

O presente livro reúne as conferências e apresentações proferidas no I Encontro de Biodireito, biotecnologia e relações familiares, realizado nos dias 12 e 13 de junho de 2019, no Rio de Janeiro. O Encontro foi promovido e organizado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisa em Biotecnologia (NEPBIO) da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. A participação de pesquisadores e especialistas na temática do Biodireito e do Direito da Família trouxe à apresentação e debate de temas complexos e tormentosos que decorreram da crescente medicalização da vida humana. A presente obra traz à público o material produzido pelos participantes especialmente para o evento, o qual certamente permitirá o amplo intercâmbio, estudos e discussões sobre questões cada vez mais frequentes e relevantes para as situações jurídicas familiares e suas repercussões nas relações privadas.

## BIOTECNOLOGIA E RELAÇÕES FAMILIARES

Heloisa Helena Barboza  
Eduardo Freitas Horácio da Silva  
Vitor Almeida

Heloisa Helena Barboza  
Eduardo Freitas Horácio da Silva  
Vitor Almeida  
ORGANIZADORES

# BIOTECNOLOGIA E RELAÇÕES FAMILIARES



Las Meninas, by Diego Velázquez



[www.editorapiresso.com.br](http://www.editorapiresso.com.br)



*Heloisa Helena Barboza  
Eduardo Freitas Horácio da Silva  
Vitor Almeida  
Organizadores*

**BIOTECNOLOGIA E RELAÇÕES FAMILIARES**

EDITORA  
PROCESSO  
Rio de Janeiro  
2021

**EDITORA PROCESSO**

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

[www.editoraprocesso.com.br](http://www.editoraprocesso.com.br)

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright© 2021 Heloisa Helena Barboza, Eduardo Freitas Horácio da Silva, Vitor Almeida (Orgs.)

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial*Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampson Mulholland

Carla Adriana Comitte Giberton

Carlos Edíson do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matus

Eugenio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamassola

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Elhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melihim Namem Chalhub

Ricardo Calderón

Sérgio Campinho

Zeno Veloso

Diagramação - Mariana Carvalho  
Capa - Alexander MarinisCIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Barboza, Heloisa Helena - Eduardo Freitas Horácio da Silva - Vitor Almeida (Organizadores)

B346b

Biotecnologia e relações familiares -

Heloisa Helena Barboza, Eduardo Freitas Horácio da Silva, Vitor Almeida (Organizadores)

Rio de Janeiro: Processo 2021

210p.; 23cm

ISBN 978658935144-3

1. Biotecnologia e relações familiares. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

**SOBRE OS AUTORES****Heloisa Helena Barboza** (Organizadora)

Professora Titular de Direito Civil e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Doutora em Direito pela UERJ. Doutora em Ciências pela Escola Nacional de Saúde Pública - ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça (aposentada). Advogada. Parecerista.

**Eduardo Freitas Horácio da Silva** (Organizador)

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Biodireito – NEPBIO. Advogado.

**Vitor Almeida** (Organizador)

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Vice-diretor do Instituto de Biodireito e Bioética (IBIOS). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Pós-doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

**Aline Naiade da Silva Alves**

Pós-graduanda em Advocacia Pública pela UERJ. Graduada em Direito pela UERJ. Residente Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Assessora acadêmica. Advogada.

**Ana Carolina Brochado Teixeira**

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professora de Direito Civil do Centro Universitário UNA. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Advogada. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Membro do IBDCivil e do IBDFAM.

## SUMÁRIO

REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA BIOTECNOLOGIA NO CÓDIGO CIVIL: O PAPEL DO BIODIREITO <i>Heloisa Helena Barboza</i> .....	17
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### PARTE I – CONFERÊNCIAS E PALESTRAS

A MEDICALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E SEUS EFEITOS SOCIAIS <i>Maria Andrea Loyola</i> .....	43
BIOTECNOLOGIAS REPRODUTIVAS E FAMÍLIA: IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS, SOCIAIS E LEGAIS DO USO DAS TRA E NOVOS ARRANJOS FAMILIARES <i>Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa</i> .....	57
AS FAMÍLIAS BRASILEIRAS: MUDANÇAS E PERSPECTIVAS FRETE AOS AVANÇOS MÉDICOS E BIOTECNOLÓGICOS <i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i> .....	81
A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM DEFICIÊNCIA PERANTE A AUTORIDADE PARENTAL <i>Elisa Costa Cruz</i> .....	103
AUTONOMIA E VULNERABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES <i>Vitor Almeida</i> .....	117
INTERNAÇÃO FORÇADA POR USO ABUSIVO DE DROGAS: AS MUDANÇAS NA LEI DE DROGAS ESTABELECIDAS PELA LEI N. 13.840/2019. MITOS E NEBLINA NAS RELAÇÕES ENTRE INCAPACIDADE CIVIL E INTERNAÇÃO FORÇADA <i>Gabriel Schulman</i> .....	143

SUICÍDIO RACIONAL: UMA NOVA PERSPECTIVA ACERCA DO DIREITO DE MORRER  
*Luciana Dadalto, Sarah Carvalho Santos e Janine Cristiane Rocha Pereira* ..... 167

REFLEXÕES SOBRE A RACIONALIDADE NORMATIVA DO SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO BRASILEIRO  
*Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moura* ..... 185

O CONSENTIMENTO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA  
*Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore* ..... 205

## PARTE II – GRUPO DE TRABALHO

USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIAGNÓSTICO E ELEGIBILIDADE DE PACIENTES PARA CUIDADOS PALLIATIVOS: LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS  
*Phillipe Werneque de Oliveira Dias* ..... 233

PROJETOS PARENTAIS ECTOGENÉTICOS: DA NECESSIDADE DE LIMITES AO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NO PLANEJAMENTO FAMILIAR A PARTIR DO USO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA  
*Carlos Henrique Félix Dantas e Carolina Valença Ferraz* ..... 249

O RESPEITO A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE COM TRANSTORNO MENTAL E DE COMPORTAMENTO  
*Aline Naiade da Silva Alves* ..... 263

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL: ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A VALIDADE E A EFETIVIDADE  
*Filipe José Medon Affonso* ..... 289

## REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA BIOTECNOLOGIA NO CÓDIGO CIVIL: O PAPEL DO BIODIREITO<sup>1</sup>

*Heloisa Helena Barboza*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Notas sobre o surgimento do Código Civil de 2002. 3. Notas sobre o conceito de biotecnologia. 4. Impactos da biotecnologia no Código Civil. 5. O papel do Biodireito.

### 1. Introdução

Os progressos científicos, em especial os resultantes da biotecnologia, vem promovendo, de há muito, interferências na vida humana, as quais se acentuaram durante o século XX de modo jamais cogitado, afetando os processos de nascimento, desenvolvimento da vida e morte, em aspectos até então considerados imutáveis, por estarem fora do alcance do poder científico. Contudo, a reprodução humana, a relação do sexo biológico com o gênero e o retardamento da morte passaram a ser regidos pelo saber médico, que pode alterar o que seria o curso “natural” dessas situações humanas. As repercussões dessas alterações nas relações jurídicas, notadamente no âmbito civil, são profundas e fazem surgir indagações muitas das quais ainda não encontraram resposta e podem ser resumidas em uma pergunta central, que se desdobra em indagativas subsequentes: a normatização constante do vigente Código Civil é suficiente para lidar com os impactos jurídicos que a biotecnologia provoca? Se não for suficiente o que deve ser feito? Inserir dispositivos suplementares no Código Civil, alterar o Código Civil ou criar leis especiais?

As considerações que seguem tomam em conta: (a) a presença de uma codificação civil, que se aproxima de duas décadas de existência; e (b) uma sequência de fatos desconhecidos na época da elaboração do

<sup>1</sup> Texto elaborado com base em palestra proferida no Instituto dos Advogados do Brasil – IAB, por ocasião da celebração dos cento e setenta anos da entidade, em 2014. A autora agradece ao Doutor Vitor Almeida pelo trabalho de revisão e acréscimos ao presente texto.

criança ou do adolescente, isto é, ao direito deste de “ter informações sobre a situação que lhe acomete, em linguagem compreensível para a sua idade. Significa não ser considerada como objeto”<sup>33</sup>.

Eventual colidência de interesses entre pais e filhos deverá ser resolvida pela via judicial, indicando-se curador à criança ou adolescente, como previsto no artigo 142, parágrafo único, do ECA.

Em síntese, impõe-se reconhecer um novo status jurídico da criança e do adolescente com deficiência diante dos influxos dos direitos humanos e a sua ascensão enquanto pessoa. Essa nova realidade produz impacto nas relações familiares, notadamente entre pais e filhos, a exigir o redimensionamento da autoridade parental em conformidade com essa posição jurídica da criança e do adolescente, mas sem desconsiderar o dever de cuidado inerente à parentalidade.

## AUTONOMIA E VULNERABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Vitor Almeida

**Sumário:** 1. O direito à autonomia na vida familiar e a função instrumental da família no desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência. 2. A vulnerabilidade e a necessária preservação da autonomia da pessoa com deficiência. 3. O alcance da curatela nas relações familiares: casamento e união estável das pessoas com deficiência. 4. Considerações finais.

### 1. O direito à autonomia na vida familiar e a função instrumental da família no desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência

O equilíbrio entre a preservação da autonomia e a atenção à vulnerabilidade da pessoa com deficiência sempre foi delicado, especialmente no campo das relações familiares tal sopesamento adquire ares ainda mais intrincados, eis que são vínculos íntimos e afetivos e, indiscutivelmente, constitutivos do desenvolvimento da personalidade do próprio ser. Tal sintomática assertiva é reforçada com a preocupação deliberada do legislador pátrio ao elaborar o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015 – com os altos propósitos de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, e, por consequência, o reconhecimento de sua plena capacidade civil em todos os aspectos da vida, especialmente no campo da vida familiar.

Notadamente, os incisos do art. 6º do EPD revelam de forma nítida o objetivo da lei inclusiva em afirmar e garantir a capacidade civil das pessoas com deficiência para casar-se e constituir união estável (inciso I), exercer direitos sexuais e reprodutivos (inciso II), exercer o direito de

<sup>33</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Desafios da tutela do paciente menor de idade*. In: sá, Maria de Fátima Freire de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto; SCHETTINI, Beatriz. *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 105.

decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar (inciso III), conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória (inciso IV), exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária (inciso V) e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Tais dispositivos descontinuam o espírito do estatuto protetivo em assegurar que as pessoas com deficiência possam livremente escolher o arranjo familiar de acordo com as suas preferências e desejos, calcado ou não em um modelo de conjugalidade. Nesse sentido, reconhece que as pessoas com deficiência podem ainda exercer os encargos da guarda, tutela e curatela<sup>1</sup>, desde que não se encontrem submetidas à curatela, o que limita, a depender do caso, o exercício das funções ali indicadas, eis que sempre necessário observar os demais valores constitucionais em jogo como os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da pessoa idosa (arts. 227 e 230, CR).

A preocupação do legislador com as relações familiares é fortalecida mesmo nos casos em que a pessoa com deficiência extraordinariamente é submetida à curatela, uma vez que expressamente prevê que tal medida não alcança a sexualidade e o matrimônio (art. 85 § 1º). Uma interpretação sistemática da lei permite afirmar que a curatela, em regra, não alcança nenhum dos direitos existenciais relacionados à vida familiar indicados, de forma exemplificativa, no elenco previsto no art. 6º do EPD.<sup>2</sup> À luz do texto constitucional, nem poderia ser outra a conclusão, eis que a pluralidade e a não-hierarquia das entidades familiares são pressupostos indispensáveis para evitar discriminação e preponderância entre os modelos de família, o que deve ser de todo afastado. Com isso, nos casos em geral, a curatela é restrita aos atos de natureza patrimonial, e,

<sup>1</sup> Cf. ALMEIDA, Vitor; YOUNG, Beatriz Capanema. *A pessoa com deficiência como curador: entre o direito a exercer a curatela e o melhor interesse do curatelado*. No prelo.

<sup>2</sup> «A interpretação sistemática da Lei revela que o elenco de hipóteses ali contido não é exaustivo. Foram, porém, contempladas as situações nas quais mais fortemente se faziam presentes a desigualdade e a discriminação das pessoas com deficiência, inclusive nos textos legais. A presença de uma deficiência era pressuposto bastante para retirar das pessoas a capacidade jurídica para estabelecer relações existenciais, tornando-se sempre como argumento o caso das deficiências mais severas, as quais eram e ainda são generalizadas para impedir, de modo difuso, o exercício de direitos existenciais, notamment os relacionados à vida familiar». BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Art. 6º. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (orgs.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61.

portanto, não alcança os direitos existenciais vinculados ao direito à família, salvo quando expressamente a sentença que definir os contornos da curatela eventualmente restringir alguma situação existencial de natureza familiar e sempre em proteção da dignidade da pessoa com deficiência.

A importância dos laços familiares no desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência é realçada em outras passagens do marco normativo de proteção das pessoas com deficiência. Desse modo, o art. 114 do EPD, por exemplo, conferiu nova redação ao art. 1.777 do Código Civil para reforçar a preservação do direito à convivência familiar, de modo a afastar o recolhimento dos curatelados em estabelecimentos que os afaste desse convívio. Cabe sublinhar a relevância do direito à convivência familiar, ressaltado em diversas passagens do EPD. Assim, além da sua menção no art. 6º, inciso V, é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação do direito à convivência familiar, conforme estampado no art. 8º.<sup>3</sup> Preocupou-se, ainda, nos termos do art. 31, que o direito à moradia digna da pessoa com deficiência seja, preferencialmente, efetivado no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro.<sup>4</sup>

Mas, sem dúvida, o alcance do direito à família, como preferiu o legislador mencionar na primeira parte do inciso V do art. 6º, merece ser mais bem explorado. À propósito, em linha de unidade sistemática do ordenamento, cabe interpretá-lo à luz das disposições da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo (CDPD), que foram ratificados pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. A par disso, as disposições da CDPD encontram-se formalmente incorporadas, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal. A internalização à ordem constitucional brasileira da CDPD como emenda constitucional revolucionou o

<sup>3</sup> O direito à convivência familiar é novamente mencionado no art. 39 do EPD como um dos objetivos perseguidos pelos serviços, programas, projetos e benefícios no âmbito da política pública de assistência social à pessoa com deficiência e sua família.

<sup>4</sup> «Art. 31. A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva».

tratamento da questão, ao colocá-la no patamar dos direitos humanos e ao adotar o denominado modelo social da deficiência.<sup>5</sup>

Logo em seu preâmbulo, a CDPD ressalta que a família é o “núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência”. No entanto, o núcleo dos direitos ligados à vida familiar na CDPD encontra-se previsto em seu art. 23 que trata do “respeito pelo lar e pela família”. Determina, portanto, o dever dos Estados Partes na adoção de “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”. Dever ser assegurado, dessa forma, “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”; “os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsável sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos”; e, que as “pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 23, 1, a, b e c).

É de se afirmar, portanto, que as disposições contidas no EPD seguem as prescrições emanadas da CDPD no tocante à liberdade das pessoas com deficiência em exercer os atos relacionados à vida familiar. E nem poderia ser diferente, tendo em vista a supremacia das normas da Convenção que foram internalizadas com *status de emenda constitucional*, como já afirmado. É nítido que o objetivo central da CDPD é respeitar as decisões da pessoa com deficiência no que tange à aspectos genuínos ligados à família, seja o casamento, a união estável, a autonomia reprodutiva, maternidade, paternidade e à convivência familiar de forma ampla e responsável, sem discriminações ou limitações legais incompatíveis com a capacidade que lhes é assegurada.

<sup>5</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência*. In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 17-37, jul./set., 2017.

A CDPD preocupou-se em sopesar os direitos de todos os integrantes da comunidade familiar, de modo a preservar os interesses merecedores da tutela de todos os envolvidos, sem descurar do respeito ao direito à família que é garantido à pessoa com deficiência. Dessa modo, prevê que os direitos e as responsabilidades “das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes” devem ser igualmente reconhecidos, em busca do delicado equilíbrio entre os direitos fundamentais de cada membro da entidade familiar. Em casos de colisão de interesses, fundamental o critério da prevalência do superior interesses das crianças (e adolescentes)<sup>6</sup> apontado pela CDPD, e, em sintonia com a Constituição de 1988, para o encaminhamento mais adequado da questão, sem sacrificar totalmente os direitos assegurados à pessoa com deficiência, cabendo aos Estados Partes prestar a devida assistência para o adequado exercício das responsabilidades na criação dos filhos (art. 23, 2).

Nessa linha, o direito à família e à convivência familiar, ambos previstos no art. 6º, inciso V, do EPD, parecem encontrar seu conteúdo mínimo e, assim, os parâmetros de seu alcance no art. 23 da CDPD. Ao lado do art. 8º, que prevê especificamente o direito à sexualidade, à paternidade, à maternidade e à convivência familiar, atuam como *cláusula geral de promoção da autonomia familiar* da pessoa com deficiência, de modo a permitir a constituição e manutenção dos vínculos familiares que melhor se adequem ao seu projeto existencial de vida e ao desenvolvimento de sua personalidade. A interpretação sistemática da CDPD e do EPD, portanto, reforça a ideia de respeito à autonomia da pessoa com deficiência na vida familiar, sem discriminação e preconceitos, e, acima de tudo, da importância da família no desenvolvimento da sua personalidade.

<sup>6</sup> Cabe lembrar que a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. O Congresso Nacional brasileiro aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1. O Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesmo entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, incisos 2. O Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, promulgou a referida Convenção. Nos termos do seu art. 1, para “efetiva” da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. A Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no seu art. 2º, considera “criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Em paralelo ao respeito à autonomia na vida familiar, amplamente reconhecido às pessoas com deficiência, como visto, indispensável proteger as situações de vulnerabilidade no ambiente familiar, prevenindo casos de abandono, negligência e abusos praticados pelos demais integrantes da família. A CDPD determina que os Estados Partes adotem as salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos em relação ao exercício da capacidade legal (art. 12.4), o que inclui a autodeterminação no que tange à vida familiar. Reconhece, outrossim, que alguns integrantes da família são mais frequentemente atingidos no contexto familiar, como as mulheres e as meninas que estão “expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração” (Preâmbulo, q). Assegura, ainda, que “as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar” e, para tanto, “os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias” para evitar oclusão, abandono, negligência e segregação.

Para o alcance da igualdade e da não discriminação, a Lei Brasileira de Inclusão<sup>7</sup> se preocupa com a vulnerabilidade da pessoa com deficiência e determina no art. 5º sua proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante, seja no ambiente intrafamiliar ou comunitário. O parágrafo único do art. 5º do EPD reconhece, a propósito, que crianças, adolescentes, mulheres e pessoas idosas são especialmente vulneráveis para fins de aplicação do *caput*. Depreende-se, portanto, que a CDPD e o EPD caminham na mesma direção de promover a autonomia e a capacidade, notadamente para fins de exercício dos direitos ligados à vida familiar, mas não descura da vulnerabilidade que lhe é inerente e que situações de negligência, abandono, abusos de toda ordem<sup>8</sup>, oclusão e discriminação podem

<sup>7</sup> A Lei n. 13.146/2015 é conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). No presente trabalho utiliza-se indistintamente ambas as nomenclaturas.

<sup>8</sup> O jornalista Joseph Shapiro, após longa investigação, constatou que há uma epidemia silenciosa de abuso sexual que atinge as pessoas com deficiência intelectual: “We found that there is an epidemic of sexual abuse against people with intellectual disabilities. These crimes go mostly unrecognized, unprosecuted and unpunished. A frequent result was that the abuser was free to abuse again. The survivor is often re-victimized multiple times”. Disponível em: <https://www.npr.org/2018/01/08/570224090/the-sexual-assault-epidemic-no-one-talks-about>. Acesso em 28 mar. 2020. Tradução nossa: “Descobrimos que existe uma epidemia de abuso

ocorrer no interior dos agrupamentos familiares e serem praticados por aqueles a quem o ordenamento impõe o dever de protegê-los.

O reconhecimento do direito à família e à convivência familiar, nos termos do EPD e da CDPD, é justificado igualmente pelo objetivo de inclusão social e respeito à dignidade das pessoas com deficiência. Com base no modelo social, é indispensável retirar ou suavizar as barreiras socialmente impostas às pessoas com deficiência, especialmente para o exercício de direitos relacionados à constituição familiar, como o casamento, a união estável, a maternidade e a paternidade. Antes da convivência comunitária, a família representa a comunidade intermediária e *locus* privilegiado de formação do ser desenvolvimento das suas potencialidades, além de propiciar uma rede de apoio e suporte crucial para as necessidades humanas. A família, portanto, desempenha função essencial no livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, notadamente para as pessoas vulneráveis, que necessitam do apoio, amparo, cuidado, assistência, respeito e consideração, que se efetivam nos vínculos familiares.

Nessa linha, a instrumentalização das famílias à autorrealização individual modifica sua tradicional vocação de instituição como fim si mesmo, afigurando-se, atualmente, como o grupo social intermédio hábil a proporcionar o desenvolvimento dos membros da comunidade.<sup>9</sup> A concepção instrumental das entidades familiares é fundamental para que as pessoas com deficiência possam efetivamente exercer o direito à família e

sexual contra pessoas com deficiência intelectual. Esses crimes passam na maior parte do tempo sem serem reconhecidos, sem serem executados e impunes. Um resultado frequente foi que o agressor estava livre para abusar novamente. O sobreinteve é frequentemente vitimizado várias vezes”. A respeito da violência obstétrica, Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carla Harmatiuk Matos constatam que há “um grupo de mulheres ainda mais indefesas, hipervulneráveis, que se encontram em situação de maior desamparo e que sofrem de forma mais intensa e cruel com práticas violentas e hostis ligadas à gestação: as mulheres com deficiência. [...] Esse contingente populacional, dado as sobreposições de gênero e deficiência, vivencia especificidades que tornam ainda mais evidente a sua precarização (BUTLER, 2015, p. 46-47). Essa realidade decorre, em alguma medida, da histórica adoção de um regime das incapacidades baseado no modelo médico da deficiência, que não apenas negava capacidade e autonomia à pessoa com deficiência, resultando na sua objetificação e completa desconsideração de seus desejos e vontades, como também entendia a deficiência como um “problema” exclusivamente da pessoa que a apresentava, impondo-lhe – no mais das vezes – o intrapessoal ônus de se adaptar à sociedade”. TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. In: *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 24, pp. 1-13, 2019, p. 4.

<sup>9</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A família democrática*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

à convivência familiar a partir das suas diferenças e de acordo com suas necessidades. Assim, a partir de uma visão mais democrática das famílias, persegue-se o ideal da igualdade e da liberdade com a diminuição do discurso autoritário e patriarcal e, por conseguinte, emerge a valorização da afetividade.<sup>10</sup> Desse modo, a ideia de família-instrumento serve como chave de leitura para definir os contornos da proteção das pessoas com deficiência nas relações familiares que devem ser guiadas pela promoção da capacidade, em igualdade de condições, sem discriminações e em nome da sua dignidade.

A luz de tais considerações, busca-se definir os contornos dos direitos existenciais relacionados à vida familiar da pessoa com deficiência, livre de discriminações, especialmente nas situações em que encontra-se submetida à curatela, nas hipóteses de casamento e união estável, de forma a equilibrar a sua proteção diante das vulnerabilidades e da promoção da sua autonomia, em máxima realização da dignidade humana.

## 2. A vulnerabilidade e a necessária preservação da autonomia da pessoa com deficiência

A dignidade da pessoa humana, chave a guiar o sistema na busca por unidade, determina que qualquer vulnerabilidade humana merece tutela prioritária, tendo em vista que a igual dignidade social só é alcançada quando os direitos fundamentais são assegurados a todos. Assim, é necessário reconhecer os direitos de determinados grupos considerados socialmente vulneráveis, frágeis e que, por tal razão, demandam proteção especial do ordenamento jurídico<sup>11</sup>, a exigir uma tutela mais energica com o objetivo de reequilibrar relações sociais tradicionalmente desiguais, com fundamento na solidariedade social, na igualdade substancial e na justiça social.

Indispensável, por conseguinte, para o alcance e a concretização da cláusula geral de tutela da pessoa humana a compreensão das vulnerabilidades inerente às pessoas humanas, bem como o agravamento da fragilidade em determinadas circunstâncias, seja por questões econômicas, sociais, culturais,

<sup>10</sup> Sobre o assunto, cf. CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

<sup>11</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 84.

entre outras, com o objetivo de se assegurar, na medida do possível, a igualdade substancial. A vulnerabilidade se revela como conceito complexo<sup>12</sup> e, até recentemente, era preterido pelo Direito<sup>13</sup>, que apegado ao sujeito de direito formal, cristalizado nas codificações oitocentistas, descruou da necessária preocupação com um indivíduo real, existente no mundo dos fatos, um ser humano que precisa de proteção, em razão da vulnerabilidade que lhe é inerente.

Atualmente, a noção de vulnerabilidade superou as barreiras dos estudos produzidos no campo da saúde pública, especialmente a partir dos estudos bioético<sup>14</sup>, e do confinamento na seara do consumidor, para alcançar larga aplicação no mundo jurídico, especialmente no direito civil, que tem se valido do termo como um critério para aferir ou identificar os indivíduos que se encontram em situação de desigualdade por razões pessoais de diferentes naturezas (idade, saúde etc.), reforçando a concretização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, na marcha da "despatrimonialização" do direito privado.

Segundo Heloisa Helena Barboza, o "conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, 'que pode ser ferido', de *vulnerare*, 'ferir', de

<sup>12</sup> Sobre o assunto, cf. BARBOZA, Heloisa Helena. *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (orgs.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, 2015, p. 101-123; BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades e legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Bochado; ALMEIDA, Vitor (Orgs.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2017, p. 37-50.

<sup>13</sup> Convém mencionar que a noção de "vulnerabilidade" na experiência jurídica brasileira tem sido mais profundamente trabalhada pelo Direito do Consumidor, ramo que durante muito tempo foi praticamente o único a definir os contornos da fragilidade da pessoa-consumidora, talvez pela expressa referência ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, conforme previsto no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques ensina que a "vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, sinal de necessidade de proteção". BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscos. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

<sup>14</sup> V., por todos, SCHRAMM, Fermin Roland. *Vulnerabilidade, vulneração, saúde pública e bioética da proteção: análise conceitual e aplicação*. In: TAQUETTE, Stella Regina; CALDAS, Célia Pereira (org.). *Etiologia e pesquisa com populações vulneráveis*. v. 2, Rio de Janeiro: Rubio, 2012, p. 37-57.

*vulnus*, ‘ferida’ ) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, o qual pode, em situações contingenciais, ser ‘vulnerado’ ”. Cuida-se, portanto, “de característica ontológica de todos os seres vivos”. Nessa perspectiva, a vulnerabilidade é reconhecida como constitutiva do humano, insita ao ser em projeção à sua humanidade, sendo, portanto, irredutível e inalienável. No entanto, “determinados seres humanos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou *vulnerados*”<sup>15</sup>. Nessa linha, sustenta-se que a vulnerabilidade, para fins de aplicação jurídica, deve ser classificada em vulnerabilidade ontológica ou geral, comum a todas as pessoas em razão da própria condição humana, ou em vulnerabilidade especial ou agravada, contingenciais de determinadas situações de ordem pessoal, social, cultural ou econômica, na qual a pessoa se encontra inserida.

Desse modo, diferenciam-se os *vulneráveis* dos *vulnerados*, sobretudo para fins de proteção jurídica, uma vez que é de todo indispensável focar nas situações específicas que desencadeiam a vulneração das pessoas, individualmente ou em coletividades, para que se identifique a tutela concreta e específica a ser aplicada. Por isso, não basta em diversos casos a invocação genérica à cláusula geral de tutela da pessoa humana, que visa a proteger todas as pessoas em suas intrínsecas dignidade e vulnerabilidade. É preciso verificar as peculiaridades concretas que levam à vulneração, de modo a combater de modo específico tais ameaças à integral dignidade. Nesse ponto, Heloisa Helena Barboza defende que é necessária:

[...] a existência simultânea de uma *tutela geral* (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a *tutela específica* (concreta), de todos os que se encontram em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade, ou já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana. Neste contexto, impõem-se indagar quais as características mínimas que podem ser consideradas

<sup>15</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 110.

para fazer a distinção entre os *vulneráveis* e os *vulnerados*, noções que permitem a diferenciação do tipo de tutela a ser conferida.<sup>16</sup>

Nessa senda, apesar de todos as pessoas humanas serem, por natureza, vulneráveis, “visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico”, nem “todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontre em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhe é inherente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade”<sup>17</sup>. A dificuldade reside na identificação das situações de vulnerabilidade substancial e específica que devem exigir uma postura energica do ordenamento para minimizar e combater os efeitos da desigualdade social, sem olvidar que novas situações surgem constantemente a demandar uma proteção diferenciada e especial.

No campo do Direito é a vulneração que exige a intervenção jurídica para reequilibrar as relações desiguais e promover a construção de uma sociedade justa e solidária, procurando preservar ao máximo a autonomia do sujeito considerado vulnerado e reduzir as desigualdades nas relações sociais. No entanto, deve-se reconhecer que o uso do termo vulnerabilidade se disseminou, de maneira que vulneráveis e vulnerados são utilizados, no plano jurídico, de forma indistinta.<sup>18</sup>

O próprio legislador se refere aos vulnerados como vulneráveis, como, por exemplo, no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, e o art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009, que elenca como função institucional da Defensoria Pública o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado, como as crianças e adolescentes, o idoso, a pessoa com deficiência, a mulher vítima de violência doméstica e familiar, entre outros. O Estatuto da Pessoa com Deficiência traz o termo vulnerabilidade no capítulo dedicado ao direito à assistência social (art. 39,

<sup>16</sup> *Id. Ibid.*, p. 111.

<sup>17</sup> *Id. Ibid.*, p. 107.

<sup>18</sup> No presente trabalho, utilizar-se-á o termo vulnerabilidade também para os vulnerados, e não apenas para os vulneráveis.

§1º) e na inclusão do §11 no art. 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que trata da organização da assistência social<sup>19</sup>, promovida pelo art. 105.<sup>20</sup>

Além das menções legais expressas, é indubitável que a noção de vulnerabilidade permeia as leis especiais que se inserem no contexto que ficou conhecido como "era dos estatutos", que marca o processo de intensificação da intervenção legislativa em razão da nova realidade econômica e política, subtraindo do Código Civil o tratamento de matérias inteiras, que, por sua vez, perde, definitivamente, seu papel de Constituição do direito privado.<sup>21</sup> Nessa esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>22</sup> e o Estatuto do Idoso<sup>23</sup>, por exemplo, são leis que se baseiam na vulnerabilidade em razão da idade que essas pessoas apresentam, seja decorrente do desenvolvimento infanto-juvenil ou da fragilidade corporal e senilidade típicas da idade avançada. Desse modo, apesar do termo vulnerabilidade não aparecer de forma expressa em tais diplomas normativos, não há dúvida que seu fundamento é assegurar os direitos fundamentais dessas pessoas que, em regra, socialmente sempre tiveram seus direitos violados. A vulnerabilidade é a chave fundamental para descortinar os fins e objetivos que tais estatutos têm por mira, que são os de assegurar a plena dignidade de todos os membros da sociedade, inclusive aqueles tradicionalmente excluídos e invisibilizados.

A distinção das vulnerabilidades na legalidade constitucional em existenciais e patrimoniais parece de todo útil, na medida em que um

<sup>19</sup> Na verdade, o termo "vulnerabilidade" aparece 08 (oito) vezes na Lei nº 8.742/93, após as modificações provenientes da Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, que dispõe sobre a organização da assistência social.

<sup>20</sup> No Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852, de 05 de agosto de 2013) o termo vulnerabilidade é mencionado duas vezes. O art. 33 determina que "a União envidará esforços, em articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para promover a oferta de transporte público subsidiado para os jovens, com prioridade para os jovens em situação de pobreza e vulnerabilidade, na forma do regulamento" e o art. 38, IV, estabelece como diretriz a "priorização de ações voltadas para os jovens em situação de risco, vulnerabilidade social e egressos do sistema penitenciário nacional".

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de Direito Civil*, 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 4-8.

<sup>22</sup> Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Tal diploma utiliza o termo "condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento", consenso exposto no seu art. 6º.

<sup>23</sup> Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Nos termos do art. 2º, o "ídoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade".

ordenamento guiado pela dignidade humana e solidariedade social mira no combate mais agudo da fragilidade extrapatrimonial. Além disso, permite a criação de parâmetros e contornos mais precisos para minimizar as vulnerabilidades específicas em nossa sociedade. Por isso, a necessidade de definir de forma mais precisa os contornos e conteúdo do termo vulnerabilidade, de modo a evitar que sua superutilização desague num uso abrangente, decorativo e simbólico.

A vulnerabilidade tem por função densificar a cláusula geral de tutela da pessoa humana e promover a igual dignidade social, na medida em que focaliza a pessoa concretamente considerada em seu ambiente social e diante das suas peculiares fraquezas e restrições à plena autonomia. Fundamental, portanto, para promover a autonomia como aspecto primordial da dignidade humana. A autonomia é fortemente restringida se as vulnerabilidades não são devidamente consideradas e compensadas pelos instrumentos adequados para a preservação da igual participação na vida social.

A vulnerabilidade, portanto, é circunstância intrínseca à pessoa humana em razão de sua condição, que é marcada por um extremo grau de fragilidade devido à característica temporal e finita de toda a vida humana. Nesse aspecto, um destino comum a todas às pessoas é o eventual agravamento da situação de vulnerabilidade, mas que atinge com maior frequência, por condições sociais e pessoais peculiares, determinadas pessoas e grupos, que concretamente sofram exclusão, discriminação e estigmatização sociais, num processo de negação de seus direitos mais básicos. Desse modo, o reconhecimento da vulnerabilidade como atributo humano inerente induz à percepção de que o respeito integral pela dignidade da pessoa humana perpassa a consideração de que em razão das diferenças sociais, culturais, econômicas e psicofísicas exige-se um cuidado maior com essas pessoas, que são consideradas inferiores socialmente e, logo, não participam em paridade de condições e forças da vida de relações e nem têm a dignidade assegurada.

A vulnerabilidade, portanto, é comum a espécie humana, mas fere e viola somente a dignidade de alguns, que somente será respeitada no cuidado com o outro vulnerado a partir do seu reconhecimento como agente de igual competência e valor, bem como com a promoção de sua autonomia para atuar na vida social de forma independente e

empoderada.<sup>24</sup> Fundamental, portanto, compreender a vulnerabilidade da pessoa com deficiência no contexto familiar para protegê-la sem aniquilar sua autonomia para decidir sobre os rumos da sua vida, especialmente no que tange aos vínculos familiares.

### 3. O alcance da curatela nas relações familiares: casamento e união estável das pessoas com deficiência<sup>25</sup>

As disposições da CDPD de maior destaque e controvérsia são as que dizem respeito ao reconhecimento igual perante a lei. Devem os Estado Partes reconhecer que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Para tanto, devem tomar medidas apropriadas e salvaguardas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal (art. 12, 2 e 3). Na legislação infraconstitucional nacional, o direito protetivo foi profundamente modificado com o objetivo de superar o sistema de substituição da vontade pelo sistema de apoio, estruturado para favorecer o exercício da capacidade da pessoa com deficiência e, portanto, modulado às suas estritas necessidades para o alcance da autonomia.<sup>26</sup>

Como visto, a plena capacidade civil das pessoas com deficiência foi assegurada no art. 6º do EPD, inclusive para os atos de autonomia

<sup>24</sup> BAQUERO, Ruth Vivian Angelo. *Empoderamento: instrumento de emancipação social? – uma discussão conceitual*. In: *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 173-187, jan./abr., 2012, p. 173-174.

<sup>25</sup> Algumas reflexões desenvolvidas nesse trecho do trabalho foram objeto de análise em textos anteriormente publicados, mas no presente trabalho foram revisitados, aprofundados e ampliados: ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 229-251; BARBOZA, Heloisa, Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: Editora GZ, pp. 229-242, 2017, p. 235-242.

<sup>26</sup> Cabe mencionar a inclusão, por força do art. 116 do EPD, do art. 1.783-A ao Código Civil que trata da chamada tomada de decisão apoiada como mais um instrumento de apoio à pessoa com deficiência com capacidade civil. Em razão dos estreitos limites do presente trabalho, a tomada de decisão apoiada não será examinada. Sobre a incidência da tomada de decisão apoiada no casamento de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, v. MENDES, Vanessa Corrêa. *O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistências circunstâncias e mecanismos de apoio*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, pp. 404-409.

existencial, consoante afirmado nos incisos do mencionado dispositivo. No entanto, permitiu o legislador que em situações extraordinárias a pessoa com deficiência fosse submetida à curatela, “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso”, e “no menor tempo possível” (art. 84, § 3º), afetando tão-somente os seus atos de natureza patrimonial e negocial. A incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa, pois findou no direito brasileiro a incapacidade absoluta de pessoa maior de idade. É de se ressaltar ainda que, nos termos do art. 4º, III, do Código Civil, é considerada relativamente incapaz a pessoa que não possa exprimir sua vontade, temporária ou permanentemente, de forma consciente e autônoma, relativa a determinados atos patrimoniais/negociais, mas que, eventualmente, podem atingir os existenciais, desde que como salvaguarda para prevenir abusos e impedir que direitos sejam frustrados. Como se vê, cuida-se de critério genérico e que afasta o viés discriminatório do regime anterior do Código Civil.

A curatela, nessa perspectiva, transforma-se em instrumento de proteção e apoio da pessoa com deficiência declarada como relativamente incapaz, mas que se volta, como sua função precípua, à conquista da autonomia perdida ou fortemente mitigada da pessoa com deficiência, em razão do impedimento de longo prazo intelectual ou mental que em interação com as barreiras sociais impede a plena participação social com as demais pessoas. Sua flexibilidade permite moldar, à luz das circunstâncias do caso concreto, o apoio da forma mais apropriada – se representação ou assistência, de acordo com o projeto terapêutico personalizado e individualizado.<sup>27</sup>

A definição da curatela, isto é, dos poderes do curador e das restrições impostas ao curatelado, deve ser feita diante de cada caso concreto, uma vez que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões de sua definição, preservados os interesses do curatelado (art. 85, §2º). Nos casos em que o juiz não fixar os poderes de representação como mecanismo de apoio, a regra recairá sobre a assistência, a qual é mais compatível com a imperiosa exigência de preservação da autonomia das pessoas com deficiência, ainda que submetidas a regime de apoio.

<sup>27</sup> Permita-se remeter a ALMEIDA, Vitor. *Op. cit.*, p. 195-229.

Com o giro funcional da curatela, preserva-se a capacidade civil da pessoa com deficiência ao máximo possível, no que diz respeito, sobretudo, a seus interesses existenciais, como prevê o art. 6º do EPD, bem como em relação à sua excepcionalidade enquanto medida protetiva.<sup>28</sup> Apesar da restrição do alcance da curatela aos atos patrimoniais e negociais, nos termos do art. 85, *caput*, do EPD, é admissível estendê-la as situações existenciais, apenas em caráter excepcional, em decorrência e por força da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, através de decisão judicial, sempre proferida para proteção ou benefício, e no interesse da pessoa com deficiência.<sup>29</sup>

A funcionalização da curatela, à luz dos comandos da CDPD e do EPD, evidencia que ela deve promover os princípios constitucionais de dignidade humana e solidariedade social, com o máximo respeito à sua autonomia, sobretudo nos aspectos existenciais da vida, que inclui os direitos relacionados à vida familiar. Em diversos casos, as potencialidades afetivas do incapaz se mantêm idôneas e devem ser preservadas. Assim, não obstante seu comprometimento psíquico, nada impede que, por exemplo, para fins de formação de uma entidade familiar, seja pelo casamento<sup>30</sup> ou união estável, a pessoa curatelada possa compreender o ato e, portanto, praticá-lo livremente, apesar da restrição em outros aspectos da vida, mantendo seu projeto de vida em comum, ou seja, de formação do seu núcleo familiar nos seus próprios domínios de decisão.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Id. *Ibid.*, p. 229-258.

<sup>29</sup> Neste sentido, foi aprovado o Enunciado nº 637 do Centro da Justiça Federal que: "Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade".

<sup>30</sup> Para um maior aprofundamento do tema, seja consentido remeter a BARBOZA, Heloisa; HELENA; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites. *Op. cit.*, p. 229-242; YOUNG, Beatriz Capanema. *A Lei Brasileira de Inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor; MENDONÇA, Bruna Lima de (Orgs.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 185-216; MENDES, Vanessa Correia. *Op. cit.*, pp. 387-413.

<sup>31</sup> Nada impede a formação de família monoparental ou multiparental por decisão autônoma da pessoa com deficiência através de técnicas de reprodução assistida de acordo com as determinações deontológicas do CFM (Res. 2.168/17) e que o consentimento possa ser obtido nos termos do art. 12 do EPD. Os estreitos limites do presente trabalho impedem uma análise mais aprofundada dos limites e critérios para a formação da família monoparental ou multiparental planejada da pessoa com deficiência submetida ou não à curatela, mas que sempre devem ser guiados pelo princípio do melhor interesse das crianças.

Nessa esteira, a CDPD assegura o reconhecimento do direito das pessoas com deficiência de constituir família pelo casamento, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes e desde que em idade núbil (art. 23, a). O EPD, por sua vez, afirma expressamente, sem qualquer exceção, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar-se e constituir união estável (art. 6º, I). Em reforço, o art. 114 do EPD alterou significativamente o sistema de invalidades do casamento, revogando os incisos I do art. 1.548 e IV do art. 1.557, ambos do Código Civil que, respectivamente, disciplinavam a invalidade do casamento contraído pela pessoa com deficiência mental "sem o necessário discernimento para os atos da vida civil", e a possibilidade de anulação por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge em razão da "ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado". As hipóteses eram nitidamente discriminatórias e desconsideravam que a comunhão plena de vida pode ser alcançada independentemente da deficiência. Não há mais, portanto, nulidade ou anulabilidade de casamento em decorrência da deficiência intelectual ou mental. Com isso, a hipótese única de nulidade nupcial passou a ser a violação de impedimentos matrimoniais.

No que concerne à capacidade para o casamento, de acordo com o art. 1.517, os pais ou responsáveis legais deverão autorizar o casamento da pessoa que não possui capacidade plena, podendo revogar essa autorização até a data da celebração. Complementarmente, o art. 1.518, com a redação atribuída pelo EPD<sup>32</sup>, estabelece que os pais e os tutores poderão revogar a autorização até a celebração do casamento. Na redação original do dispositivo, incluía-se a figura do curador. Tal alteração na redação é significativa, eis que ao curador não é dado o poder de revogar a autorização, ou seja, não lhe foi atribuído o poder de consentir com o ato, tal como antes ocorria. A partir desse novo cenário, o consentimento para casar-se somente pode ser dado pelos próprios nubentes, mesmo no caso de pessoas submetidas à curatela. De fato, a constituição de família é um direito que não pode ser delegado ao representante legal, eis que configura ato personalíssimo. Saliente-se que o aspecto negocial somente formaliza uma opção de vida, retrato da comunhão de afetos. O casamento é

<sup>32</sup> "Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)".

considerado um direito da pessoa com deficiência e não pode ser objeto de deliberação por parte do curador. Desse modo, o curatelado pode se casar, independentemente de anuência ou autorização do representante ou assistente, conforme autoriza o art. 85, §1º do EPD.

No entanto, o art. 1.550, em seu § 2º, incluído pelo EPD, admite a figura do curador associada ao casamento, ao prever que a pessoa com deficiência “mental ou intelectual”, em idade nubil, possa expressar sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Causa estranheza a redação do mencionado dispositivo porque se uma pessoa curatelada não consegue sequer expressar sua vontade para se casar, ou seja, consentir para sua celebração, de forma que comprehenda o ato em si, não poderá ocorrer o casamento.

Embora não tenha o EPD feito menção expressa à necessidade de consentimento, este é indispensável como determina a Convenção sobre Consentimento para Casamento e Registro de Casamento de 1970, segundo a qual “nenhum casamento poderá ser legalmente contraído sem o pleno e livre consentimento de ambas as partes, devendo este consentimento ser exprimido por estas em pessoa, depois da devida publicidade, ante a autoridade competente para celebrar o casamento e testemunhas, de conformidade com a lei” (art. I).<sup>33</sup>

De acordo com a Lei Civil, embora este não utilize o termo, o consentimento é elemento essencial ao casamento, que só se realiza no momento em que os pretendentes manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados (art. 1.514). Essa manifestação é exigida dos menores em idade nubil (16 anos), mesmo sendo considerados relativamente incapazes e necessitando de autorização dos pais para casar-se (art. 1.517). O casamento é ato solene e requer a lei que na celebração o presidente do ato ouça dos nubentes a afirmação de que pretendem casar-se por livre e espontânea vontade, para declarar efetuado o casamento (art. 1.535). Será imediatamente suspensa a celebração do casamento se algum dos contraentes recusar a solene afirmação da sua vontade (art. 1.538, I). Nos casamentos em casos de iminente risco de vida, exige-se que as testemunhas atestem que em sua

presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por “marido e mulher” (art. 1.541, III).<sup>34</sup>

A interpretação favorável à possibilidade de o curador manifestar a vontade para casar no lugar da pessoa com deficiência mental ou intelectual, deliberando e consentindo por ela, deve ser de todo afastada. Tal cogitação contraria não só a própria natureza e requisitos legais do casamento, como sobretudo contraria disposições expressas da CDPD e do EPD. O casamento é um ato de autonomia existencial que não permite a substituição de vontades, mesmo ou principalmente na presença de deficiência mental ou intelectual. Embora não tenham cabimento critérios discriminatórios e específicos em relação à pessoa com deficiência, por força da CPDP e do EPD, que asseguram e promovem sua autonomia e capacidade, as circunstâncias pessoais do nubente com deficiência não podem ser preteridas. Como determina a Convenção, devem ser tomadas medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal (art. 12, 2 e 3). A representação pelo curador para o ato de celebração, acima referida, pode ser um apoio necessário, para os casos em que o deslocamento, ou qualquer outra circunstância, seja penoso ou prejudicial para o nubente com deficiência.

Não é razoável que o curador manifeste a vontade no lugar do nubente curatelado. A melhor interpretação para o dispositivo mencionado consiste no papel de apoio e de auxílio do curador, permitindo e facilitando a emissão de vontade durante o processo comunicacional da pessoa curatelada perante o oficial de registro civil<sup>35</sup>, mas nunca em seu lugar. É

<sup>34</sup> A Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 14 de maio de 2013, dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. O reconhecimento do casamento homoafetivo nos termos da Resolução mencionada é fruto da decisão do Supremo Tribunal Federal em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.379/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo. Dessa modo, entende-se como inconstitucionais as retrogradas menções no Código Civil vigente em relação ao “homem e a mulher” ou “marido e mulher” presentes nos arts. 1.514, 1.535, 1.541, III, 1.565 e 1.567, eis que não guardam compatibilidade com o projeto constitucional de igualdade, não discriminatório, privacidade e pluralidade das entidades familiares. O mesmo raciocínio se aplica ao disposto no art. 1.723 que trata das uniões estáveis.

<sup>35</sup> O EPD dispõe no art. 83 que os serviços notariais e de registro não podem negar, criar condições diferenciadas ou mesmo óbice à prestação de seus serviços em razão da deficiência do

<sup>33</sup> Disponível: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=95102>. Acesso em 28 mar. 2020.

fundamental o consentimento para a celebração do casamento, sendo necessário que a pessoa tenha condições mínimas de expressar sua vontade e compreenda o ato.<sup>36</sup>

O apoio, qualquer que seja sua forma, não substitui a exigência da manifestação de vontade consciente e autônoma, ou seja, é necessário que os nubentes apresentem comprovada competência para a prática do ato. Indispensável destacar que não basta a possibilidade de expressar a vontade em termos físicos, uma vez que a manifestação deve traduzir a competência intelectual para compreender e querer o casamento. Se eventualmente for constatado que a pessoa com deficiência mental ou intelectual não apresenta a competência intelectual necessária para emissão válida de vontade, a hipótese se enquadra no art. 4º, inc. III, do Código Civil vigente, segundo o qual são relativamente incapazes as pessoas que não puderem exprimir sua vontade de forma permanente ou temporária, ensejando a anulação do casamento, nos termos do art. 1.550, IV, do CC.

O casamento da pessoa com deficiência mental encontra, assim, limite nas suas próprias circunstâncias pessoais, que determinarão a possibilidade ou não de contrair casamento. Os requisitos para o casamento devem ser os previstos no Código Civil, tanto no que concerne às formalidades preliminares, constantes do processo de habilitação, quanto observância da idade núbil e dos impedimentos previstos no art. 1.521. A celebração deverá igualmente cumprir as formalidades concomitantes previstas no art. 1.533 e seguintes do Código Civil, que se revelam de todo útil no caso.

Considerando ser a proteção da pessoa com deficiência um dos propósitos da CDPD e do EPD, o exercício do direito de constituir família não pode prescindir do seu consentimento, o qual, assim como o respeito à idade núbil de 16 anos, se encontra compreendido nas salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, as quais devem garantir o respeito aos direitos, à vontade e às preferências da pessoa, de modo proporcional e apropriado às suas circunstâncias, como determina a CDPD (art. 12, 4).

solicitante, devendo reconhecer-lhe a capacidade legal plena e a garantia de acessibilidade. O descumprimento do dispositivo constituirá discriminação (art. 83, parágrafo único, EPD).

<sup>36</sup> Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENÉZES, Joyceane Bezerra de. *Comentários ao art. 114. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coords.). Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 362-371.

Questão tormentosa é a possibilidade de intervenção do curador na escolha do regime de bens, eis que o casamento é uma situação dúplice, que irradia efeitos de espectro existential e patrimonial. À princípio, o curatelado pode, inclusive, escolher o regime de bens do casamento, salvo se expressamente constar na sentença que a celebração de pacto antenupcial com escolha do regime de bens diverso da comunhão parcial deverá ser assistida ou representada pelo curador. Em regra, se a pessoa tem capacidade para contrair casamento, igualmente teria para celebrar pactos antenupciais. Retirar essa faculdade da pessoa com deficiência sem prévia decisão judicial que expressamente determine a assistência ou representação do curador para fins de escolha do regime de bens afronta a CDPD que reconhece o direito de casar-se, sem excepcionar a liberdade na opção pelo regime de bens do casal. Ademais, configura forte ingerência do curador, quando não tiver poderes para tanto, no direito à vida familiar, o que por mais que seja um aspecto patrimonial da vida em comum, a rigor, vincula-se à um projeto existencial de vida a dois e que deve ser respeitado, inclusive, o arranjo patrimonial escolhido pelos nubentes. Descabe, ainda, impor o regime de separação obrigatória de bens, eis que não configura nenhuma das hipóteses previstas no art. 1.641 do CC, bem como não cabe interpretação extensiva em norma que restringe direitos. Tal interpretação teria viés sancionatório à pessoa com deficiência com nitido viés discriminatório.

Desse modo, a pessoa com deficiência mental ou intelectual sujeita a curatela poderá escolher o regime de bens que entender adequado para reger a sua sociedade conjugal, sem a assistência do curador, salvo se constar tal restrição de forma expressa na decisão judicial com a atribuição de poderes ao curador para assistir ou representar na eventual celebração de pacto antenupcial.<sup>37</sup> Uma leitura restritiva do direito ao casamento,

<sup>37</sup> Cabe registrar e entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes, que, diverge, em parte, do ora defendido: “[...] é recomendável que a sentença esclareça se a escolha do regime de bens, na hipótese de ulterior casamento, também estará no âmbito da curatela. Todavia, nota-se que, em decorrência do EPD ter limitado a incidência da curatela aos atos patrimoniais, como um gênero, se a sentença não especificar quais desses atos estarão sob o poder do curador, optando por afirmar que a curatela recairá sobre os atos patrimoniais, há que se incluir, dentre estes, o pacto antenupcial – a escolha do estatuto patrimonial que regerá o casamento, bem como contrato de convivência ou pedido de mudança de regime. Nesse caso, será necessária a participação do curador na formalização da escolha do regime de bens. Deverá assinar, em conjunto com o nubente, o pacto antenupcial com o companheiro, no caso do contrato de convivência ou qualquer outro documento que importe na escolha do regime de bens, como aquele que traz a opção pelo regime convencional da comunhão parcial de bens. O mesmo se

amplamente assegurado à pessoa com deficiência nos arts. 6º, inciso I e 85, § 1º, é contrária à lógica da lei, que não fez ressalvas quanto ao regime de bens, além de mutilar o seu direito à conjugalidade, que inclui os aspectos econômicos subjacentes à relação conjugal. Afinal, é defeso a intervenção na comunhão de vida instituída pela família, como preceitam os arts. 226, § 7º da Constituição de 1988 e 1.513 do Código Civil, e, portanto, descreve limitação onde o legislador não o fez. O direito de casar-se pressupõe a liberdade de escolha de regime de bens, salvo se excepcionado por lei ou decisão judicial que determine a necessidade de assistência ou representação para a realização do ato.<sup>38</sup> Entendimento contrário pode incorrer em discriminação e restrições sem justificativa na capacidade das pessoas com deficiência.

No entanto, é possível que entre a sentença que declarou a incapacidade para alguns atos patrimoniais e a celebração do casamento, com a opção anterior de regime de bens diferente do legal (art. 1.640, CC), tenha ocorrido um comprometimento mais severo das funções cognitivas que acarrete na possibilidade de invalidação do pacto antenupcial. Por mais que o curador tenha atualmente sua atuação restrita aos atos indicados na sentença, obviamente, o encargo que exerce lhe impõe um dever de cuidado e de fiscalização, que inclusive lhe reserva a obrigação de acionar o judiciário para ampliação ou redução dos poderes que lhe foram atribuídos em razão das condições cognitivas do curatelado que podem se modificar ao longo do tempo. Desse modo, eventual escolha pelo regime da comunhão universal ou da separação de bens, ou mesmo de regime híbrido, pode ensejar a anulação do pacto antenupcial nos termos do art.

diga em relação ao pedido judicial que visa a modificação do regime de bens, previsto no art. 1.639, § 2º, do Código Civil". TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Comentários ao art. 114*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coords.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 370-371.

<sup>38</sup> Em sentido contrário, Beatriz Capanema Young defende: "Quando a pessoa está submetida à curatela, entende-se que o curador deverá assistir na escolha do regime de bens do curatelado, na medida em que se trata de aspecto patrimonial, podendo ser, portanto, abarcado pelo alcance da curatela, nos termos da sentença que a determinou. Se houver conflito de interesses entre a decisão do curatelado e do curador, a questão poderá ser levada ao juizo da interdição para que este solucione a divergência. A pessoa com deficiência mesmo quando submetida à curatela não pode sofrer obstáculo ao exercício do direito à conjugalidade, quando manter condições mínimas de manifestar uma vontade jurídica e de entender o que o negócio representa e suas consequências jurídicas. Apenas se exigirá a presença do curador, quando houver, para resguardar as questões patrimoniais decorrentes do ato matrimonial, sempre visando o melhor interesse da pessoa com deficiência". YOUNG, Beatriz Capanema. *Op. cit.*, p. 198.

171, I, do Código Civil, desde que comprovada sua impossibilidade de manifestar de forma válida sua vontade para a escolha do regime de bens, o que pode não afetar sua manifestação para o casamento em si. O prazo decadencial para pleitear a anulação segue o prescrito no art. 178, III, da Lei Civil.

Busca-se evitar com a anulação do pacto antenupcial eventual abuso por parte outro nubente em aproveitar-se da pessoa com deficiência com comprometimento severa da função cognitiva para compreender a escolha de um regime de bens. Nada impede, com base na cláusula geral de proibição de abuso do direito (art. 187, CC) e nas salvaguardas apropriadas à proteção da pessoa com deficiência, previamente à celebração do pacto antenupcial, submeter o caso ao juiz diante de comprovada incapacidade relativa ao ato específico da opção pelo regime de bens, como medida preventiva e mecanismo de salvaguarda contra eventuais abusos e prejuízo ao patrimônio do curatelado. Neste caso, o juiz competente, em hipóteses excepcionais e sob rigorosa fundamentação, fixaria os poderes ao curador para representar ou assistir, conforme for o caso, na celebração do pacto antenupcial ou na escolha pelo regime supletivo da comunhão parcial de bens. É preciso compreender que a garantia ao casamento às pessoas com deficiência, nos termos da CDPD e do EPD, contempla a comunhão de vida em seu sentido mais amplo, inclusive nas repercuções patrimoniais, salvo de comprovada a impossibilidade de exprimir sua vontade em relação às consequências econômicas do casamento. Cindir o casamento em situações existenciais e patrimoniais de forma estanque parece não atender às prescrições da CDPD e o direito de constituir família, como expressão da liberdade, que o EPD de forma sistemática assegura.

Em regra, não cabe, *a priori*, também a participação do curador nos casos de alteração do regime de bens. Nos termos do art. 1.641, § 2º, do Código Civil, a mudança do regime de bens depende de autorização judicial em pedido motivado por ambos os cônjuges, com a ressalva dos direitos de terceiros. Desse modo, eventual pedido no qual um dos cônjuges ou ambos estejam curatelados impõe que o magistrado verifique a extensão dos poderes do curador e a capacidade de compreensão da pessoa curatelada em promover o ato, de modo a evitar prejuízos ou abusos indevidos. Diante de comprovada incapacidade relativa para a alteração do regime, o pedido deve restar improcedente. Cabe mencionar que o

procedimento judicial de alteração do regime de bens do casamento é previsto no art. 734 do Código de Processo Civil – Lei. 13.105/2015, o qual dispõe em seu § 1º a participação do Ministério Pùblico que velará pela tutela da pessoa incapaz. Depreende-se, desse modo, que o ordenamento jurídico brasileiro possui mecanismos de salvaguardas para evitar abusos e prejuízos ao cônjuge curatelado por ocasião do pedido de alteração do regime de bens.

A união estável, por sua vez, é situação de fato, na qual não se exige o consentimento formal, o qual se pressupõe presente. A eventual falta de consentimento só poderá ser apurada, em regra, no caso de violação de direitos ou disputa patrimonial. O reconhecimento da existência de união estável da pessoa com deficiência mental ou intelectual deve observar, no que couber, os limites e requisitos acima abordados, guardadas as suas peculiaridades. No entanto, eventual litígio que envolve interesses existenciais e patrimoniais sobre união estável de pessoa com deficiência mental ou intelectual cabe verificar, à luz dos requisitos previstos no art. 1.723, do Código Civil, se o comportamento é concludente e consciente no sentido de constituição de família, de modo que produza seus regulares efeitos. Em relação à eventual contrato de convivência a ser firmado entre os companheiros (art. 1.725, CC) a mesma lógica acima defendida para a celebração de pactos antenupciais deve ser aqui observada.

Como se vê, assegurar os direitos ao casamento e à união estável da pessoa com deficiência não prescinde da necessária observância dos requisitos exigidos pelo Código Civil, cuja verificação deve ser redobrada nos casos de pessoas com deficiência submetidas à curatela de forma a evitar abusos. O consentimento é elemento essencial para a celebração do casamento e da constituição da união estável.

Em leitura sistemática, portanto, cabe ao curador promover os laços afetivo-familiares da pessoa com deficiência, permitindo o exercício mais amplo do seu direito à família, salvo de toda sorte de discriminações, de modo a assegurar o seu direito à convivência familiar. A curatela não exige o afastamento da pessoa com deficiência do ambiente familiar, mas reforça sua necessidade de amparo afetivo para o resgate da sua dignidade.

#### 4. Considerações finais

A pessoa com deficiência mental ou intelectual tem assegurado, por força de norma constitucional, seu direito de constituir família. O exercício desse direito deve-se dar na forma prevista no Código Civil nos casos de casamento e união estável. Não devem ser preteridas, especialmente para fins de proteção do nubente com deficiência mental ou intelectual, as circunstâncias de sua situação individual. Nos termos previstos na CDPD e no EPD, o casamento poderá se realizar com o apoio adequado a cada caso, de que é exemplo o apoio pelo curador, conforme permite a melhor exegese do § 2º do art. 1.550 do Código Civil incluído pelo art. 114 do EPD, devendo ser afastada a possibilidade de substituição de vontade.

A constituição de família, em qualquer de suas modalidades, é uma das mais legítimas afirmações da capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual, que deve ser admitida precipuamente nos limites de sua proteção e para atender seus interesses existenciais e patrimoniais. A diretriz do CDPD, de natureza constitucional, e a disposição do EPD asseguram à pessoa com deficiência, inclusive intelectual, a liberdade na constituição da família, fundada ou não no casamento, bem como o direito fundamental ao planejamento familiar (art. 226, §7º, CR), como decorrência dos princípios da liberdade, solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana, desde que observados os requisitos e os limites impostos a todas as pessoas e o consentimento como pedra angular do casamento e da união estável.

O direito à família e à convivência familiar constituem importantes instrumentos de emancipação da pessoa com deficiência, submetida ou não à curatela, os quais permitem que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ancorado na cláusula geral de proteção da dignidade humana, seja concretizado em ambiente adequado às aspirações individuais de boa vida familiar. A solidariedade amalgamada no contexto familiar propicia, em parte, o amparo e o cuidado necessários para a superação das barreiras socialmente impostas e das vulnerabilidades cotidianamente vivenciadas. A negação ao *status* familiar e aos elos afetivos afronta diretamente a natureza humana e não encontra respaldo na legalidade constitucional.