outro cônjuge. Cada um é titular de seu próprio patrimônio, quer tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento. Quando da separação não há nada a dividir, e cada um fica com os bens que lhe são próprios.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2015. p.301

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2015. p.302

Já no regime da **comunhão parcial**, são três blocos. Os particulares de cada um: (1) os bens de um e (2) os do outro, adquiridos por cada um antes do casamento; e (3) os aquestos, bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos ou qualquer dos cônjuges. Solvido o casamento, cada um fica com seus bens particulares e mais metade do patrimônio comum.

Finalmente, no regime da **participação final nos aquestos**, existem cinco universalidades de bens. Os particulares que cada um possuía antes de casar: (1) os bens de um e (2) os do outro. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio próprio de um dos cônjuges; (4) o adquirido pelo outro em seu nome, e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge fica com seus bens particulares e com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são compensados os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, fica um crédito junto ao outro.

O que será sopesado mais adiante neste trabalho é se a mudança do Código Civil Brasileiro, promovida pelo Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que considerada a pessoa com deficiência plenamente capaz de casar é um avanço em termos de liberdade individual ou uma espécie de retrocesso jurídico que retira o mecanismo de “proteção jurídica” que existia na antiga redação.

3. O INSTITUTO DA INCAPACIDADE

Antes de começar a discussão valorativa sobre as mudanças que o Estatuto da Pessoa com deficiência trouxe a parte de capacidade do Código Civil Brasileiro é preciso enfrentar um conceito essencial para o perfeito entendimento da questão em debate; o conceito de pessoa natural.

Na definição de Faria e Rosenvald²⁰ pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem.²¹ E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. Por isso, todo ser humano (isto é, toda pessoa natural) é dotado de personalidade jurídica, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica.

Segundo Miguel Reale²² o ser humano é algo que vale por si mesmo, decorrendo de sua autoconsciência do que é e deve ser de sua dignidade, de suas possibilidades de alterar a realidade fática em que vive, transformando o mundo cultural. Por isso não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.

O Ordenamento Civil consagrou os seres humanos, as pessoas naturais, ao lado das pessoas jurídicas como potenciais titulares das relações jurídicas (poder de assumir obrigações e titularizar direitos). Todas as pessoas naturais e jurídicas, portanto, possuem uma aptidão genérica para praticar atos da vida civil.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 7. Ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.257.

²¹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Em consonância com o pensamento do doutrinador Paulo Nader que afirma ser a pessoa humana “ o ponto de partida e o alvo, direto ou indireto, de todas as construções jurídicas.”

²² REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. Ed. São Paulo: Saraiva,2002.

Neste contexto, surge a **capacidade como uma medida jurídica da personalidade** que é reconhecida a todas as pessoas naturais e jurídicas. Resumidamente os autores explicam: a capacidade jurídica envolve 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 etc.) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes.

De acordo com Gonçalves²³ no direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer capazes de adquirir direitos (CC art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.²⁴ Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos.²⁵ Somente por exceção expressamente consignada em lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

Farias e Rosendal²⁶ sintetizam o assunto: enquanto a capacidade de direito exprime a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos (reconhecida a todas as pessoas humanas e estendida aos agrupamentos morais), a capacidade jurídica é a possibilidade de praticar, pessoalmente, os atos da vida civil.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo. Saraiva, 2003. v.1. p 84

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

²⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 13ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2015. Pág. 271.

Na dicção objetiva de Francisco Amaral²⁷ a primeira (capacidade de direito) é a aptidão para a titularidade de direitos e deveres, a segunda (capacidade de fato), a possibilidade de praticar atos com efeitos jurídicos, adquirindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas.

De forma direta e pragmática assevera Sílvio Rodrigues²⁸ a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça seus direitos direta e pessoalmente.

²⁷ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.229

²⁸ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Parte Geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V.1 p.41

3.1 A CAPACIDADE CIVIL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao tratar do direito das pessoas com deficiência ao casamento sem nenhuma restrição de capacidade de fato imposta pelo legislador; é mister fazer uma leitura analítica da estrutura interna do conteúdo da norma civil a partir da legalidade constitucional.

Como lecionam Farias e Rosenthal²⁹ a expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), *solidariedade social* (art. 3º, III) e na *igualdade substancial*³⁰ (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis, e não apenas impondo limites externos.

Para falar da Convenção de Nova Iorque que culminou na ratificação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil é preciso abordar o tema da relevância normativa dos tratados e convenções internacionais e a sua harmonização com as normas internas do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Farias e Rosenthal³¹ após intensas discussões doutrinárias³² e jurisprudenciais, o parágrafo 3º do art. 5º do Texto Constitucional, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, indicou uma solução para a questão: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 13ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2015. Págs. 38 e 39.

³⁰ SILVA, Fernanda. Princípio Constitucional da igualdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Pág. 111 e seguintes.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 13ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2015. Pág. 45

³² Para Valério de Oliveira Mazzuoli, expert na matéria, os tratados e convenções internacionais deveriam ter reconhecida uma força constitucional.

humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; ou seja, as convenções e tratados internacionais que versarem sobre o tema de direitos humanos e forem aprovados seguindo as formalidades previstas no texto constitucional podem ser aplicadas sem nenhum óbice no campo das relações privadas brasileiras, gozando, inclusive, do status de emenda constitucional.

Exemplo cristalino é a *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*, assinada em Nova Iorque na data de 30 de março de 2007, devidamente aprovada pelo Decreto Legislativo nº186/08 (aprovação de três quintos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos de votação), ganhando o status de norma constitucional junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, Farias e Rosenvald são categóricos ao afirmar que as normas de Direito Civil têm de se submeter, além de ao natural (e imprescindível) *controle de constitucionalidade*, também a *um controle de convencionalidade*, devendo se adequar aos tratados e convenções internacionais que disponham sobre direitos humanos, mas não tendo sido submetidos às formalidades de aprovação para ter natureza de emenda constitucional.

É a forma do movimento de *convencionalização do Direito Civil*³³, adequando-se e respeitando os direitos humanos, seguindo a tônica das relações internacionais. As normas de Direito Civil precisam se harmonizar, mantendo a *compatibilidade vertical*, tanto com o Texto Constitucional, quanto com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Para Farias e Rosenvald (2015, p.47) quando for detectada uma eventual incompatibilidade da norma infraconstitucional com um tratado de direitos humanos, sobreleva a suspensão de sua eficácia, respeitando a própria especialidade da convenção.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 13ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2015. Pág. 46.

Desta forma, é importante destacar que se houver tensão entre uma norma infraconstitucional e a convenção internacional, deve-se prestigiar a eficácia supralegal³⁴ dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos.

Ressalta-se que os tratados internalizados com força de emenda integram o bloco de constitucionalidade e servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos brasileiros.

O principal contributo da Convenção está exatamente no reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais, como pressupostos de sua dignidade e de sua participação na vida social, familiar e política. Afinal, a autonomia, substrato material da capacidade de agir, constitui uma necessidade humana da qual decorrem vários direitos³⁵.

Para Joyceane Bezerra de Menezes Todos têm, em menor ou maior medida, uma capacidade de agir. É certo que o discernimento é a baliza que orienta o exercício dessa capacidade, especialmente, quando as escolhas que se pode fazer trazem efeitos jurídicos para a esfera pessoal ou de terceiros. O foco, porém, está no discernimento necessário e não no diagnóstico médico de uma deficiência psíquica ou intelectual *per se*.³⁶

³⁴ Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP se fundamenta da seguinte forma: “Parece mais consistente a interpretação que atribui a característica da supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um tributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

³⁵ Na explicação de Miracy Gustin, “Da mesma forma, o pensamento atual sobre a correlação necessidade/direito tem-se conduzido para a concepção das necessidades como tema de grande valor normativo e que facilita a compreensão de sua potencialidade argumentativa e da relação que é capaz de estabelecer entre ser e dever ser. Assim, as necessidades concedem ao indivíduo razões e argumentos sobre a justiça e justeza das coisas e dos fatos; portanto, sobre a sua legitimidade. E esse indivíduo deve ser preservado em sua dignidade e autonomia no sentido de que, frente ao direito, é dono de seus atos e de suas decisões. O campo identifica a pessoa como portadora de responsabilidade e, por conseguinte, de deveres. Essa atribuição de responsabilidade já supõe, portanto, autonomia”. (GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos*. Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.30).

³⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Direito Protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Revista civilista.com. Art.4. n°1. 2015. p.5

3.2 AS MUDANÇAS NO INSTITUTO DA INCAPACIDADE

Após doze anos em tramitação no Congresso Nacional, a Lei Brasileira de Inclusão foi aprovada, por unanimidade, no Senado Federal no início de junho de 2015, quando seguiu para sanção presidencial. A autoria da legislação é do senador Paulo Paim (PT-RS) e as relatorias foram do Romário, no Senado Federal; e da deputada Mara Gabrilli (PSDB-SP), na Câmara dos Deputados.

Na época da assinatura da lei pela presidente da república Dilma Roussef, o então ministro da Secretaria de Direitos Humanos, Pepe Vargas³⁷ emitiu uma declaração contundente:

“Agora, com o Estatuto, temos uma legislação que precisa ser implementada na sua integralidade. Não é só uma responsabilidade da União, é também dos estados, municípios e da sociedade como um todo zelar pelo cumprimento do estatuto. O Brasil se insere entre os países que tem legislação avançada e importante na afirmação dos direitos da pessoa com deficiência”.

Antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência o Código Civil Brasileiro pressupunha que os enfermos mentais não tinham capacidade, isto é, higidez psíquica, para contrair matrimônio. A presunção do legislador era que a doença impediria que essas pessoas tivessem o discernimento necessário para praticar atos da vida civil, eles eram considerados absolutamente incapazes. E qualquer negócio jurídico que eles eventualmente celebrassem seria considerado nulo.

Com o advento da nova lei, na atual redação do Código Civil apenas os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes.

A ideia basilar é que a capacidade é a regra, a incapacidade a exceção. De acordo com Sílvio Rodrigues (2002, p. 41) a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça seus direitos direta e pessoalmente. A incapacidade seria para o legislador a falta de perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos.

³⁷ Site do senador Romário. <https://romario.org/noticias/lei-brasileira-de-inclusao-e-sancionada/> Acesso em 23/10/2018.

Ou seja, atualmente para a legislação pátria entende-se que o menor de 16 anos não tem condições de manifestar sua vontade, em face de seu exíguo desenvolvimento psíquico. Falta maturidade suficiente a esse grupo para que haja manifestações de vontade. A opção pela fixação dessa idade é uma opção legislativa que pode variar de acordo com o país.

Já aqueles que sofrem de insanidade mental, portadores de determinadas doenças ou estados psicológicos do organismo humano que reduzem a capacidade de compreensão da vida e do cotidiano são considerados plenamente capazes pelo ordenamento jurídico brasileiro atual.

O critério subjetivo (psicológico) foi totalmente abolido do Código Civil, subsistindo apenas o critério objetivo (etário) para declaração de incapacidade absoluta.

De fato, é inegável que a redação anterior do Código Civil era excessivamente simplista e discriminatória, de maneira a permitir a retirada da plena capacidade de uma pessoa natural pelo simples fato dela possuir uma conformação mental diferenciada. Segundo Farias e Rosenvald³⁸ o direito constitucional à igualdade traz a reboque o direito à singularidade, que não é outra coisa senão o direito de ser diferente.

Nesse sentido, Musse³⁹ defende que a igualdade constitucional assegura o gozo das mesmas oportunidades concedidas aos “normais” pelas pessoas com transtorno mental, em relação a qualquer dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, sejam eles individuais – vida, honra, imagem, privacidade, liberdade, propriedade – ou sociais – educação, trabalho, saúde, transporte, aposentadoria, moradia, lazer”.

Houve uma mudança muito brusca na legislação, antes havia uma presunção absoluta de incapacidade, atualmente existe a presunção de capacidade plena do enfermo mental. Merece

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 13ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2015. Pág. 285

³⁹ MUSSE, Luciana Barbosa. Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P.76

ser pontuado que talvez fosse interessante promover uma espécie de gradação no grau de capacidade jurídica de pessoas nessas condições, uma avaliação casuística e fundamentada com laudos médicos que atestem se há, de fato, elementos de compreensão e discernimento naquele indivíduo, especialmente no que tange às situações afetivas e intelectuais.

Claro que o tema é muito controvertido e delicado, afinal teria um juiz de direito condições de aferir o grau de incapacidade jurídica de um ser humano com base em um laudo médico? Esse questionamento parece ser o cerne da questão.

Afinal, segundo Farias e Rosenthal⁴⁰ a própria loucura é atemporal e aespacial. Varia no tempo e no espaço, de acordo com a cultura, a crença religiosa o interesse pessoal e coletivo e o desconforto social que implicava. Historicamente há um apartheid entre a loucura e a razão.

Cabe indagação a respeito da existência de uma real fronteira entre a razão e a loucura. É necessário ressaltar a impossibilidade de precisar contornos fixos de racionalidade para que não se afronte a dignidade da pessoa humana no processo de atribuir capacidade a alguém.

Não é simples compatibilizar totalmente o reconhecimento das incapacidades com a tábua axiológica constitucional. Até que ponto na época da incapacidade absoluta havia uma espécie de proteção a própria dignidade da pessoa em seus efeitos existenciais e patrimoniais.

Afinal, existia no ordenamento uma regra de ordem pública que impedia que atos jurídicos cometidos de má-fé com deficientes mentais fossem considerados válidos de pleno direito. Evitando que estes indivíduos estivessem suscetíveis a diversos golpes de natureza patrimonial. Ou seja, se o negócio jurídico praticado fosse nocivo aos interesses do incapaz, ou se a outra parte tinha conhecimento de tal condição o negócio poderia ser invalidado, reputando-se nulo nos casos dos enfermos mentais absolutamente incapazes.

Ocorre que no afã de proteger os interesses patrimoniais, o legislador promovia uma disparidade injustificável juridicamente. Havia um total afastamento do sujeito da titularidade

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 13ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2015. Pág. 287.

de seus direitos, obstando-lhe a prática de todo e qualquer ato da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional. Sendo concedida apenas a tutela aos interesses patrimoniais, a serem efetivadas por meio de terceiros (figura do representante legal), deixando de considerar os interesses existenciais do sujeito.

É indispensável pensar a pessoa natural sobre a ótica do que ela é e não pela ótica exclusiva do que ela tem (patrimonialista). O ordenamento não estava correto ao prever que a simples declaração de incapacidade absoluta já era suficiente para proteger o enfermo mental, afinal acabava, de certa forma, alijando esse ser humano de seus direitos fundamentais e de sua cidadania. No entanto, também não parece razoável que não haja nenhum tipo de proteção as pessoas que possuem discernimento muito reduzido em função de sua patologia clínica.

4. LEI 13.146/2015 – NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De acordo com a advogada Cláudia Grabois⁴¹, presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência do IBDFAM⁴², o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão - LBI (Lei 13.146/2015) regulamenta a convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado internacional dos direitos humanos das pessoas com deficiência, ratificado pelo Decreto Legislativo 186/08 e Decreto Executivo 6.949/09.

“O tratado composto por 33 artigos de conteúdo e um protocolo facultativo trouxe mudanças que agora serão efetivadas através do Estatuto, sob a sua égide. O Estatuto coloca a pessoa com deficiência no centro do Direito, assegurando-lhe o direito fundamental à vida e à acessibilidade, assegurando, ainda, todos os recursos para os atos da vida civil, bem como o direito fundamental à capacidade civil, visando a vida independente, a autonomia e o direito de fazer as próprias escolhas com os recursos apropriados e formas de comunicação específicas que atendam as especificidades de cada pessoa com deficiência e qualquer forma de comunicação, seja por um piscar de olhos, pela tecnologia assistiva ou pela língua brasileira de sinais. Neste sentido, o auxílio para os atos da vida civil foi assegurado, conferindo à pessoa com deficiência os seus recursos e apoios, e as escolhas destes, em conformidade com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

Antes da Lei 13.146/2015 entrar em vigor no dia 02 de janeiro de 2016, após 180 dias de sua publicação oficial em 6 de julho de 2015, não podemos negligenciar que o Brasil já havia internalizado a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com o status de emenda constitucional.

Em 2008 o Brasil ratificou a referida Convenção, adotada pela ONU. O Decreto legislativo n° 186, de 2008 aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

⁴¹IBDFAM, Belo Horizonte, 11 Jan. 2016, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5870/Estatuto+da+Pessoa+com+Defici%C3%Aancia+entra++em+vigor+em+janeiro+e+garante+mais+direitos>>. Acesso em 18/09/2018.

⁴² Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. A referente promulgação foi feita pelo Presidente da República por intermédio do Decreto nº 6.949/09.

A realidade é que a referida convenção, apesar de aprovada em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros do Congresso Nacional, e, portanto, ser equivalente às emendas constitucionais, conforme reza o Art. 5 §3º da CRFB/88 não obteve grande repercussão imediata na vida prática das pessoas com deficiência.

Ou seja, mesmo sendo parte integrante do nosso bloco de constitucionalidade⁴³ desde 2009 a matéria teve pouquíssima repercussão acadêmica e prática até o advento da Lei Ordinária 13.146/2015. Esta sim, ao mexer nas estruturas do Código Civil de 2002, em especial no regime das incapacidades, acarretou movimentação intensa a respeito da temática.

O EPD foi instituído pela Lei 13.146/2015 trouxe consigo alterações significativas no regramento da capacidade do Código Civil. A referida lei em seu artigo 2º delimita o conceito de pessoa com deficiência de maneira bastante clara: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

É notório que ao longo da trajetória da civilização humana indivíduos portadores de deficiência enfrentam obstáculos severos na sua inclusão social, tanto do aspecto do exercício pleno dos seus direitos e de sua cidadania, quanto do aspecto discriminatório, de serem vítima de preconceito.

Flávia Piovesan aponta quatro etapas relativas à proteção ao deficiente: a) a da intolerância, período, em que, na história, se o repudiava, por ser tido como impuro, sendo sua deficiência um castigo de Deus pela prática de algum pecado; b) a da invisibilidade, fase em

⁴³ Bloco de constitucionalidade consiste no conjunto de normas que funcionam como parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade, isto é, que servem para o confronto de aferição de constitucionalidade das demais normas que integram o Ordenamento Jurídico.

que os direitos do portador de deficiência eram, simplesmente, ignorados; c) a assistencialista, período em que se considerava o deficiente como um doente e como tal devia ser auxiliado, terapeuticamente, para obtenção de sua cura; d) a humanista, que procura sua inclusão social e a superação de obstáculos para a consecução de seus direitos, que devem ser resguardados normativamente.⁴⁴

Felizmente, com o avanço da discussão sobre direitos humanos no mundo, no transcorrer do tempo histórico diversos tratados foram assinados com um intuito de tutelar os direitos fundamentais dos portadores de deficiência, a saber: (i) Declaração das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (1975), (ii) Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoa com deficiência (1999), (iii) Convenção Internacional sobre Direito de Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu protocolo facultativo, assinado na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América (2007).

Estes últimos (CDPD e seu protocolo facultativo), como já mencionado anteriormente, foram ratificados e incorporados ao direito pátrio com o advento da promulgação do Decreto n° 6949/2009, adquirindo condição de emenda constitucional segundo dicção do artigo 5º.p.3º da CRFB/88.

Segundo a literalidade da CDPD:

“A deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

Essa Convenção trouxe uma visão sócio humanitária e jurídica do deficiente, propondo a inclusão das pessoas com deficiência no seio social, munindo essas pessoas de independência e igualdade de exercício da capacidade jurídica.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. in Garcia e Lazari, Manual de direitos humanos. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, vol. único, 2015. p. 241.

Maria Helena Diniz⁴⁵ entende que o projeto de lei n. 7699/2006 procurou dar efetividade aos direitos do deficiente e se converteu na lei nº 13.146/2015, que, tendo por base a CDPD, traçou diretrizes não só para a proteção do exercício dos direitos e da plena cidadania do portador de deficiência, como também para sua inclusão social, procurando o respeito à sua dignidade como ser humano e à sua autonomia da vontade, colocando em segundo plano a questão de sua vulnerabilidade.

Desta forma, a Lei 13.146/2015 trouxe um impacto relevante na teoria das incapacidades, pois pretendeu que deficientes não mais ficassem no rol dos incapazes, considerando-os como plenamente capazes, mesmo que, extraordinária e eventualmente, possam, para atender a seus interesses negociais ou patrimoniais, ficar sob curatela ou fazer uso da tomada de decisão apoiada para exercer atos da vida civil⁴⁶.

Os indivíduos intitulados na versão anterior do Código Civil de 2002 como "interditos", "sujeitos irrecuperáveis", ou ainda, aqueles "que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática" dos atos da vida civil, deixaram o rol de absolutamente e ingressaram o de relativamente incapazes.

Desta feita, pessoas anteriormente sujeitas à interdição em virtude de deficiência passam, por força da lei 13.146/2015, a ser consideradas plenamente capazes. A inovação relevante da legislação é a garantia do reconhecimento de uma presunção geral de capacidade plena em favor das pessoas com deficiência, o que somente por meio de inversão probatória contundente sucederia à incapacidade, de maneira excepcional e amplamente justificada. Inexistindo, portanto, a incapacidade absoluta.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. Revista Thesis Juris, São Paulo, V.5, N.2, pp. 263-288, Maio-Agosto.2016. p.265

⁴⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de A. R. As alterações da teoria das incapacidades à luz do Estatuto de pessoa com deficiência. Revista Síntese-Direito Civil e Processo Civil, 99:9 e 10; SANTOS, Ivana A. C. dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações no Código Civil de 2002, Revista Síntese-Direito Civil e Processual Civil, 99: 28 e 29.

Neste interim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência também inovou no instituto da curatela, reconhecendo o direito da pessoa deficiente ao exercer sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, passando a ter o caráter de medida extraordinária, que deve ser adotada somente em *última ratio*.

Neste mesmo sentido, podemos observar que foram revogados os incisos I, II e IV do artigo 1.767 do Código Civil, onde se afirmava que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à curatela.

No Brasil, a curatela é um instituto antigo que remonta às ordenações lusitanas. Seu perfil funcional sempre esteve voltado à proteção integral da pessoa maior e incapaz, confiando-se ao curador a tarefa de representá-la ou assisti-la na prática dos atos da vida civil em geral, ante à pressuposição de sua total ou parcial incapacidade de fazê-lo por si mesma. Como na estrutura do Direito Civil tradicional esses atos estavam concentrados na seara dos contratos, no regime da apropriação e no âmbito das relações familiares, os três pilares centrais do sistema privado⁴⁷, a atuação do curador era regulamentada em atenção aos interesses patrimoniais. Ainda que coubesse ao curador a administração da pessoa do curatelado, o exercício da curatela no plano das questões existenciais não merecia condicionamento legal específico.

De acordo com Joyceane Bezerra de Menezes⁴⁸ a CDPD abandona a compreensão da deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa, para entendê-la como uma limitação duradoura que se agrava pela interação dos impedimentos naturais com as barreiras sociais, institucionais e ambientais, excluindo ou dificultando a participação do sujeito no meio social. Nisso, afilia-se ao modelo social de abordagem da deficiência em oposição ao modelo médico.⁴⁹

⁴⁷ FACHIN, Luis Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p.13.

⁴⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Direito Protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Revista civilista.com. Art.4. n°1, 2015. p.4

⁴⁹ “Al contrario de lo sustentado por el modelo médico, desde los años sessenta y setenta del siglo pasado, comienza a abrirse caminho un nuevo concepto que cambia la visión tradicional que se venía teniendo de la discapacidad u que traslada el foco de lo individual a social, de la discapacidad como carência de la persona que hay remediarse, a la discapacidad como produto social, como constructo resultado de las interacciones entre um individuo y un entorno no concebido para él. El modelo social atenua fuertemente los componentes médicos de la

A autora⁵⁰ prossegue afirmando que para o exercício pleno dessa capacidade legal, a CDPD estabeleceu que os Estados deverão promover mecanismos de apoio e salvaguardas, quando necessários e, em atenção àqueles princípios cardiais (*in dubio pro capacitas e intervenção mínima*). Embora não defina taxativamente quais sejam os mecanismos de apoio, define as salvaguardas como aquelas cautelas e providências tendentes a evitar que os mecanismos de apoio venham a prejudicar os direitos das pessoas por meio de eventuais abusos, excessos ou ilegalidades. Cada Estado é livre para instituir os mecanismos de apoio que considerar úteis e adequados ao exercício dos direitos pelas pessoas com deficiência. No Brasil, a curatela foi usada como o principal mecanismo de apoio, mas, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, institui-se o mecanismo de “tomada de decisão apoiada”, alterando substancialmente o Código Civil.

A tomada de decisão apoiada, mecanismo de inspiração italiana foi uma das inovações trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão, nesse mecanismo a própria pessoa com deficiência escolhe, ela própria, duas pessoas de sua inteira confiança para prestar-lhe apoio nas decisões sobre atos da vida civil.⁵¹

Em relação à capacidade civil para o casamento especificamente, o Estatuto revogou expressamente o inciso I do art. 1.548 do Código Civil. O referido inciso dispunha ser nulo o casamento do “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.”

discapacidad, que serian unos más dentro de una série, y resalta los sociales, los factores ambientales, que resultan determinantes. Así, al considerar que las causas que están en el origen de la discapacidad son sociales, perde parte de sentido la intervención puramente médica. Las “soluciones” no deven tener cariz individual respecto de cada persona concreta “afectada”, sino que más bien deben dirigirse a la sociedade. A diferencia del modelo médico que se asienta sobre la rehabilitación de las personas con discapacidad, el modelo social pone el énfase en la rehabilitación de una sociedade, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad”. (PÉREZ BUENO, Luis Cayo y LORENZO GARCÍA, Rafael. Los difusos limites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad. In Tratado sobre discapacidad. LOURENZO, Rafael de. y PÉREZ BUENO, Luiz Cayo (Diretores). Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2007, p.1.553).

⁵⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Direito Protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Revista civilista.com. Art.4. n°1. 2015. p.5

⁵¹ Na Itália, foi instituída a “amministrazione di sostegno” pela Lei n°6, de 09 de janeiro de 2004, alternativa menos invasiva que o instituto da curatela que visa prestigiar a autonomia da pessoa, modulando a intensidade do apoio, ainda que também permita excepcionalmente o poder de assistência ou representação.

Antes da vigência da Lei 13.146/15 não era possível realizar o casamento de pessoas com deficiência mental, por vedação legal categórica, limitava-se, na prática, o direito à igualdade e a afetividade dessas pessoas. A presunção era que eles eram plenamente incapazes de entender as consequências e, portanto, de contrair matrimônio.

4.1 O CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Vale lembrar que durante muito tempo as pessoas com deficiência foram chamadas de inválidas, de incapacitadas, defeituosas, deficientes e excepcionais. Em outro período, pessoas deficientes, portadoras de deficiência com necessidades especiais e especiais. Atualmente adotou-se o termo pessoas com deficiência, pois se entende que as antigas nomenclaturas incitavam a discriminação.⁵²

A lei 13.146/2015 visando a proteção da dignidade do portador de deficiência promove alterações de artigos do Código Civil que impactam de maneira direta em institutos do Direito de Família, em especial, o casamento da pessoa com deficiência.

Após a entrada em vigor do instrumento normativo supracitado, o matrimônio contraído pelo deficiente mental passa a ser válido perante o ordenamento jurídico brasileiro. A anulabilidade do conúbio só poderá ser suscitada caso o nubente seja considerado incapaz de manifestar, de modo inequívoco, o seu consentimento.

O novo Estatuto, na medida em que considera válida a vontade do deficiente em casar, acaba por impor barreiras para anulação do casamento. O indivíduo portador de deficiência, independentemente do seu grau de discernimento, por mais severa que seja a sua deficiência mental, poderá casar livremente.

No momento após a celebração do casamento, o outro cônjuge, *ipso facto*, será transformado em herdeiro necessário e meeiro do indivíduo portador de deficiência mental.

Não há razões para discordar que o casamento é, via de regra, muito salutar para os cônjuges. No caso dos indivíduos com deficiência, sem dúvidas, contribui para sua inclusão social, reafirma a sua dignidade enquanto ser humano, a sua independência, a sua capacidade de escolher com quem deseja compartilhar sua vida e seu afeto.

⁵² SASSAKI, Romeu K. Inclusão: construindo uma sociedade para todos. 7. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

No entanto, seria leviano não pensar que em algumas situações específicas o casamento sem curatela pode representar, a *contrário sensu*, um ato lesivo aos interesses do próprio deficiente.

A título de ilustração Costa ⁵³ exemplifica: o matrimônio contraído por um indivíduo maior de dezoito anos, com a idade mental equivalente a uma criança de nove anos e capaz de manifestar sua vontade de forma clara, não será passível de anulação. Percebe-se aí uma porta aberta para um casamento no qual o outro nubente tenha interesses diversos do estabelecimento de um laço afetivo com o deficiente, como por exemplo, a obtenção de vantagens financeiras. Por óbvio, a realidade pode ser facilmente deturpada perante um enfermo mental e o mesmo se tornará deveras suscetível à dilapidação do seu patrimônio.

A autora prossegue afirmando que uma alteração como esta, ainda que bem-intencionada, pode acarretar prejuízos à segurança do incapaz que precisa ser rigorosamente protegido em todos os aspectos. Não há como desconsiderar a vulnerabilidade de um indivíduo que, por variadas causas, não têm discernimento pleno.

O Artigo 85 da lei 13.146/2015 merece ser detidamente analisado à luz de tudo que foi exposto neste trabalho até aqui.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º **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.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. (*grifos meus*)

⁵³ COSTA, Larissa Muhana Dáu. Casamento do portador de deficiência: impropriedades do novo regramento trazido pela Lei 13.146/2015. Disponível em < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9842/Casamento-do-portador-de-deficiencia-impropriedades-do-novo-regramento-trazido-pela-Lei-13146-2015> > Acessado em 01/08/2018.

O legislador promove neste artigo uma separação clara do que pode e do que não pode ser definido por eventual instituto de curatela. O casamento estaria fora do escopo das decisões passíveis de intervenção de um terceiro (curador).

Ademais, é importante ressaltar que o Artigo 84 da Lei 13.146/2015 é bastante restritivo e cauteloso com relação a própria necessidade de existir curatela. A saber:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º 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.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano. (grifos meus)

A presunção é de que o indivíduo com deficiência pode e deve exercer sozinho os atos da sua vida civil. A curatela constitui uma medida protetiva extraordinária, *última ratio*.

De acordo com Joyceane Menezes e Jader Neto⁵⁴ o instituto da curatela sofreu diversas alterações ao longo dos anos, mas preserva forte a razão pela qual foi instituída – a tutela do aspecto patrimonial do curatelado. Muitas das disposições pertinentes são legadas das ordenações portuguesas e padecem de maior adequação ao conjunto de direitos humanos que se destinam especialmente à pessoa com deficiência. As normas pertinentes à curatela apostam no mecanismo de substituição da vontade do curatelado pela vontade do seu curador, o que não é adequado ao campo das relações subjetivas existenciais.

⁵⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de.; NETO, Jader de Figueiredo Correia. Interdição e Curatela no Novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do Direito Civil Constitucional. Disponível em <www.publicadireito.com.br/artigos> Acessado em 03/09/2018. p.15.

Os autores, em complemento, afirmam que sob a ótica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não se pode aquinhoar a personalidade de nenhum ser humano. Cabe à sociedade incluir e não excluir a pessoa com limitações físicas, psíquicas ou intelectuais. No plano da capacidade de agir, é de se perguntar qual o âmbito da autonomia do sujeito e em qual esfera dessa autonomia apresenta dificuldades volitivas. Somente quanto a esse aspecto deve ser aplicada a interdição. A restrição da capacidade de agir deve ser muito bem demarcada e criteriosa. Por seu turno, o curador deve procurar sempre buscar qual seria a vontade do curatelado no que toca à condução dos negócios que ficarem sob sua responsabilidade. Não se admite a fria substituição de vontade.⁵⁵

O que podemos observar claramente neste ponto é que houve uma substancial mudança de paradigma com o advento da lei. Antes, o que existia era um modelo médico, guiado exclusivamente por diagnósticos de saúde mental, o que era apregoado como uma forma de “proteger” o sujeito com deficiência. A vontade da pessoa era substituída porque o entendimento era no sentido que ela não saberia/conseguiria cuidar de si própria.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que goza de status constitucional, em seu artigo 23 alterou completamente a percepção sobre a questão; o que, naturalmente, se refletiu no texto do EPD anos depois.

Artigo 23 Respeito pelo lar e pela família

1. Os Estados Partes deverão tomar medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

a. Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;

b. Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre eles e de ter acesso

⁵⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de.; NETO, Jader de Figueiredo Correia. Interdição e Curatela no Novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do Direito Civil Constitucional. Disponível em <www.publicadireito.com.br/artigos>. Acessado em 03/09/2018. p.15

a informações adequadas à idade e a orientações sobre planejamento reprodutivo e familiar, bem como os meios necessários para exercer estes direitos; e

c. As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

2. Os Estados Partes deverão assegurar os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos a guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso estes conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, será primordial o que for melhor para a criança. Os Estados Partes deverão prestar a devida assistência às pessoas com deficiência no exercício de suas responsabilidades na criação dos filhos.

3. Os Estados Partes deverão assegurar que as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar. Para a realização destes direitos e para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação de crianças com deficiência, os Estados Partes deverão fornecer informações rápidas e abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias.

4. Os Estados Partes deverão assegurar que uma criança não poderá ser separada de seus pais contra a vontade deles, exceto quando autoridades competentes, sujeitas à revisão judicial, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, por ser melhor para a criança. Em nenhum caso, uma criança deverá ser separada dos pais sob alegação de deficiência dela ou de um ou ambos os pais.

5. Os Estados Partes deverão, caso a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar dela, fazer todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos por outros parentes e, se isso não for possível, por uma família da comunidade. (*grifos meus*)

Em uma leitura baseada em um modelo social, a deficiência resulta das dificuldades que a pessoa enfrenta em relações às barreiras impostas pela sociedade. Nesse sentido, o antigo regime de capacidade civil representava uma barreira atitudinal/comportamental da sociedade brasileira em relação as pessoas com deficiência.

A única exigência que a Convenção traz para o casamento da pessoa com deficiência é apenas o livre e pleno consentimento dos pretendentes.

Apesar dessa disposição estar no nosso ordenamento com status de emenda constitucional desde de 2009, apenas em janeiro de 2016 essa disposição de liberdade total para escolher o cônjuge e casar se concretizou no Brasil. Até então, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, figurou como letra-morta⁵⁶ no ordenamento jurídico brasileiro. Produzindo pouquíssimos efeitos práticos.

⁵⁶ No jargão jurídico é a lei que não tem valor, embora esteja vigente.

4.2 A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O que foi posto em debate pela comunidade jurídica após a publicação da Lei Brasileira de Inclusão foi a adequação paradigmática do regime das incapacidades.

Segundo Ana Carolina Brochado, o que se coloca em questão é o cabimento funcional do regime das incapacidades, da forma como ele foi concebido em sua gênese e assim transportado para o Código Civil de 1916 e para o de 2002. Sua finalidade patrimonialista – a proteção dos incapazes na prática dos negócios jurídicos, de modo a evitar que dilapidassem o patrimônio próprio, além de resguardar terceiros que com eles contratassem – visava atribuir certeza e estabilidade no trânsito jurídico.

Entretanto, à luz do direito civil-constitucional, tornou-se incoerente a manutenção desse sistema aprioristicamente fechado para o cumprimento dos objetivos expressos na Carta Magna. Por essa razão, é necessária uma flexibilização das categorias jurídicas instituídas pelo regime das incapacidades, com escopo de dar concretude aos espaços de autonomia que podem se efetivar através do discernimento e da maturidade do incapaz. Aprisionar a pessoa humana – sem considerar suas vicissitudes – em categorias estanques coloca dificuldades e empecilhos ao seu livre desenvolvimento, tolhe sua personalidade, além de limitar suas potencialidades, o que contraria toda a principiologia constitucional, tornando-se prisão institucionalizada.⁵⁷

Ainda em 2009, antes do EPD, Brochado já argumentava que no regime das incapacidades, a incapacidade absoluta não era uma categoria útil em abstrato quando se tratar de doente mental, pois, se a incapacidade deve ser fixada casuística e procedimentalmente, ela deve englobar, apenas, o déficit psíquico, devendo o juiz pronunciar-se no processo judicial: a) se houver grande comprometimento da doença mental, quais atos o interdito pode praticar, b) se não houver comprometimento substancial, os atos que o interdito não pode praticar. Assim, os limites da curatela devem ser, sempre, fixados pelo juiz, preservando os atos que o curatelado

⁵⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. “Deficiência Psíquica e Curatela: Reflexões sobre o viés da autonomia provada”. *Direito das Famílias e Sucessões* N°7 – Dez-Jan/2009, pág 78.

pode praticar, principalmente os afetos às escolhas personalíssimas do indivíduo, que contribuem diretamente para a concretização da sua dignidade e para a expansão da sua personalidade.⁵⁸

Como já exposto no capítulo 2.1 deste trabalho, podem os nubentes adotar qualquer dos regimes de bens previstos na legislação ou acordar um regime próprio. No silêncio dos noivos, vigorará o regime da comunhão parcial. No entanto, há hipóteses legais em que a vontade dos nubentes não é respeitada. Impõe a lei o regime da separação obrigatória (art. 1641 CC): I- quando o casamento se realiza contra a recomendação do legislador de que não devem casar (art. 1523 CC)⁵⁹; II – aos maiores de 70 anos; e III- a todos que dependerem de suprimento judicial para casar.

Para Dias (2015, p. 326) trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente a teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar os efeitos patrimoniais ao casamento. Os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros (art. 977 CC)⁶⁰. Nem para venda de bens de ascendentes a descendentes (art. 496, p. único CC)⁶¹ se faz necessário o consentimento

⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. “Deficiência Psíquica e Curatela: Reflexões sobre o viés da autonomia provada”. Direito das Famílias e Sucessões N°7 – Dez-Jan/2009, pág 79.

⁵⁹ Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

⁶⁰ Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

⁶¹ Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

do cônjuge. Pelo jeito, podem os cônjuges sozinhos alienar e gravar de ônus real seus bens, agir em juízo com referência a eles sem a vênia conjugal, assim pode prestar fiança e aval. A lei fala em regime de separação “absoluta” querendo dizer “obrigatória” (art. 1647 CC)⁶². Parece que a intenção do legislador é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios.

Na opinião de Maria Berenice Dias das hipóteses em que a lei determina a separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos (art. 1641, II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso⁶³. Para Érica Verícia de Oliveira Canto⁶⁴ a limitação da vontade em razão da idade, longe de se constituir em uma preocupação (norma protetiva), se constitui uma verdadeira sanção.

Para todas as outras previsões legais que impõe a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o

⁶² Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada. Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

⁶³ O Estatuto do Idoso, de iniciativa do Projeto de lei nº 3.561 de 1997 e de autoria do então deputado federal Paulo Paim, foi fruto da organização e mobilização dos aposentados, pensionistas e idosos vinculados à Confederação Brasileira dos Aposentados e Pensionistas (COBAP), resultado de uma grande conquista para a população idosa e para a sociedade. Após seis anos tramitando no Congresso, o Estatuto do Idoso foi aprovado em setembro de 2003 e sancionado pelo presidente Lula no mês seguinte, ampliando os direitos dos cidadãos com idade acima de 60 anos. Mais abrangente que a Política Nacional do Idoso, lei de 1994 que dava garantias à terceira idade, o estatuto institui penas severas para quem desrespeitar ou abandonar cidadãos da terceira idade.

⁶⁴ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.300.

regime de bens quando do casamento. A imposição de incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.⁶⁵

Nas outras hipóteses do art. 1523 CC que impõe esse regime de bens, o juiz pode excluir a apenação. O que não ocorre com os noivos idosos. Neste caso não há opção. A lei não dá brechas. Mesmo que no caso concreto provem que o comprometimento e o amor são sinceros, que há total discernimento acerca das consequências do matrimônio e que por vezes, sequer têm família a quem deixar seus bens. Essa regra escancara a falta de isonomia que esta regra encerra.

Conforme Rolf Madaleno (p. 167) manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens, porque as pessoas casaram sem obedecer às causas suspensivas da celebração do casamento, ou porque contavam com mais de 70 anos, ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial, é ignorar princípios elementares do direito constitucional. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.

Imposto o regime da separação obrigatória, questionamento há sobre a possibilidade e até a utilidade de os nubentes firmarem pacto antenupcial. Bem, se a finalidade for afastar o regime que a lei impõe, estaria ferido de ineficácia. Mas se for para adotar o regime da separação total de bens, o pacto se justifica, pois a constitucionalidade da restrição legal é questionada pela jurisprudência.⁶⁶

A restrição à autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão de bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar as Súmula 377 que dispõe “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” É nítido que o enunciado possui um conteúdo ético que permite a meação sobre o patrimônio construído

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.327 e p.328.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.330.

durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro.

No mínimo, é imperioso reconhecer que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento. Essa foi a lógica que inspirou a edição da súmula.

Se já existe toda essa controvérsia em torno do conteúdo ético e moral de se presumir que um idoso é incapaz de dispor de seu próprio patrimônio ao casar após os 70 anos. Não parece razoável supor que incluir o casamento da pessoa com deficiência nesta categoria legal de separação obrigatória de bens seria um caminho bom técnica e humanamente a ser considerado para cuidar da questão patrimonial do casamento da pessoa com deficiência.

Outra “solução” para resguardar o patrimônio da pessoa com deficiente seria gravar com cláusula de inalienabilidade os seus bens, o que seria bastante agressivo e gravoso. A cláusula de inalienabilidade inclui-se, ao lado das cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, no grupo das denominadas cláusulas restritivas que, em breve síntese, apresentam como característica comum representarem restrições à livre disposição (compreendida em sentido amplo) de bens.⁶⁷ Consistem, então, em limitações às faculdades do proprietário do referido bem.

A cláusula de inalienabilidade sempre sofreu contundentes críticas doutrinárias em função de seus efeitos. Nessa direção, afirma-se que consiste em instrumento que implica restrição desmedida à livre circulação de riquezas, contrária, pois, aos interesses da economia. Asseverou-se, ainda, que comportaria verdadeira desnaturalização do domínio, vez que extirparia do proprietário a faculdade de dispor do bem, o que não se coadunava com o conceito de propriedade. O instituto, assim, serviria apenas para propiciar fraudes, não se justificando sua previsão no sistema legislativo pátrio.⁶⁸

⁶⁷ “As cláusulas restritivas permitidas são: a) inalienabilidade; b) incomunicabilidade; c) impenhorabilidade” (Orlando Gomes, Sucessões, Rio de Janeiro: Forense, p. 169).

⁶⁸ Veja-se, por todos, as críticas de Ferreira Alves: “A inalienabilidade está em oposição com uma lei fundamental da economia política, a que exige a livre circulação dos bens, lei esta que interessa em o mais alto grau a riqueza pública, e portanto, toda condição que derroga essa lei, é contrária ao interesse geral e assim ilícita” (Ferreira

5. AVANÇO OU RETROCESSO?

Existem relações jurídicas patrimoniais que se inserem nas relações jurídicas existenciais pertinentes ao direito de família, a denotar relações negociais, de caráter obrigacional e patrimonial, que se encontram imbricadas com as relações familiares.⁶⁹ É preciso discutir as questões que se relacionam ao regime de bens do casamento.

Segundo Edson Fachin⁷⁰ todo casamento, obrigatoriamente, seguirá um regime de bens. Assim, se a pessoa com deficiência é plenamente capaz de contrair matrimônio, também será, em regra, para escolher o regime de bens específico e ausente a restrição legal do regime do artigo 1.614 do Código Civil.⁷¹

Beatriz Capanema faz uma divisão didática para melhor sintetizar as hipóteses possíveis de casamento das pessoas com deficiência. A saber: (i) com total discernimento e aptidão genérica para os atos da vida civil; (ii) com discernimento parcial, com aptidão para contrair matrimônio, podendo ser curatelada ou não; (iii) sem qualquer discernimento, podendo ser curatelada ou não.

Ocorre que o brocardo *habilitis ad nuptias, habilis as pacta nuptialis* se aplica nessas situações de casamento. Visto que alguns doutrinadores entendem que as pessoas que ao contrair matrimônio, também estão aptas para obrigações estabelecidas em pactos antenupciais.

No caso (i) não há grande controvérsia a ser debatida, visto que existem pessoas cuja deficiência não compromete em nada o discernimento necessário para a realização de atos da

Alves, Manual do Código Civil Brasileiro, vol. XIX, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1918, p. 190). Ver também Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao Novo Código Civil, vol XXI, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 493-495.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva e o regime de bens na união estável de cônjuges separados. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v.2, p.109-126, out./dez. 2014.

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar,2003,p.177.

⁷¹ Artigo que dispõe sobre o regime de separação de bens obrigatória.

vida civil cotidiana. Aqui a Lei de Inclusão foi muito bem-vinda e fez justiça aos indivíduos que antes eram discriminados de antemão como absolutamente incapazes em razão de uma postura prévia e discriminatória do legislador.

As situações controvertidas estão nas hipóteses subsequentes: (ii) pessoa com parcial discernimento, mas com aptidão para compreender e desejar os efeitos e consequências do casamento, podendo ou não estar submetida à curatela.

Quando for hipótese de pessoa submetida à curatela, o entendimento é que o curador deverá assistir na escolha do regime de bens do curatelado, tendo em vista que há aspecto eminentemente patrimonial envolvido. Se houver situação de conflito de interesses entre o que o curador e curatelado, a solução pode ser dada pelo juízo da interdição em questão. A este caberá a solução da divergência.

É muito importante deixar claro que a pessoa com deficiência, ainda que submetida à curatela, não pode ter obstado o seu direito de exercício à conjugalidade. A presença do curador somente será exigida em ocasiões houver questões patrimoniais envolvidas.

A decisão de casar é personalíssima. A decisão de casar ou não será sempre do nubente. Ou seja, a intervenção de eventual curador não se trata de autorização para casar, conforme estabelecia o antigo artigo 1.518 do Código Civil⁷². Em síntese, a intervenção de curador nunca será no sentido de validar ou não o ato do casamento, mas apenas tão somente interferir na escolha do regime de bens, sempre no melhor interesse do curatelado.

A intervenção do curador na escolha do regime de bens do curatelado de forma alguma viola o artigo 85 da LBI que trouxe um perfil completamente novo ao instituto da curatela. Restringindo o alcance do regime de curadoria somente aos atos de caráter patrimonial. Ao ajudar a escolher o regime de bens de um casamento, não há intervenção na situação jurídica

⁷² Redação anterior ao EPD: “ Art. 1518. Até à celebração do casamento podem os pais, tutores e curadores revogar a autorização”.

de caráter existencial (a escolha de casar). Assim, o objetivo da lei de Inclusão e a da Convenção Internacional permanece respeitado.

Se a pessoa com discernimento parcial não for submetida à curatela e desejar contrair matrimônio, a escolha do regime de bens será por ela realizada, uma vez que apenas pela existência de limitação intelectual não pode ser considerada incapaz e, portanto, continua apta ao casamento. Entretanto, pode estar sujeita a eventual análise sobre a (in) validade.⁷³

Neste sentido, para prevenir futuras alegações de invalidade dos atos, as pessoas com deficiência e discernimento reduzido, que não se encontram submetidas à curatela, poderão se valer da tomada de decisão apoiada, a fim de que exerçam a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais.

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida fazem um destaque importante que na tomada de decisão apoiada “os apoiadores funcionam com coadjuvantes do processo de tomada de decisões a respeito das escolhas de vida da pessoa com deficiência”, e não como acontecia na hipótese da curatela, “quando se eclipsa a vontade da pessoa curatelada, num verdadeiro processo de substituição”⁷⁴. Devendo, assim, o apoiador atuar ao lado da pessoa com deficiência, orientando-a no processo decisório, e não assumindo o papel de substituto.

Assim, diferentemente da curatela que servia para proteger pessoas já legalmente consideradas incapazes⁷⁵, o instrumento da tomada de decisão apoiada surge para auxiliar as

⁷³ YOUNG, Beatriz Capanema. A Lei Brasileira de Inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual in BARBOZA, Heloisa Helena, MENDONÇA, Bruna Lima de., ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coordenadores). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Editora Processo. Rio de Janeiro. 2017.185-216. p.199.

⁷⁴ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in) capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coordenador). Impactos do novo CPC e EPD no Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum,2016.p.269.

⁷⁵ Tem-se com a Lei Brasileira de Inclusão, por força do artigo 84 p.1º, uma nova categoria de pessoas capazes sob curatela: “quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. A orientação da LBI é clara: mesmo com a curatela, não temos uma pessoa incapaz. Como afirma Pablo Stolze, “temos, portanto, um novo sistema que vale salientar, fará com que se configure como “imprecisão técnica” considerar-se pessoa com deficiência incapaz. Ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a

pessoas com deficiência, conservando a sua capacidade, através da promoção da sua autonomia e dignidade. Trata-se de mecanismo meramente facultativo e que, por isso mesmo, prevê, como único legitimado a requerê-lo o próprio apoiado.

O primeiro ponto importante que deve ser destacado é que a deficiência pode ocorrer com qualquer pessoa, o que difere de outras minorias é que a deficiência pode ocorrer em qualquer momento da vida de uma pessoa, bastando para isso que estejamos vivos. Por óbvio que existem casos que a pessoa já nasce com a deficiência; seja por um acidente ou até mesmo por um problema genético. Assim, as pessoas precisam entender que, a sociedade de uma maneira geral, precisa se reeducar e se adequar as pessoas com deficiência e, não de forma contrária como geralmente se entende.⁷⁶

A dignidade constitui um valor universal, não impedindo as diversidades socioculturais dos povos. As pessoas mesmo com todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, são detentoras de igual dignidade, embora sejam diferentes pela sua individualidade, pela condição humana apresentam as mesmas necessidades e faculdades vitais.⁷⁷

Dessa forma, em relação ao princípio da igualdade, importante frisar que a promoção da igualdade de oportunidades e a proibição de discriminação das pessoas com alguma limitação funcional só foi possível a partir da consolidação do modelo social de deficiência.⁷⁸

Antes desse fato, a deficiência era concebida como uma questão estritamente individual, como reflexo, o poder público tomava medidas puramente assistencialista e caritativa, não reconhecendo a pessoa com deficiência como sujeito de direitos.⁷⁹

condução da sua própria vida.” (STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. Jus.com.br, Julho de 2015)

⁷⁶ KOYAMA, Débora Fazolin. Os reflexos da lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência- no sistema jurídico brasileiro. São Paulo, 2017. p.23

⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo, Moderna, 2ª ed, 2004, p.14.

⁷⁸ LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e FILHO, Waldir Macieira da Costa. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo, Saraiva, 2016, p.65-66.

⁷⁹ LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e FILHO, Waldir Macieira da Costa. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo, Saraiva, 2016, p.65-66.

Deve-se destacar que o princípio da igualdade busca trazer à sociedade através de seu conteúdo normativo, meios que possibilitem o tratamento isonômico entre as pessoas sem nenhuma discriminação que vise tolher direitos, mas pelo contrário, ampliá-los para o fim de zelar pelos desiguais na medida de suas desigualdades, para que haja justa igualdade em perfeita consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁰

A LBI traz nos artigos 4º a 8ª, dois preceitos centrais, quais sejam: o direito à igualdade de oportunidades e a proibição de discriminação contra a pessoa com deficiência. Com isso, podem-se visualizar medidas positivas a fim de propiciar a equiparação de oportunidades entre as pessoas com deficiência e as demais (discriminação positiva). E a outra, a vedação expressa de discriminação negativa, qual seja, exclusão social ou restrição de direitos.⁸¹

Tal qual no Código de 1916, o Código Civil Brasileiro de 2002, o simples fato da pessoa possuir algum tipo de debilidade mental já implicava em uma indução de tratá-la como incapaz (absoluta ou relativamente).

O escopo do surgimento de uma teoria de incapacidades foi o de proteger o indivíduo que não tem idade suficiente ou que padece de algum mal que lhe impede de ter pleno discernimento de sua conduta. O âmbito desta proteção não ocorre tão somente em relação aos outros indivíduos e contra situações da vida, mas, sobretudo, em relação ao próprio ser incapaz.⁸²

Aliás, sempre se entendeu que pode ser um risco à própria pessoa com deficiência mental conferir a ela capacidade plena.⁸³

⁸⁰ MELLO, Cleyson de Moraes e Moreira, Thiago. Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015, p.274.

⁸¹ LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e FILHO, Waldir Macieira da Costa. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo, Saraiva, 2016, p.69.

⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens. 3ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2010, p.140.

⁸³ TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Milano, Giuffrè, 1996. p.71.

Os valores inerentes ao Código Civil de 1916 (patrimonialismo e individualismo), mantidos com relação à teoria das incapacidades no Código Civil de 2002, geraram um modelo de saúde assistencialista extremo, em que pessoas com deficiência mental eram rotuladas como loucas (ou loucos de todo gênero⁸⁴) e incapazes, havendo a transferência compulsória das decisões e escolhas (inclusive existenciais) para o curador, o que esvaziava a autonomia privada por completo e açodava ainda mais o consciente coletivo de que era necessário o isolamento do convívio social destas pessoas. Isso por consequência não permitia o adequado desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência, culminando em “morte civil” disfarçada delas.⁸⁵

Em outras palavras, as restrições ao exercício da capacidade civil para fins negociais acabavam por restringir indevidamente o exercício de direitos não econômicos (existenciais), relativos ao nome, à saúde, à integridade física, ao credo religioso, à intimidade, à educação, ao casamento e a à constituição de união estável; ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos; ao exercício do direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, à conservação de sua fertilidade, ao exercício do direito à família e à convivência familiar e comunitária e etc.⁸⁶

Em que pese as densas críticas, abrindo-se a consciência é possível compreender o que o Estatuto pretendeu realizar. O Estatuto pretendeu uma mudança paradigmática. O que o legislador fez, com inspiração na Convenção Internacional, é uma verdadeira desconstrução ideológica.⁸⁷

⁸⁴ “Expressão imprópria não só do ponto de vista técnico, bem como quanto ao respeito devido à pessoa humana” CHINELLATO, Silmara Juny. In: MACHADO, Costa; CHINELLATO, Simara Juny. Código Civil interpretado. 9ª edição. - Barueri: Manole. 2016. p.37

⁸⁵ FILHO, Roberto Alves de Oliveira; SILVA, Marcelo Rodrigues da. A capacidade das pessoas com deficiência mental: (IN)Constitucionalidade In: REIS, Clayton, JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Direito Civil Contemporâneo I organização CONPEDI/UNICURITIBA; Florianópolis,2016. p.16

⁸⁶ FILHO, Roberto Alves de Oliveira; SILVA, Marcelo Rodrigues da. A capacidade das pessoas com deficiência mental: (IN)Constitucionalidade In: REIS, Clayton, JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Direito Civil Contemporâneo I organização CONPEDI/UNICURITIBA; Florianópolis,2016. p.16

⁸⁷ Neste mesmo sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. 18ª edição. São Paulo: Saraiva. 2016. p.147.

Diante da importante função que a entidade familiar exerce frente a promoção da dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não se pode obstar o exercício do direito à conjugalidade da pessoa com deficiência, mesmo quando submetida à curatela, quando esta mantiver condições mínimas de manifestar uma vontade jurígena e de entender o que o negócio matrimonial representa e suas consequências jurídicas.⁸⁸

Não obstante, quando for necessário e desejado pela própria, a pessoa com deficiência se valerá da intervenção do curador ou do apoiador, dependendo do caso concreto, na escolha do regime de bens- aspecto patrimonial decorrente da situação jurídica subjetiva existencial – que seja do melhor interesse do indivíduo, valendo-se sempre que possível do discernimento exteriorizado pela pessoa com deficiência.⁸⁹

Em um ato civil como o casamento, não há possibilidade de desvencilhar o aspecto patrimonial do afetivo, uma vez que ao casar, necessariamente, os nubentes optam por um regime de bens. Com todo o exposto, não há dúvidas que a pessoa com deficiência precisa ter sua escolha respeitada e sua dignidade preservada. Caso os familiares (curador ou pessoas escolhidas para decisão apoiada) do deficiente tenham reservas quanto a idoneidade do cônjuge e desconfiança com relação ao objetivo diverso do amoroso (o famigerado “golpe do baú”), uma saída adequada seria a constituição de um *trust*⁹⁰ familiar em favor daquele deficiente.

A separação obrigatória de bens tal qual imposta aos septuagenários é uma medida inadequada. Além de já ser muito criticada pela doutrina por ser invasiva e desrespeitosa com os idosos, não seria razoável “punir” indiscriminadamente todos os casamentos de pessoa com

⁸⁸ YOUNG, Beatriz Capanema. A Lei Brasileira de Inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual. In: BARBOZA, Heloisa Helena, MENDONÇA, Bruna Lima de, ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p.212.

⁸⁹ YOUNG, Beatriz Capanema. A Lei Brasileira de Inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual. In: BARBOZA, Heloisa Helena, MENDONÇA, Bruna Lima de, ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p.212.

⁹⁰ Pode ser definido como a situação jurídica na qual alguém (denominado de trustee ou fiduciário) adquire determinado bem, em caráter fiduciário e mediante um regime especial de proteção patrimonial, assumindo o dever de empregá-lo em determinada finalidade.

deficiência partindo do pressuposto de uma suposta má-fé do cônjuge. A regra é a boa-fé contratual, o parâmetro precisa ser mesmo a livre escolha do regime de bens.

Infelizmente, o instituto do *trust* ainda não é aceito no Brasil e tem uma imagem péssima ligada a lavagem de dinheiro. O que indica uma grande desinformação das autoridades nacionais.

De acordo com Milena Donato Oliva⁹¹, com a fidúcia haveria a segurança decorrente da blindagem patrimonial, na medida em que os bens destinados à promoção das pessoas com deficiência integrariam patrimônio separado, insuscetível de ser atacado pelo cônjuge, herdeiros ou credores do fiduciário.

A fidúcia reforçaria a proteção das pessoas com deficiência, ao permitir que a gestão de bens ocorra em atenção às suas necessidades específicas, bem como seja dotada das necessárias agilidade e segurança. Por isso que, aos moldes de outros ordenamentos, o Brasil poderia incorporar os principais efeitos do *trust*, a fim de potencializar a proteção de ponderosos interesses mercedores de tutela. Cuida-se de mais uma ferramenta, ao lado da tomada de decisão apoiada e da curatela, para proteção do patrimônio das pessoas com deficiência sem se imiscuir na sua vida afetiva e personalíssima.

⁹¹ OLIVA, Milena Donato. A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do trust pelo direito brasileiro. Revista dos Tribunais. Vol. 938/2013. P. 59-76. Dezembro/2013.

5.1. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respondendo à pergunta que norteia o presente trabalho “ a mudança do Código Civil Brasileiro, promovida pelo Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que permite que um deficiente seja considerado plenamente capaz de casar é um avanço em termos de liberdade individual do deficiente ou retrocesso jurídico que retira o mecanismo de “proteção jurídica” que existia na antiga redação do Código Civil?”

Por todo exposto, conclui-se que estamos diante de um avanço incrível em termos de liberdade individual da pessoa com deficiência. Uma legislação muito avançada em termos de reconhecimento de Direitos Humanos. A lei 13.146/15 é, sem dúvidas, uma grande conquista das pessoas deficientes intelectuais, dos parlamentares e ativistas que trabalharam em prol da sua promulgação.

A Lei Brasileira de Inclusão traz à tona uma reflexão muito valiosa sobre o modelo social e o paradigma do Direito. É realmente difícil se afastar do modelo de saúde totalmente assistencialista que paira no consciente coletivo da sociedade quando estamos diante de pessoas com deficiência. A tendência, culturalmente construída, é de tentar “proteger”, partir do pressuposto da incapacidade delas de lidar com as situações da vida cotidiana.

Na lógica trazida pelo Estatuto, cabe as pessoas com deficiência mental protagonizarem as próprias vidas e fazerem suas próprias escolhas, com acesso a todos os recursos necessários (tomada de decisão apoiada, por exemplo) para este fim. A mudança de mentalidade e de percepção da sociedade realmente leva tempo, é um processo lento e gradual. Por isso tantas reações e opiniões negativas à época da alteração do Código Civil no que tange ao regime de capacidades.

A hipótese inicial deste trabalho de que na intenção de privilegiar a autonomia das pessoas com deficiência intelectual, o legislador pode ter aumentado a vulnerabilidade no tocante à proteção jurídica que esses deficientes dispunham no regime jurídico anterior é parcialmente procedente. Procede apenas no que tange ao aspecto patrimonial. Visto que no aspecto existencial, a mudança da LBI foi formidável.

O Estatuto é, sem dúvidas, uma conquista importante e inquestionável das pessoas com deficiência mental. No entanto, temos que enfrentar com seriedade a questão do regime de bens do casamento da pessoa com deficiência. Nesse sentido, seria interessante estudar mais profundamente a aplicabilidade do instituto do *trust* na proteção do patrimônio da pessoa com deficiência que contrai matrimônio no Brasil.

Diversamente do regime da separação obrigatória de bens como imposição obrigatória e agressiva e da cláusula de inalienabilidade, o *trust* é a possibilidade que a gestão patrimonial ocorra em proveito do sujeito com necessidade especial independentemente de sua interdição, o que possibilita a proteção de seus interesses sem, por outro lado, submetê-lo ao delicado processo de aferição de sua incapacidade.⁹² Como, por exemplo, um eventual processo de interdição.

⁹² Como observa argutamente Caio Mário da Silva Pereira, “(...) a interdição, posto instituída na defesa do doente mental, não deixa de ser vexatória e opressiva, porque retira ao indivíduo a capacidade de gerir seus bens e dirigir sua pessoa” (op. cit., p. 514). “I trust in favore di soggetti disabili furono fra i primi a essere istituiti qualche anno fa e sono frequenti oggi. (...). Il fedecommesso è connesso all’interdizione, attuale o presumibile, il trust ovviamente no. Si può quindi ricorrere al trust quando manchi e non sia presumibile l’interdizione, ma sia tuttavia opportuno provvedere agli interessi di un soggetto debole: per esempio, nei casi di gravi disabilità fisiche, ma no psichiche, di difficoltà di attendere ai propri interessi, che non integrino i presupposti per l’interdizione, ovvero quando il soggetto dovrebbe essere interdetto, ma i suoi familiari non desiderano avviare la relativa procedura (il che non è affatto raro)” (Maurizio Lupoi. Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari., p. 334-335).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens**. 3ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2010

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 7. ed. Recife: Editora Rio, 1976.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in) capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coordenador). **Impactos do novo CPC e EPD no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.nais, 2002.

_____. Promulgada em 25 de agosto de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson,2006.

CHINELLATO, Silmara Juny. In: MACHADO, Costa; CHINELLATO, Simara Juny. **Código Civil interpretado**. 9ª edição. - Barueri: Manole. 2016.

COSTA, Larissa Muhana Dáu. **Casamento do portador de deficiência: impropriedades do novo regramento trazido pela Lei 13.146/2015**. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9842/Casamento-do-portador-de-deficiencia-impropriedades-do-novo-regramento-trazido-pela-Lei-13146-2015>. Acessado em 01/08/2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo, Moderna, 2ª ed, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2,2015.

DINIZ, Maria Helena. **A nova teoria das incapacidades**. Revista Thesis Juris: São Paulo, V.5, N.2, pp. 263-288, Maio-Agosto.2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

FACHIN, Luis Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. Ed. São Paulo. Atlas,2014.

FILHO, Roberto Alves de Oliveira; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **A capacidade das pessoas com deficiência mental: (IN) Constitucionalidade** In: REIS, Clayton, JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Direito Civil Contemporâneo I** organização CONPEDI/UNICURITIBA; Florianópolis,2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: 2013.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 2003. GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

IBGE. **Censo demográfico: 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência.** Rio de Janeiro. 2010.

KOYAMA, Débora Fazolin. **Os reflexos da lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência- no sistema jurídico brasileiro.** São Paulo, 2017.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e FILHO, Waldir Macieira da Costa. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.** São Paulo, Saraiva, 2016.

LUPOI, Maurizio. **Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari.** Cedam, 1st edition, 2010. Italian.

MACHADO, Costa; CHINELLATO, Simara Juny. **Código Civil interpretado.** 9ª edição. - Barueri: Manole. 2016.

MADALENO, Rolf. **A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens:** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 13, n. 25, p. 5-32, Dezembro/Jan. de 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Cleyson de Moraes e Moreira, **Thiago. Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015

MENDONÇA, Bruna Lima de, ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O Direito Protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Revista civilista.com. Art.4. n°1, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de.; NETO, Jader de Figueiredo Correia. **Interdição e Curatela no Novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do Direito Civil Constitucional.** Disponível em <www.publicadireito.com.br/artigos>. Acessado em 03/09/2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVA, Milena Donato. **A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do trust pelo direito brasileiro**. Revista dos Tribunais. Vol. 938/2013. P. 59-76. Dezembro/2013.

PIOVESAN, Flávia. in Garcia e Lazari, **Manual de direitos humanos**. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, vol. único, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 23 Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. - 9. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SASSAKI, Romeu K. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. 7. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. Jus.com.br, Julho de 2015.

SILVA, Fernanda. **Princípio Constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **“Deficiência Psíquica e Curatela: Reflexões sobre o viés da autonomia provada”**. Direito das Famílias e Sucessões N°7 – Dez-Jan/2009.

TEPEDINO, Gustavo. **A boa-fé objetiva e o regime de bens na união estável de cônjuges separados**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v.2, out./dez. 2014.

TRIMARCHI, Pietro. **Instituzioni di diritto privato**. Milano, Giuffrè, 1996.

VIEGAS, Cláudia Mara de A. R. **As alterações da teoria das incapacidades à luz do Estatuto de pessoa com deficiência.** Revista Síntese-Direito Civil e Processo Civil, 99:9 e 10; SANTOS, Ivana A. C. dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações no Código Civil de 2002, Revista Síntese-Direito Civil e Processual Civil, 99.

YOUNG, Beatriz Capanema. **A Lei Brasileira de Inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual.** In: BARBOZA, Heloisa Helena, MENDONÇA, Bruna Lima de, ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017.