

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DO CIDP

(17 A 19 DE JANEIRO DE 2018)

O CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Anelize Pantaleão Puccini Caminha²

Resumo: O presente artigo examina as disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, com o respectivo Protocolo Facultativo, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, relativas ao instituto jurídico do casamento. O objetivo é identificar as alterações promovidas por tais diplomas normativos no ordenamento jurídico brasileiro e avaliar o seu impacto na proteção jurídica desse importante segmento da sociedade. Nessa abordagem, são analisados o tratamento jurídico deferido à pessoa com deficiência e a modificação do conceito normativo, sob o prisma da autonomia e da dignidade da pessoa humana. Na sequência, discorre-se sobre o instituto do casamento em seus diversos aspectos e alternativas para o incremento da tutela jurídica da pessoa com deficiência no matrimônio, tendo em vista a insuficiência da legislação vigente para esse fim.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Direito de família. Casamento. Proteção. Autonomia. Dignidade humana.

¹ O presente artigo tem origem na dissertação de Mestrado defendida pela autora em 19 de março de 2018 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

² Advogada e Professora universitária. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Abstract: This paper is made with the intent of reviewing the provisions of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, with its respective Optional Protocol, and the Statute of Persons with Disabilities, concerning the legal institute of marriage. The objective of the study is to analyze the changes promoted in the legal order and evaluate its impact on the legal protection of this important segment of society. In this approach, the legal treatment given to the disabled person and the modification of the normative concept, under the prism of the autonomy and the dignity of the human person, is analyzed. Afterwards, the institute of marriage is examined in its various aspects, proposing alternatives to increase the legal protection of persons with disabilities in marriage, due to the insufficiency of the legal system in force for this purpose.

Keywords: Persons with Disabilities. Family law. Marriage. Protection. Autonomy. Dignity of human person.

INTRODUÇÃO



a esteira de uma tendência mundial, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico normas protetivas e mecanismos tendentes à promoção da inclusão social da pessoa com deficiência física ou mental, historicamente marginalizada, sob o estigma da inferioridade. Tal iniciativa teve por base a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e ratificados pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008, na sistemática prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil³, normas que entraram em vigor, no plano externo, em

³ CRFB: “Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos,

31 de agosto de 2008, e, no plano interno, a partir da promulgação do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009⁴.

A tutela da autonomia do indivíduo foi a principal contribuição da Convenção, na medida em que, do ponto de vista jurídico, assegurou o exercício de direitos em igualdade de condições com os demais membros da coletividade, pressuposto para a garantia de sua dignidade e participação na vida social, familiar e política⁵.

A mudança de paradigma – que refletiu, no âmbito normativo, a resignificação da própria concepção da sociedade sobre a condição de “deficiente”, antes qualificado como absolutamente incapaz e atualmente como indivíduo plenamente apto a exercer direitos com autonomia e responsabilidade – teve como marco inicial a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, ao consagrar o pluralismo e a isonomia como vetores de uma sociedade pautada pela diversidade, infirmou o modelo assistencialista que imperava até então, e culminou com a edição da Lei n.º 13.146, de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1. A PROTEÇÃO LEGAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A EDIÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A visão da sociedade sobre a pessoa com deficiência modificou-se ao longo do tempo, notadamente após a pautação da

por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

⁴ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/.../D6949.htm>. Acesso em: 4 fev. 2017.

⁵ 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 6. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que adotou como princípios cardeais o *in dubio pro capacitas* [que significa, em tradução livre, que, na dúvida, prevalece a presunção de capacidade plena] e o da intervenção mínima, e a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, inspirado na ideia de dignidade humana. Abandonou-se o conceito de deficiência como algo intrínseco à pessoa – e, consequentemente, a expressão *portador de deficiência* vinculada a doença –, para compreendê-la como uma limitação duradora que pode ser agravada por barreiras sociais, institucionais e ambientais, que dificultam a participação na coletividade⁶. O próprio emprego da locução *pessoa com deficiência* pelo legislador retratou essa evolução⁷.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência define *pessoa com deficiência* como 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” (artigo 2º). A avaliação dessa condição, quando necessária, é biopsicossocial e realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, para identificação de impedimentos em funções e estruturas do corpo, fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, limitação no desempenho de atividades e restrições de participação (artigo 2º, § 1º)⁸. Nessa perspectiva, *deficiência* e *incapacidade* não são sinônimos: esta corresponde a um aspecto biológico e médico do indivíduo, que traduz a ausência de parte ou da totalidade de um órgão ou o funcionamento de mecanismo ou membro do corpo afetado, com a potencialidade de repercutir no seu agir, ao passo que aquela é

⁶ TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, 2016, n. 6, p. 527.

⁷ SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2016 – Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 33.

⁸ Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 de fev. 2017.

definida como um fenômeno socialmente produzido de exclusão social decorrente de algum déficit físico, mental ou sensorial⁹.

Igualmente importantes são os conceitos de *impedimento*, que é a perda de função corporal normal própria da deficiência, *deficiência*, que é a impossibilidade de fazer algo em seu meio em função de uma lesão, e *handicap*, que é a desvantagem competitiva daí resultante. A despeito da existência de uma linha tênue entre as noções de lesão e deficiência, quando o contexto social não é fixo, e da impossibilidade de prevenir todas as deficiências, porque alguns impedimentos, mesmo em um ambiente socialmente justo, afetam a atuação do indivíduo, é imprescindível prevenir o *handicap* em relação a direitos básicos, sob pena de não promoção da efetiva inclusão social da pessoa em posição de desvantagem, que também é membro integrante da sociedade e merece sua consideração¹⁰.

Orientado pelo propósito de proteger a dignidade humana e minimizar os efeitos deletérios da vulnerabilidade do indivíduo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu diretrizes e critérios básicos para garantir, promover e tutelar o exercício pleno e em condições de igualdade de direitos fundamentais – tais como o de constituir família, contrair casamento, estabelecer união estável e agir com liberdade na condução de sua própria vida –, visando a sua inclusão social e cidadania plena e efetiva.

Não se perca de vista que a dignidade consiste em um valor inerente à pessoa humana – que deve ser assegurado por toda e qualquer ordem jurídica – e está relacionada ao poder de autodeterminação, a ser exercido de forma consciente e responsável. O próprio reconhecimento e a garantia de liberdade – e dos direitos fundamentais em geral – constituem uma exigência

⁹ FONTES, Fernando. *Pessoas com deficiência em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016. p. 37.

¹⁰ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. Revisão da tradução de Malu Rangel. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 120.

desse valor que limita a atuação do Estado e de toda a coletividade.

Dentre as alterações promovidas pelo legislador, destaca-se a regra estatuída no seu artigo 6º – com repercussão direta na prática de atos de natureza civil –, segundo a qual a deficiência, de qualquer natureza e grau, *não afeta a plena capacidade civil da pessoa* – ou seja, antes qualificada como absolutamente incapaz, ela adquiriu capacidade de direito e de fato¹¹ –, sendo criados novos institutos jurídicos, para lhe assegurar a efetiva inserção na coletividade e garantir direitos, calcados em dois pilares: a autonomia e a responsabilidade.

Vale lembrar que a condição de sujeito de direito – ou a capacidade para ser titular de relações jurídicas na ordem civil – é representada pela personalidade jurídica, que pode ser compreendida em duas acepções distintas: uma subjetiva, como atributo jurídico que se confunde com a capacidade de direito (ou aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações), e uma objetiva, como a proteção jurídica que o conjunto de atributos humanos merece¹².

Reconhecida como pessoa com deficiência, atribuir-se-lhe-á, no aspecto objetivo, a personalidade jurídica plena, vinculada às capacidades de direito e de fato como regra¹³, o que lhe permitirá exercer, pessoalmente, os direitos de que é titular, em igualdade de condições com as demais pessoas. O regime de curatela, quando necessário para protegê-la, restringir-se-á a atos

¹¹ 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>.

¹² SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*: curatela e saúde mental conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2016 – Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 152/153.

¹³ SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*: curatela e saúde mental conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2016 – Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 31.

relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial, resguardada a capacidade para a tomada de decisões existenciais por ela própria – e não por outrem –, de acordo com o seu real quadro psicofísico, sobretudo as relacionadas a valores, emoções e afetividade. Nesse contexto, somente uma pequena parcela é incluída na categoria de incapaz, muito embora alguns incapazes por motivo de saúde possam ser definidos como deficientes¹⁴.

Para Flávio Tartuce, a Lei n.º 13.146, de 2015, promoveu uma modificação substancial no regime de tutela das pessoas com deficiência, que migrou do referencial *dignidade-vulnerabilidade* para o da *dignidade-igualdade* ou *dignidade-inclusão*, com fundamento na concepção kantiana de proteção da liberdade da pessoa humana e na equalização de seus direitos na sociedade¹⁵.

A aptidão para a prática de atos civis de cunho negocial ou patrimonial difere da que é exigível para atos existenciais, por pressupor o domínio de informações mais técnicas e jurídicas e menos subjetivas, que impactam a esfera disponível do sujeito, desnecessário para as decisões vinculadas às preferências individuais e circunstâncias específicas relacionadas aos vínculos pessoais de cada um e ao seu próprio modo de ser, as quais, de regra, interferem na esfera indisponível, nos interesses intransmissíveis e, geralmente, irrenunciáveis. O indivíduo pode ter uma limitação para compreender as implicações jurídicas de um contrato e necessitar de apoio ou assistência de terceiro, e, ao mesmo tempo, ter plenas condições para lidar com assuntos pertinentes à sua vida pessoal e afetiva, porque, em relação a eles,

¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 1, n.º 1, 1997. p. 6. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32085>>. Acesso em: 28 out. 2017. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. A proteção jurídica do deficiente físico e mental, p. 5, 2011. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/31148/1>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, 2016, nº 6, p. 522.

não se exige vontade qualificada ou discernimento, somente aptidão prática.

Em outros termos, a Lei elegeu o grau de compreensão da realidade e o discernimento (passível de graduação) de que dispõe a pessoa como fatores determinantes para aferição de sua capacidade civil (se absoluta ou relativa), a fim de assegurar sua autonomia, inclusive diante da regra segundo a qual, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem empregada (artigo 112 do Código Civil brasileiro).

Quando a ação humana tem o potencial de repercutir na esfera jurídica do agente ou terceiros, a capacidade é sopesada pelo legislador e recebe um tratamento normativo especial. Para os casos em que, a critério do juiz, houver necessidade, a pessoa com deficiência será submetida ao regime de curatela – que consiste em encargo público, conferido por lei a alguém, para governar a pessoa e administrar os bens de maiores de idade que, por causa permanente ou transitória, não possam fazê-lo pessoalmente, a fim de resguardar seus interesses em face de terceiros. Destina-se a suprir a incapacidade do indivíduo – afetado por falta de consciência ou discernimento – para a prática de atos da vida civil. A instituição desse regime excepcional deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível, ficando restrita, a atuação do curador designado, a atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial, sem alcançar os direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Isso porque o escopo da curatela não é substituir a vontade do curatelado, mas garantir a prevalência de sua própria vontade, atendendo às suas preferências, respeitando suas escolhas pessoais (expressadas sob qualquer forma) e preservando os seus vínculos de afetividade e interesses básicos.

No atual cenário jurídico, o modelo de curatela não está associado à incapacidade absoluta e assegura, tanto quanto

possível, a autodeterminação do indivíduo para gerir as situações existenciais. Cabe ao juiz explicitar, em sua decisão, as razões e motivações para designação de curador no caso concreto, sempre visando à tutela dos interesses do curatelado.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também criou uma nova figura jurídica, consentânea com o objetivo de lhe assegurar a capacidade jurídica plena: a tomada de decisão apoiada, como alternativa à incapacidade relativa, disciplinada pelo artigo 1.783-A, acrescido ao Código Civil brasileiro. Esse instituto consiste em um regime que, tal qual a curatela, é instituído pela via judicial, em procedimento específico, e nele a pessoa com deficiência escolhe pelo menos duas pessoas idôneas de sua confiança, para auxiliá-lo na deliberação sobre determinado ato da vida civil, fornecendo-lhe as informações e demais elementos necessários. Após sua oitiva e a dos apoiadores, do representante do Ministério Público e de uma equipe multidisciplinar, o juiz estabelecerá, em termo próprio, os limites do apoio, os compromissos dos envolvidos, o prazo de vigência e a exigência de que seja respeitada a vontade do apoiado, cuja capacidade civil não sofrerá restrição, persistindo plena.

À luz da novel legislação, a pessoa com deficiência pode encontrar-se em três situações distintas: a) não se enquadrar na hipótese de curatela, nem apresentar vulnerabilidade que justifique a indicação de terceiro para apoiá-la na tomada de decisão, sendo essa a regra¹⁶; b) necessitar de curatela, que será restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, ou c) por sua vulnerabilidade, imprescindir do apoio de terceiro para a tomada de decisão.

Conquanto o conceito de deficiência física, mental e sensorial tenha evoluído, notadamente após a edição da Lei n.º 13.146, de 2015 – do modelo médico tradicional (equiparação a

¹⁶ LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 81.

doença) migrou-se para um modelo social (como fator limitador no meio em que a pessoa está inserida) –, é perceptível a ausência de uma consciência coletiva e uma autêntica cultura inclusiva, que se reflete no modo de aplicação do próprio Direito, cujas normas se afiguram insuficientes para uma tutela integral e efetiva. As modificações normativas devem ser avaliadas com cautela, quanto à sua adequação à realidade fática subjacente e à eficácia dos meios legais para a proteção da pessoa com deficiência, porque, não raras vezes, o indivíduo considerado “normal”, do ponto de vista médico, pode carecer de tutela estatal de cunho jurídico, tendo em vista conotações sociais e culturais para além das manifestações patológicas.

Afora as dificuldades inerentes a qualquer tentativa legislativa de assegurar a inclusão e a promoção da igualdade e, ao mesmo tempo, compensar sua vulnerabilidade, sem comprometimento de sua autonomia e liberdade, é inviável, no plano jurídico, um tratamento homogêneo para os déficits psíquicos, mediante a fixação de critérios objetivos inflexíveis ou a indicação taxativa do que é permitido, ou não, ao indivíduo fazer. Ante uma variedade imensa de situações fáticas, o estatuto protetivo deve contemplar alternativas e mecanismos consentâneos com a realidade específica de cada um (com base em avaliação concreta da real extensão de sua aptidão e seus reflexos na sua inteligência, discernimento e capacidade de livre manifestação volitiva) e a distinção entre atos existenciais (ou extrapatrimoniais) e atos patrimoniais. O limite entre capacidade e incapacidade reside nas potencialidades pessoais, e, por vezes, a incompreensão apresenta-se em setores ou esferas específicas de interesse. É indispensável um controle efetivo dos instrumentos judiciais de avaliação e definição de situações em que admitida a restrição à eficácia da declaração de vontade individual¹⁷.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 178.

A exclusão da pessoa com deficiência do rol de incapazes absolutos, previsto na legislação civil, retirou-lhes algumas proteções jurídicas (inclusive no campo da prescrição e da decadência), expondo-as ao risco de influência negativa de terceiros.

Segundo José Fernando Simão, “a mudança legislativa é extremamente prejudicial àquele que necessita de representação e não de assistência e acarreta danos graves àquele que o Estatuto deveria proteger”¹⁸.

Na mesma direção, Zeno Veloso afirma que “são casos em que não me parece que essas pessoas estejam sendo protegidas, mas, ao contrário, estão à mercê da sanha dos malfeitores, podendo sofrer consideráveis e até irremediáveis prejuízos”¹⁹.

2. O CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA LEI N.º 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um importante avanço na consolidação da liberdade de um segmento expressivo da sociedade, inclusive no campo das relações familiares. Com o intuito de promover o respeito à dignidade humana e tutelar os seus interesses, sem comprometimento de sua autonomia, consagra inúmeros direitos²⁰ e afasta a sua condição de

¹⁸ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade* (Parte II). São Paulo: ConJur, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#author>>. Acesso em: 28 out. 2017.

¹⁹ VELOSO, Zeno. *Estatuto da pessoa com deficiência: Uma nota crítica*. São Paulo: JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>>.

²⁰ Lei n.º 13.146/2015 (EPD): “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária, e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

incapaz, facultando-lhe a prática de certos atos da vida civil, independentemente de autorização ou interveniência de curador, quando submetido a tal regime.

Tais inovações normativas estão associadas à ideia de que, à semelhança dos demais membros da coletividade, a pessoa com deficiência deve constituir seus próprios vínculos, notadamente nas relações afetivas. Os protótipos sociais são abandonados, e a autonomia privada conquista maior espaço, com base em direitos subjetivos que surgem a partir dessas relações.

Apesar de a igualdade constituir o seu principal vetor²¹, a integração social do indivíduo fortalece-se pela garantia “jurídica” de autonomia para o gerenciamento de situações existenciais e, de regra, questões de cunho patrimonial, sem a ingerência de terceiros. E a razão é singela. Para que o sujeito possa ser aquilo que se faz em si próprio, nos limites estabelecidos pelo sistema jurídico, deve lhe ser assegurada liberdade de agir, de modo a viabilizar a expansão de sua personalidade e a autocriação, salvo em casos extremos e pontuais, em que a intervenção estatal justifica-se para conferir maior proteção aos seus interesses²².

A par disso, o Estatuto estabelece um regime jurídico diferenciado, com mecanismos de tutela para quem tem o potencial de compreensão reduzido, a partir da premissa de que “vontade” pressupõe “discernimento”, e discernir significa conhecer, avaliar, distinguir, perceber algo com clareza e fazer um juízo sobre ele. Nessa esteira, confere tratamento especial para a

²¹ 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 8. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

²² 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 14. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

capacidade civil da pessoa com deficiência, exceto quanto a fatos jurídicos e atos-fatos jurídicos²³, que não pressupõem vontade ou discernimento, somente aptidão prática^{24 25}.

Para Joyceane Bezerra de Menezes:

No âmbito da vida civil, praticam-se atos pertinentes à esfera patrimonial, à esfera existencial ou àqueles que tocam em ambas as esferas. Os contratos que exprimem relações jurídicas obrigacionais são, por excelência, pertinentes à seara patrimonial, assim como o são as relações jurídicas que envolvem a propriedade e os demais direitos reais. Outros atos civis podem se referir a aspectos puramente existenciais, a exemplo do casamento, da disposição sobre o próprio corpo, da decisão sobre o tratamento médico, da diretiva antecipada de vontade, da nomeação de tutor ou curador, do reconhecimento de filho, da liberdade religiosa etc. Disposições de última vontade, por sua vez, podem tocar em aspectos patrimoniais e pessoais da vida das pessoas. Os pactos antenupciais e a administração dos bens dos filhos menores são atos patrimoniais que têm correlação imediata com relações jurídicas existenciais, tais quais as relações intrafamiliares²⁶.

²³ Para Pontes de Miranda, os fatos jurídicos em sentido estrito “são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano”, ainda que, antes, o tenha havido (p.ex. nascimento, morte, idade etc.). Os atos-fatos jurídicos são fatos jurídicos que não se enquadram nas categorias de negócios jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito, atos ilícitos e fatos jurídicos em sentido estrito. Conquanto possam emanar de atos humanos (atos produzidos pelo homem), o direito não reconhece relevante a relação entre o fato, a vontade e o homem, satisfazendo-se com a determinação exterior, abstraída a vontade para sua juridicização. Já nos atos jurídicos em sentido estrito e dos negócios jurídicos, “a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o”. MIRANDA, Francisco Pontes de. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo II. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 187, 372-373 e 446.

²⁴ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 166.

²⁵ 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 7. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

²⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção

Os limites da autodeterminação e da liberdade pessoal devem ser estabelecidos “em vista à proteção da dignidade e integridade do deficiente”²⁷.

Não obstante esse desiderato, a insuficiência do regramento legal vigente sobressai-se no âmbito das relações jurídicas derivadas do casamento.

Explica-se.

O casamento resulta do livre acordo de vontades dos que o contraem, inclusive no tocante à escolha do regime de bens e à elaboração de pacto antenupcial, e produz efeitos patrimoniais relevantes – que, em última análise, asseguram substrato econômico à família. Nesse aspecto, aproxima-se dos contratos em geral (sem se submeter integralmente ao respectivo regime jurídico), uma vez que nasce da convergência de vontades e realiza objetivos prefigurados pelas partes (e, porque não dizer, também pelo legislador), conforme a motivação de cada uma delas. A prevalência do interesse de ordem pública é explicitada na imposição dos respectivos efeitos jurídicos e dos deveres dos cônjuges pelos artigos 1.565 e 1.566 do Código Civil brasileiro²⁸.

Nessa toada, o consentimento é imprescindível e deve ser perfeito, tanto no sentido da confluência de declarações volitivas como na concordância entre o que é exteriorizado e o desejado

sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 8. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica-com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

²⁷ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 178.

²⁸ CCB: “Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” e “Art. 1.566. 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.”

pelos nubentes, porquanto, consciente ou inconscientemente, nem sempre o manifestado traduz fielmente o verdadeiramente almejado²⁹. Nenhum outro contrato/negócio/ato jurídico depende mais desse elemento subjetivo do que o casamento, pelas consequências jurídicas que produz, inclusive em relação a terceiros. Tanto que, para sua autenticidade, são indispensáveis o impulso da vontade livre para constituição de uma vida em comum³⁰, sem pressão ou ameaça de violência, e o esclarecimento sobre a repercussão jurídica e social do ato (autonomia consciente). Do contrário, haverá vício no consentimento, erro³¹ ou coação³², a inquirir sua validade³³.

Outro aspecto importante a salientar é o entrelaçamento dos efeitos de ordem pessoal e patrimonial do casamento³⁴, com projeção no regime de bens, no direito sucessório e nas doações recíprocas³⁵.

O regime de bens compreende o conjunto de normas que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges,

²⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. Introdução do direito matrimonial. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 271. v. 1.

³⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 527/528. v. 1.

³¹ O erro diz respeito a uma qualidade essencial da pessoa com quem se contrai o casamento e adquire relevância quando determinante para a vontade, subjetiva ou objetiva, do nubente. Além disso, ele deve ser próprio e recair sobre qualquer requisito legal de existência ou validade do casamento. COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. Introdução do direito matrimonial. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 280/281. v. 1.

³² É um vício de vontade, pois é a contaminação de um mal dirigido à própria pessoa ou terceiro que cause receio ou temor ao declarante. COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. Introdução do direito matrimonial. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 284. v. 1.

³³ COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. Introdução do direito matrimonial. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 278. v. 1.

³⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1933. p. 184.

³⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1979. p. 139.

notadamente a comunicação ou não de patrimônios, e pode provir de convenção ou de lei, para vigorar desde a data de celebração do casamento³⁶. Em alguns casos, o próprio legislador impõe aos nubentes uma determinada modalidade (via de regra, o de separação de bens), com caráter obrigatório; nos demais, eles são livres para escolher o de sua preferência. Na falta de manifestação expressa, prevalece o regime legal³⁷, consoante o disposto no artigo 1.536 do Código Civil brasileiro³⁸.

O pacto antenupcial é o instrumento jurídico por meio do qual, antes da celebração do casamento, os nubentes estipulam o regime jurídico que regerá o patrimônio do casal durante a sua vigência e após sua dissolução, quando distinto do legal, dependendo sua validade da observância de dois requisitos: a forma pública e a consumação do ato³⁹. Embora presente feição contratual em face da possibilidade de escolha (manifestação volitiva), não é regido pelo direito das obrigações, mas, sim, pelo direito de família⁴⁰, e pode ser alterado na constância do casamento, por vontade das partes, observado o disposto no artigo

³⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1979. p. 140.

³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1979. p. 141.

³⁸ CCB: “Art. 1.536. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados: I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais; III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior; IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas; VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.” (grifado)

³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1979. p. 143.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1979. p. 145.

1.639, § 2º, do Código Civil brasileiro⁴¹.

Seguindo as diretrizes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.548⁴², exclui a possibilidade de decretação de nulidade do casamento de pessoas curateladas, revogando o inciso I, que se referia ao *enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil*.

No artigo 1.550, inciso IV⁴³, mantém a previsão de que o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento é anulável⁴⁴. E acresce um parágrafo 2º, com o seguinte teor: “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”.

De regra, a deficiência não afeta o casamento como ato volitivo⁴⁵. Se a vontade existir, mas for turbada pela deficiência, o casamento será válido, salvo se ela for de tal intensidade que impeça a sua exteriorização, de forma autêntica, hipótese em que gerará mera anulabilidade (e não nulidade de pleno direito). A contrário senso, se a vontade não existir em razão da deficiência,

⁴¹ CCb: “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

⁴² CCb: “Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – por infringência de impedimento.”

⁴³ CCb: “Art. 1.550. É anulável o casamento: [...] IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.”

⁴⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 50.

⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público*. Advocacia Pública & Sociedade, v. 1, n.º 1, p. 13/38, 1997. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32085>>. p. 6.

inexistente será o casamento⁴⁶.

Eliminada a possibilidade de declaração de nulidade do casamento, em virtude de incapacidade psíquica do cônjuge, e excluída a caracterização de erro essencial sobre a pessoa, fundada na existência de doença mental anterior desconhecida pelo consorte, não mais subsiste a anulabilidade do ato por esses motivos. Entretanto, se o casamento da pessoa com deficiência, sem discernimento para os atos da vida civil, tiver sido realizado antes da vigência das inovações normativas antes mencionadas, ele será nulo, por violação ao artigo 1.548, inciso I, do Código Civil então vigente, e não poderá ser convalidado pelo advento do novel regramento legislativo.

Conclusivamente, a liberdade é a regra; entretanto, o casamento pode ser anulado por incapacidade, ainda que existam situações de “incapacidade natural” que devem ter efeitos imediatos, independentemente de formal decretação⁴⁷. Um conjunto de fatores pode comprometer a racionalidade, acarretando erros sistêmicos na formação da vontade, como nos casos de racionalidade limitada e ignorância racional no processamento de informação⁴⁸. A racionalidade limitada abre espaço para a persuasão, a sugestão, o aliciamento, o condicionamento de vontade, dentre outros⁴⁹. Se essa limitação deve ser protegida e questionada em um simples contrato, também deve ser em relação ao casamento, que envolve diretamente as esferas jurídicas e interesses dos nubentes e, por projeção, os filhos oriundos de sua união.

⁴⁶ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II)*. São Paulo: ConJur, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#author>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁴⁷ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/tjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 197.

⁴⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 305.

⁴⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 315.

Como bem pontuado pelo Professor Fernando Araújo, o problema do oportunismo contratual tem um impacto intenso nas relações matrimoniais, contribuindo para sua estabilização ou desestabilização de forma decisiva e com um peso anormal⁵⁰. Evidentemente, existem limites para a sua equiparação pura e simples ao regime geral dos contratos e, por muitas vezes, não se mostra razoável o interesse teórico na exploração de todos os seus paralelismos⁵¹.

A propósito do tema, a oportuna análise de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem sobre a efetiva proteção dos vulneráveis: é preciso distinguir com precisão as relações privadas patrimoniais e extrapatrimoniais na fase atual do direito privado, em que os direitos e prerrogativas são exercidos segundo fins econômicos ou sociais. A ênfase é a dimensão existencial da pessoa, seus interesses extrapatrimoniais, a sua integridade psíquica e física e a sua afetividade⁵², sem se descuidar dos aspectos patrimoniais que propiciam, em última análise, as condições materiais para o exercício de liberdades.

Outro elemento fundamental é a igualdade, que deve ser examinada com precedência em relação à liberdade, que só terá efetividade se reconhecida as situações estruturais de desigualdade. Afinal, em tempos pós-modernos⁵³, prevalece o direito de

⁵⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1017.

⁵¹ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 196.

⁵² MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 83.

⁵³ Cláudia Lima Marques descreve a pós-modernidade como tempos “de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual”. Em reação ao pensamento moderno tradicional, predomina a relativização das verdades absolutas e a descrença no poder absoluto da razão. “Fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, assegura novos direitos individuais à diferença, destaca os direitos humanos, mas aumenta o radicalismo e o conservadorismo acrítico das linhas

ser (e continuar) diferente, como expressão genuína do “direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas (Rechte auf positive Handlugen) do Estado em prol do indivíduo identificado com determinado grupo”⁵⁴. Nessa direção, trilha a consolidação de direitos fundamentais de proteção às pessoas com deficiência em nível constitucional (arts. 7º, inciso XXXI, 23, inciso II, e 227, inciso II, da CRFB⁵⁵).

Sob o prisma da tutela eficiente dos interesses dos vulneráveis, o ordenamento jurídico pátrio não contempla uma proteção especial para a pessoa afetada por deficiência mental grave ou outro fator que a impeça de ter discernimento sobre certos aspectos da vida. Apenas para exemplificar, mencione-se a ausência de previsão legal – pelo menos de forma explícita – de atuação de curador para a tomada de decisão sobre o regime de bens do casamento (ou seja, para o exercício do direito de

tradicionais” (MARQUES, Cláudia Lima. *Os contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 168-170).

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 119 e 131.

⁵⁵ CRFB: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...]. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.”

escolha da modalidade jurídica a ser adotada e eventual celebração de pacto antenupcial), nos casos em que necessária a instituição de curatela, a despeito do inequívoco caráter patrimonial do ato, dado seu conteúdo eminentemente econômico.

3. MECANISMOS PARA A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CASAMENTO

A essa altura, remanescem as seguintes indagações: quando o nubente possui alguma deficiência psíquica ou intelectual de grau acentuado ou relevante, terceiros poderão intervir no processo decisório relacionado ao casamento? Os mecanismos engendrados pela legislação em vigor são suficientes para a tutela da pessoa com deficiência no exercício do direito de casar e constituir família em todos os seus aspectos – pessoais e patrimoniais?

O Estatuto dispõe, em seu art. 84⁵⁶, que é assegurado à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Ela pode adotar o processo de tomada de decisão apoiada e, quando necessário, é submetida à curatela, nos moldes preconizados em lei. No art. 85⁵⁷, prescreve que a curatela cinge-se aos atos de

⁵⁶ EPD: “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.”

⁵⁷ EPD: “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, aféiva ou comunitária com o curatelado.”

natureza patrimonial e negocial, não alcançando os direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Estabelece, ainda, que a medida é extraordinária, devendo ser declinados os motivos de sua instituição e preservadas a vontade e as potencialidades do curatelado.

Em que pese o artigo 85 estabeleça que o curador só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, o parágrafo segundo do artigo 1.550 do Código Civil brasileiro⁵⁸, acrescentado pelo próprio Estatuto, prevê que a vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Essa solução legislativa é passível de crítica, por suprimir a pessoalidade do ato e destoar da lógica de todo o sistema normativo, que visa a assegurar a absoluta autonomia do indivíduo para fazer suas próprias escolhas no âmbito dos atos ditos existenciais, assegurando-lhe a manifestação do desejo de contrair núpcias com outrem. Essa aparente antinomia deve ser superada pontualmente, conforme os contextos fáticos concretos.

Com relação à inexistência de norma legal dispendo sobre a atuação de terceiro na escolha do regime de bens, uma alternativa para colmatar a lacuna normativa é adotar uma interpretação extensiva do já citado artigo 85, para aplicar a regra ali estatuída a todas as decisões de cunho patrimonial no casamento, sempre que, a critério do juiz, e após avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar (artigo 2º, § 1º), for necessária a designação de curador para a prática de certos atos, sob pena de anulabilidade. Com efeito, a intervenção do curador será impositiva também na deliberação sobre as normas que regerão as relações econômicas entre os cônjuges, e não apenas para a manifestação do consentimento em si (art. 1.550, § 2º, do Código Civil). A aptidão para, pessoalmente e

⁵⁸ CCB: “Art. 1.550. [...] § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.”

sem auxílio, executar determinadas ações – que fora concebida para promover sua inclusão social e assegurar o exercício de direitos em igualdade de condições com os demais – não pode reverter em seu prejuízo, dando margem a atuações que possam comprometer, no futuro, o seu patrimônio.

Em reforço a essa alternativa, invoque-se a regra prevista no artigo 1.517 do Código Civil⁵⁹, segundo a qual pessoas entre 16 anos e 18 anos são consideradas relativamente incapazes e devem ser assistidas pelos pais ou responsáveis para manifestarem a vontade de casar, podendo ser suprida a negativa de consentimento em juízo, quando injusta⁶⁰. Ora, se a pessoa que é relativamente incapaz pelo simples fato de não ter atingido a maioridade civil necessita de autorização para casar, qual a razão para o legislador permitir que a pessoa que é relativamente incapaz, em decorrência de alguma anomalia cognitiva, possa casar-se livremente, quando depende da assistência de um curador ou apoiador para a prática de outros atos civis? O Estatuto da Pessoa com Deficiência não é suficientemente claro nesse aspecto. De qualquer sorte, é inadmissível que o relativamente incapaz entre 16 anos e 18 anos receba tutela específica para contrair matrimônio e o relativamente incapaz de manifestar a sua vontade, de forma permanente ou transitória, não conte com proteção alguma, mesmo nos casos de curatela ou apoio de terceiros.

É nesse contexto que se afirma que a intervenção de curador, indispensável à prática de atos negociais e patrimoniais, deve alcançar o ato de escolha do regime de bens do casamento (legal ou convencional), por envolver decisão, cujos efeitos transcendem os interesses meramente pessoais do indivíduo⁶¹.

⁵⁹ CCb: “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atinvida a maioridade civil.”

⁶⁰ CCb: “Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.”

⁶¹ 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 Eletrônica Civilística, ano 4, nº 1, 2015. p. 8.

Embora esse regime limite-se, em tese, à administração do patrimônio, excluindo a proteção no plano das questões existenciais, impõe-se resguardar a efetivação dos direitos do curatelado em todas as esferas jurídicas⁶².

Ademais, se existe o dever legal de o curador prestar contas da curatela, por força do preceituado no art. 1.755 do Código Civil brasileiro⁶³, nada mais justo do que permitir que ele intervenha nos atos que tem a potencialidade de afetar os bens do curatelado. Sempre haverá o risco de alguém com má intenção casar-se com a pessoa com deficiência e, em consequência disso, tornar-se seu curador, a fim de administrar, livremente, o seu patrimônio, até porque, consoante o disposto no art. 1.775 do Código Civil, preferencialmente, o cônjuge deve exercer essa função⁶⁴, quando interdito.

Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶² 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 Eletrônica Civilística, ano 4, n.º 1, 2015. p. 23. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶³ CCb: “Art. 1.755. Os tutores, embora o contrário tivessem disposto os pais dos tutelados, são obrigados a prestar contas da sua administração. Art. 1.756. No fim de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo, que, depois de aprovado, se anexará aos autos do inventário. Art. 1.757. Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente. Parágrafo único. As contas serão prestadas em juízo, e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma do § 1º do art. 1.753. Art. 1.758. Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, subsistindo inteira, até então, a responsabilidade do tutor. Art. 1.759. Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes. Art. 1.760. Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor. Art. 1.761. As despesas com a prestação das contas serão pagas pelo tutelado. Art. 1.762. O alcance do tutor, bem como o saldo contra o tutelado, são dívidas de valor e vencem juros desde o julgamento definitivo das contas.”

⁶⁴ CCb: “Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.”

A situação da pessoa com deficiência, em relação à adoção do regime de separação de bens ou comunhão universal de bens (ou mesmo o legal), pode ser equiparada à dos pródigos, que, ao subscreverem uma convenção, sem a assistência do curador, praticam ato anulável, nos termos do artigo 171, inciso I, do Código Civil brasileiro⁶⁵ em vigor. A ação de anulação deve ser proposta no prazo de dois anos (artigo 179 do mesmo diploma legal⁶⁶); do contrário, o pacto antenupcial convalidar-se-á pelo decurso do tempo, caso não tenha sido validado pelo curador, nos termos do artigo 176⁶⁷ 68.

Na hipótese de os nubentes pactuarem um regime de bens diverso do regime de comunhão parcial (legal), sem a intervenção de curador, é possível a anulação do ato, nos termos do art. 171, inciso I, do Código Civil⁶⁹ 70.

Com essa solução, pretende-se assegurar à pessoa com deficiência, nas questões de viés patrimonial, o amparo estatal necessário para a tutela e promoção de seus interesses, sem reduzir sua autonomia para deliberar sobre o seu modo de viver e a prática de atos ditos existenciais. Não se perca de vista que a

⁶⁵ CCb: “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; [...]”.

⁶⁶ CCb: “Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”.

⁶⁷ CCb: “Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente”.

⁶⁸ 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 21. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶⁹ CCb: “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; [...]”

⁷⁰ 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 21 Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017. p. 21.

curatela tem por finalidade não só a proteção da saúde do curatelado como também o direito de governar seus bens, colocando-o a salvo dos riscos a que está exposto, em razão da falta de consciência em relação a terceiros⁷¹. Sem reduzir sua liberdade, o curador zela pelos seus interesses materiais, evitando situações que o prejudiquem ou gere dano a terceiros⁷².

A atuação mais abrangente do curador vem ao encontro da proposta de alteração de dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, veiculada no Projeto de Lei n.º 757, de 2015, que tramita no Senado Federal, qual seja, a inclusão de um parágrafo 2º no artigo 1.772 do Código Civil, para ampliar os limites da curatela, nos casos em que a pessoa não tiver o discernimento suficiente para a prática autônoma do ato civil, incluindo, para esse efeito, o casamento. A proposição legislativa também contempla (1) a possibilidade de o curador intervir, em situações excepcionais, na esfera pessoal do curatelado, podendo o juiz condicionar a realização determinados atos não patrimoniais à prévia autorização judicial, levando em consideração o melhor interesse do curatelado, e (2) a inclusão das pessoas que não tiverem o necessário discernimento no rol de absolutamente incapazes.

Outra alternativa é a utilização do “Contrato de Ulisses” para as situações crônicas e cíclicas – de demência episódica, de distúrbio bipolar, de esquizofrenia, Alzheimer⁷³ –, em que a pessoa, aproveitando os intervalos de lucidez, obtém de um prestador de cuidados de saúde a promessa de que, dentro de um prazo determinado, a sua intervenção pautar-se-á pela vontade

⁷¹ MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 521.

⁷² MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. V. 3. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. p. 393.

⁷³ O portador da enfermidade denominada Mal de Alzheimer não se enquadra *a priori* na categoria de deficiente, mas, pela própria natureza da enfermidade, tem ciência de que, em futuro não remoto, poderá ter comprometido o seu pleno discernimento, necessitando de algum tipo ou nível de acompanhamento de terceiro para externar a sua vontade.

declarada nesse lapso temporal, e não pela vontade que venha a ser manifestada pelo próprio paciente em uma crise superveniente⁷⁴, ainda que, posteriormente, ele arrependa-se ou resolva alterá-la⁷⁵. Em outros termos, o “Contrato de Ulisses” é o meio pelo qual a pessoa com plena capacidade mental pode definir, unilateralmente, o que deverá ser feito no momento em que eventual incapacidade sobrevier. Envolve, portanto, hipóteses em que a deficiência desenvolve-se ao longo da vida do indivíduo, impactando, gradativamente, sua capacidade cognitiva, ou presente oscilações que comprometem, episodicamente, seu discernimento. Em sentido mais estrito, essa modalidade de pacto restringe-se aos casos em que a perda de consciência do portador de doença psíquica grave é previsível e já se tenha alguma experiência de resistência aos tratamentos durante crise psicótica⁷⁶.

O objetivo principal é prevenir as inconsistências volitivas do beneficiário⁷⁷, servindo como uma espécie de seguro para projetos pessoais e valores sociais, familiares, profissionais e econômicos⁷⁸, e garantir a autonomia com autenticidade,

⁷⁴ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 166.

⁷⁵ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 165.

⁷⁶ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 180.

⁷⁷ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 166.

⁷⁸ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 181.

preservando sua identidade em face de patologias que o ameacem⁷⁹. É, em última análise, uma forma de autopaternalismo, em que a pessoa se protege dela própria, a fim de evitar intercorrências de colapso. Também configura um acerto pautado pela confiança, que gera a expectativa de que, iniciada a fase crítica, o prestador de cuidados não a abandone, fugindo da situação ou abstendo-se de intervir⁸⁰.

Observe-se, porém, que, para a plena eficácia do “Contrato Ulisses”, é imprescindível que os termos e as condições da vinculação do terceiro, o tipo de intervenção que o legitima, a oposição que é proscrita e, por fim, o momento ou circunstância em que o compromisso será extinto estejam claramente estabelecidos⁸¹.

Como última opção, está a inserção de um inciso (o IV) no artigo 1.641 do Código Civil brasileiro, que imponha a adoção do regime de separação de bens aos curatelados, de modo a preservar o seu patrimônio. As mesmas razões que respaldam tal cautela em relação aos maiores de 70 (setenta) anos de idade justificam a extensão da regra às pessoas com deficiência que necessitam da intervenção de curador para a prática de atos negociais e patrimoniais.

A despeito da existência de algumas insuficiências na legislação vigente, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – que estabeleceu diretrizes e critérios uniformes, para garantir, promover e proteger o exercício pleno e

⁷⁹ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/tjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 212.

⁸⁰ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/tjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 205.

⁸¹ ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/tjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 188.

em condições de igualdade de direitos, visando a sua inclusão social – e, nessa esteira, a Lei n.º 13.146, de 2015, constituem um marco histórico na consolidação dos direitos humanos, porquanto fruto de um consenso generalizado da comunidade internacional (governos, organizações não governamentais e cidadãos) sobre a necessidade de assegurar o respeito pela integridade, dignidade e liberdade individual das pessoas com deficiência, por meio de leis, políticas e programas que atendam às suas características e promovam a sua participação na sociedade, com a proibição de discriminação negativa.

CONCLUSÃO

À semelhança de outros países, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico normas protetivas e mecanismos tendentes à promoção da inclusão social da pessoa com deficiência física ou mental, historicamente marginalizada, sob o estigma da inferioridade. Esse movimento inovador – que reproduziu, no âmbito normativo, a mudança de concepção social sobre a própria condição de “deficiente”, antes qualificado como absolutamente incapaz e hoje como indivíduo plenamente apto a exercer direitos com autonomia e responsabilidade – teve início com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, ao consagrar o pluralismo e a isonomia como vetores de uma sociedade pautada pela diversidade, rompeu com o modelo assistencialista que imperava até então, e culminou com a edição da Lei n.º 13.146, de 2015, nominada Estado da Pessoa com Deficiência.

Orientada pela necessidade de proteção da dignidade humana e minimização dos efeitos deletérios da vulnerabilidade social do indivíduo, a Lei estabeleceu diretrizes e critérios básicos para garantir, promover e tutelar o exercício pleno e em condições de igualdade de direitos fundamentais – tais como o de constituir uma família, contrair casamento, manter união estável

e agir com liberdade na condução de sua própria vida –, visando sua inserção social e cidadania plena e efetiva. Afinal, proteger a individualidade e a autonomia contra a interferência estatal e de terceiros implica atribuir a titularidade de direitos ao indivíduo⁸² e a capacidade de determinar a si mesmo e atuar em conformidade com a representação de certas leis⁸³.

Dentre as alterações promovidas, merece destaque a regra estatuída no seu artigo 6º – com repercussão direta na prática de atos de natureza civil –, segundo a qual a deficiência, de qualquer natureza e grau, não afeta a *capacidade de exercício* ou *de fato* da pessoa. Com efeito, a Lei assegurou-lhe o direito de exercer, pessoalmente, os direitos de que é titular, em igualdade de condições com as demais pessoas, restringindo o regime de curatela, quando necessário, aos atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial, ainda que disso resulte o comprometimento de sua autonomia. As decisões existenciais – sobretudo as relacionadas a valores, emoções e afetividade – devem ser tomadas pelo próprio indivíduo, e não por outrem, de acordo com o seu real quadro psicofísico.

A razão da distinção legal é a percepção de que a aptidão para a prática de atos civis de cunho patrimonial difere da que é exigível para atos existenciais, por pressupor o domínio de informações mais técnicas e jurídicas e menos subjetivas, impactando a esfera disponível do sujeito, desnecessário para decisões envolvendo as preferências individuais e circunstâncias específicas relacionadas aos vínculos pessoais de cada um e ao seu próprio modo de ser, que, de regra, interferem na esfera indisponível, nos interesses intransmissíveis e, geralmente, irrenunciáveis. A pessoa pode ter uma limitação para compreender as implicações jurídicas de um contrato e necessitar de apoio ou assistência de terceiro, porém tem plenas condições para lidar com

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 59.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 40.

assuntos pertinentes à sua vida pessoal e afetiva, que não reclamam vontade qualificada ou discernimento, somente aptidão prática.

O legislador elegeu o grau de compreensão da realidade e o discernimento de que dispõe a pessoa como fatores determinantes na aferição de sua capacidade civil (se absoluta ou relativa), a fim de assegurar sua autonomia, inclusive em face da regra segundo a qual, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem empregada (artigo 112 do Código Civil). Para os casos em que, a critério do juiz, houver necessidade, a pessoa com deficiência será submetida ao regime de curatela, que consiste em encargo público, conferido por lei a alguém, para governar a pessoa e administrar os bens de maiores de idade que, por causa permanente ou transitória, não possam fazê-lo pessoalmente, por falta de consciência ou discernimento, protegendo-o em relação a terceiros. A adoção desse regime, de caráter excepcional, deve ser proporcional às circunstâncias de cada caso e durar o menor tempo possível, ficando restrita a atuação do curador designado a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, sem alcançar o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Vale dizer, o modelo jurídico da curatela não está associado à incapacidade absoluta e deve preservar, tanto quanto possível, a autodeterminação individual para a gestão de situações existenciais. Destarte, o escopo da curatela não é substituir a vontade do curatelado, mas garantir a prevalência e a autenticidade de sua própria vontade, atendendo às suas preferências, respeitando suas escolhas pessoais (expressadas sob qualquer forma) e preservando os seus vínculos de afetividade e interesses básicos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também criou um novo instituto jurídico, consentâneo com o propósito de lhe assegurar a capacidade jurídica plena: a tomada de decisão

apoiada, disciplinado pelo artigo 1.783-A, acrescido ao Código Civil. Essa alternativa à incapacidade relativa consiste em um regime que, tal como a curatela, é instituído pela via judicial, em procedimento específico, e nele a pessoa com deficiência escolhe pelo menos duas pessoas idôneas de sua confiança, para auxiliá-lo na deliberação sobre determinado ato da vida civil, fornecendo-lhe informações e demais elementos necessários. Após a sua oitiva e a dos apoiadores, do representante do Ministério Público e de uma equipe multidisciplinar, o juiz estabelecerá, em termo próprio, os limites do apoio, os compromissos dos envolvidos, o prazo de vigência e a exigência de que seja respeitada a vontade do apoiado, cuja capacidade civil não sofrerá restrição, persistindo plena.

Conclusivamente, a pessoa com deficiência pode encontrar-se em três situações distintas: a) não se enquadrar na hipótese de curatela, nem apresentar vulnerabilidade que justifique a indicação de terceiro para apoiá-la na tomada de decisão, sendo essa a regra⁸⁴; b) necessitar de curatela, que será restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, ou c) por sua vulnerabilidade, imprescindir do apoio de terceiro para a tomada de decisão.

Apesar de o conceito de deficiência ter evoluído, notadamente após a edição da Lei n.º 13.146, de 2015 – do modelo médico tradicional migrou-se para um modelo social –, persiste na coletividade a ausência de uma consciência abrangente e o desenvolvimento de uma cultura verdadeiramente inclusiva, o que se reflete no modo de aplicação do próprio Direito, cujas normas são insuficientes para uma tutela integral e efetiva. As alterações normativas devem ser avaliadas com cautela, quanto à sua adequação à realidade fática subjacente e à eficácia das alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico para a

⁸⁴ LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 81.

proteção da pessoa com deficiência e sua inclusão social, porque, não raras vezes, o indivíduo considerado “normal”, do ponto de vista médico, pode carecer de tutela estatal de cunho jurídico, tendo em vista conotações sociais e culturais para além das manifestações patológicas.

Afora as dificuldades inerentes a qualquer tentativa legislativa de assegurar a inclusão e promoção da igualdade e, ao mesmo tempo, proteger a vulnerabilidade da pessoa com deficiência, sem comprometimento de sua autonomia e liberdade, é inviável, no plano jurídico, um tratamento homogêneo para os déficits psíquicos, mediante a fixação de critérios objetivos inflexíveis ou a indicação taxativa do que é permitido, ou não, fazer. Diante de uma imensa variedade de situações fáticas, o estatuto protetivo deve contemplar alternativas e mecanismos consentâneos com a realidade específica de cada indivíduo (com base em avaliação concreta da real extensão de sua aptidão e seus reflexos na sua inteligência, discernimento e capacidade de manifestar livremente a vontade) e a distinção entre atos existenciais (ou extrapatrimoniais) e atos patrimoniais. O limite entre capacidade e incapacidade reside nas potencialidades pessoais, e, por vezes, a incompreensão apresenta-se em setores ou esferas específicas de interesse. De qualquer forma, é indispensável um controle efetivo dos mecanismos judiciais de avaliação e definição das situações em que está autorizada a restrição à eficácia da declaração de vontade individual (mediante o instituto da curatela).

Além disso, a exclusão da pessoa com deficiência do rol de incapazes absolutos, previsto na legislação civil, retirou-lhes algumas proteções jurídicas (inclusive no campo da prescrição e da decadência), expondo-as ao risco de influência negativa de terceiros.

Especificamente em relação ao casamento, que resulta do livre acordo de vontades dos que o contraem, inclusive no tocante à escolha do regime de bens e à elaboração de pacto

antenupcial, há que se atentar que dele derivam consequências patrimoniais, que, em última análise, asseguram substrato econômico à família. Nessa perspectiva, aproxima-se dos contratos em geral (sem se submeter integralmente ao respectivo regime jurídico), porque, além de nascer da convergência de interesses e vontades, devendo haver concordância entre o que é exteriorizado e a vontade real dos nubentes, realiza objetivos prefigurados pelas partes (e também pelo legislador), conforme a motivação de cada uma delas, e seus efeitos são assegurados pela ordem jurídica.

O regime jurídico de bens compreende o conjunto de normas que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges, notadamente a comunicação ou não de patrimônios, e pode provir de convenção ou de lei, para vigorar desde a data do casamento⁸⁵. Em alguns casos, o próprio legislador impõe aos nubentes uma determinada modalidade (via de regra, o de separação de bens), com caráter obrigatório; nos demais, eles são livres para escolher o de sua preferência. Na falta de manifestação expressa, prevalece o regime legal.

Nesse aspecto, aliás, o legislador – que, nesse tópico, não foi explícito – deveria ter instituído uma proteção especial para os casos de deficiência mental grave ou outra circunstância que a impeça o indivíduo de ter discernimento sobre certos aspectos da vida. A racionalidade limitada abre espaço para a persuasão, a sugestão, o aliciamento, o condicionamento de vontade, dentre outros, e no casamento há envolvimento direto das esferas jurídicas e interesses dos nubentes e, por projeção, dos filhos oriundos de sua união.

Para suprir tal omissão, defende-se a tese de que, se, na avaliação do juiz, for necessária a designação de curador para a prática de determinados atos, a sua atuação deve abranger as

⁸⁵ LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 140.

questões que, no casamento, envolvem a tomada de decisão com repercussão econômica ou patrimonial – e não exclusivamente a manifestação do consentimento em si (art. 1.550, § 2º, do Código Civil), sob pena de anulabilidade. A aptidão para, pessoalmente e sem auxílio de terceiro, executar determinadas ações – que fora concebida para promover a sua inclusão social e assegurar o exercício de direitos em igualdade de condições com os demais – não pode reverter em seu prejuízo, dando margem um agir que possa comprometer, no futuro, o seu patrimônio.

Tal solução é consentânea com a proposta de alteração de dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, veiculada no Projeto de Lei n.º 757, de 2015, que tramita no Senado Federal, qual seja, o acréscimo de um parágrafo 2º no artigo 1.772 do Código Civil, para estender os limites da curatela para atos de natureza não patrimonial, nos casos em que a pessoa não tiver condições para praticá-lo com autonomia, podendo o juiz condicionar determinadas deliberações, destituídas de conteúdo patrimonial, a prévia autorização judicial, levando em consideração o melhor interesse do indivíduo. A proposição legislativa também contempla a possibilidade de o curador intervir, em situações excepcionais, na esfera pessoal do curatelado, e a inclusão dos que não tiverem o necessário discernimento no rol de absolutamente incapazes.

Outra alternativa é a utilização do “Contrato Ulisses”, concebido para aquelas situações crônicas e cíclicas – de demência episódica, de distúrbio bipolar, de esquizofrenia, Alzheimer –, em que a pessoa, aproveitando os seus intervalos de lucidez, obtém de um prestador de cuidados de saúde a promessa de que toda a sua intervenção pautar-se-á pela vontade declarada nesse lapso temporal, e não pela vontade que venha a ser manifestada pelo próprio paciente em uma crise superveniente.

Como última opção, está a inserção de um inciso (o IV) no artigo 1.641 do Código Civil, que imponha a adoção do regime de separação de bens aos curatelados, de modo a preservar

o seu patrimônio. As mesmas razões que respaldam, juridicamente, tal cautela em relação aos maiores de 70 (setenta) anos de idade justificam a extensão da regra às pessoas com deficiência que necessitam da intervenção de curador para a prática de atos negociais e patrimoniais.

As insuficiências pontuais na legislação vigente não ofuscam a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – que estabelece diretrizes e critérios uniformes, para garantir, promover e proteger o exercício pleno e em condições de igualdade de direitos, visando a sua inclusão social – e, nessa esteira, a Lei n.º 13.146, de 2015, como marcos históricos na consolidação dos direitos humanos, porquanto fruto de um consenso generalizado da comunidade internacional (governos, organizações não governamentais e cidadãos) sobre a necessidade de assegurar o respeito pela integridade, dignidade e liberdade individual das pessoas com deficiência, por meio de leis, políticas e programas que atendam às suas características e promovam a sua participação na sociedade, com a proibição de discriminação negativa.



BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 1, n.º 1, 1997. p. 6. Disponível em:

- <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32085>>.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 527/528. v. 1.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. Introdução do direito matrimonial. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 271. v. 1.
- FONTES, Fernando. *Pessoas com deficiência em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.
- LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. V. 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.
- 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 Eletrônica Civilística*, ano 4, n.º 1, 2015. p. 21 Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.
- NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. Revisão da tradução de Malu Rangel. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1979.
- SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade* (Parte II). São Paulo: ConJur, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#author>>.
- SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2016 – Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.
- TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, 2016, n. 6.
- VELOSO, Zeno. *Estatuto da pessoa com deficiência: Uma nota crítica*. São Paulo: JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>>.