

CUIDADO E O DIREITO DE SER: RESPEITO E COMPROMISSO

Na esteira do que se vem desenvolvendo desde 2005, em parceria com o professor Guilherme de Oliveira, apresenta-se a presente obra como a continuidade de um estudo diversificado e interdisciplinar sobre o Cuidado, analisado sob a ótica jurídica e também humanista. Dando prosseguimento aos estudos, foi proposto um novo eixo norteador: o Cuidado e o direito de ser, tendo como personagem central o ser humano, com suas fragilidades e conquistas, e buscando no respeito e no compromisso o objetivo maior das pesquisas. Nesta nova obra, os autores procuraram priorizar temas atinentes ao exercício da autodeterminação humana, como reflexo do seu direito de ser, abordando questões relativas à relação médico-paciente, ao direito de ser (ou não ser) pai ou mãe, ao direito de ser educado e de ser respeitado. Sob a ótica do cuidado, resultaram ainda diversos temas sensíveis como vida, morte, relações familiares, adoção, memória e esquecimento, dentre outros. Diante do reconhecimento da vulnerabilidade do humano e da necessidade de se garantir condições para a defesa de sua autonomia, sempre sob a ótica da responsabilidade, nota-se a firme e necessária presença do cuidado, que se fortalece nos mais variados setores da vida.



GZ
EDITORA

Patricia
Oliveira
Colfio

CUIDADO E O DIREITO DE SER:
RESPEITO E COMPROMISSO

GZ
EDITORA



CUIDADO E O DIREITO DE SER: RESPEITO E COMPROMISSO

GZ
EDITORA

1ª edição – 2018

© Copyright

Tânia da Silva Pereira
Guilherme de Oliveira
Antônio Carlos Mathias Coltro

CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE.
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

C973

Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso / coordenação Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira, Antônio Carlos Mathias Coltro. – 1. ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

546 p.; 25 cm.

Inclui índice
ISBN 978-85-9524-027-8

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. I. Pereira, Tânia da Silva. II. Oliveira, Guilherme de. III. Coltro, Antônio Carlos Mathias.

17-44872

CDU: 342.7

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
EDITORA GZ

contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br

Av. Erasmo Braga, 299 – sala 202 – 2º andar – Centro
CEP: 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

PREFÁCIO

O que se opõe ao descuido e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro.

Leonardo Boff

Na esteira do que se vem desenvolvendo desde 2005, em parceria com o professor Guilherme de Oliveira, apresenta-se a presente obra como a continuidade de um estudo diversificado e interdisciplinar sobre o *Cuidado*, analisado sob a ótica jurídica e também humanista.

O cuidado, indubitavelmente e cada vez mais, se apresenta como um *valor jurídico* inserido no próprio conceito constitucional da dignidade da pessoa humana, segundo o amplo espectro e o relevo que possui. As pesquisas relativas ao Cuidado acompanharam efetivamente sua vinculação à vulnerabilidade, à responsabilidade, à sustentabilidade e à afetividade.

Dando prosseguimento aos estudos, foi proposto um novo eixo norteador - o *Cuidado e o direito de ser*, tendo como personagem central o *ser humano*, com suas fragilidades e conquistas, e buscando no *respeito* e no *compromisso* o objetivo maior das pesquisas.

Cuidado, respeito e compromisso são valores essenciais, considerado o ser humano como sujeito da sua história. O *direito ao respeito*, previsto em diversas disposições do ordenamento jurídico brasileiro, traduz, em última análise, a garantia do direito do outro de ser, encontrando sua instrumentalização na responsabilidade que cada indivíduo possui em sua relação com o outro.

Esse compromisso com a alteridade revela-se nos mais diversos campos, sendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária o primeiro objetivo fundamental apontado pela Constituição Federal de 1988 (art. 3º, I). O exercício da autonomia do ser humano encontra seu alicerce e seu limite no respeito e na responsabilidade perante os demais, que se revelam como condições para o livre desenvolvimento da personalidade.

Consolidou-se no direito brasileiro e na doutrina internacional vasta bibliografia relativa ao tema, merecendo especiais referências Martín Heidegger, por sua efetiva liderança sobre o tema com a obra *Ser e Tempo* ao identificar no cuidado a essência do ser humano. Cite-se, também, entre outros, Mayeroff, Nodding, Griffin, Roach, Watson, Leininger. Mais recentemente, cabe menção especial a obra de Maria Teresa Martín Palomo intitulada *Cuidado, vulnerabilidade e interdependências: Nuevos retos políticos*, publicada na Espanha e premiada em 2014.¹ Entre nós se destacam Vera

1 PALOMO, Maria Teresa Martín. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Campus Tijuca. Professor da Pós-Graduação de Direito Imobiliário da Universidade Candido Mendes - Campus Jacarepaguá. Advogado responsável pelo setor Cível do Escritório Modelo - FUCAM, do Campus Tijuca da Universidade Candido Mendes (2011/2014).

Rodrigo da Cunha Pereira

Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Advogado especializado em Direito de Família, com ênfase interdisciplinar em Psicanálise. Professor de Direito Civil – Direito de Família – PUC/MG, desde 01/09/93 (atualmente licenciado). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Conselheiro da OAB/MG, no período de 1998 a 2003. Membro da International Society of Family Law (Sociedade Internacional de Direito de Família). Autor de Livros e Artigos Jurídicos. Membro do Conselho da Editora Del Rey. Coordenador e Conselheiro da Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.

Sergio Nick

Médico psiquiatra e Psicanalista, membro da Sociedade Brasileira de Psicanálise do RJ, filiada à IPA – International Psychoanalytical Association.

Sérgio Roxo da Fonseca

Advogado. Professor Livre-Docente da UNESP (aposentado). Procurador de Justiça (aposentado).

Tânia da Silva Pereira

Advogada especializada em Direito de Família, Sucessões, Infância e Juventude. Autora de obras e textos nessas especialidades. Mestre em Direito Privado pela UFRJ, com equivalência em Mestrado em Ciências Civilísticas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professora de Direito aposentada da PUC-Rio e da UERJ. Membro do IBDFAM.

Tatiana Rocha Seixas

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Especial da Criança e do Adolescente. Professora do Curso de Pós-graduação de Direito Especial da Criança e do Adolescente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Funcionária Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IBDFAM.

Vitor de Azevedo Almeida Junior

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor dos cursos de especialização e extensão do PUC-Rio, CEPED-UERJ e EMERJ. Advogado.

SUMÁRIO

<i>Prefácio</i>	V
<i>Apresentação</i>	VII
<i>Sobre os autores</i>	IX
O sujeito do “cuidado” em face do sujeito <i>homo economicus</i> <i>Alexandre Moraes da Rosa / Fernanda E. Nothen Becker</i>	1
Ensaio sobre o cuidado e o direito de ser <i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	21
A formação dialógica da relação médico-paciente como exigência democrática à humanização do parto <i>Ana Carolina Brochado Teixeira / Diogo Luna Moureira / Maria de Fátima Freire de Sá</i>	35
O direito de ser mãe: conquistas e violações <i>Ana Maria Lencarelli</i>	49
Dignidade e direito ao cuidado: uma reflexão para uma futura declaração universal dos direitos humanos das pessoas idosas <i>Ana Sofia Carvalho / Jorge Gracia</i>	63
O direito de ser e a lei brasileira de proteção aos deficientes <i>Antônio Carlos Mathias Coltro</i>	87
O respeito ao dever de cuidado com a infância e a atuação do menor no Processo Civil <i>Arruda Alvim</i>	113
Cuidado e “direito de ser”: O que fazer com a desigualdade? <i>Atahualpa Fernandez / Marly Fernandez</i>	131
Cuidado, reprodução humana e direito de ser ou não ser pai e mãe no Brasil <i>Briana de Cássia Ferreira Gomes / Carla Carvalho / Luciana Dadalto</i>	155
Cuidado e direitos do paciente <i>Christine Santini</i>	183
Cuidado e a esfera existencial inclusiva da pessoa com deficiência <i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama / Marina Lacerda Nunes</i>	197

O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites	
Heloisa Helena Barboza / Vítor Almeida	229
Cuidados a ter no direito de cada cidadão a ser educado, independentemente da idade	
João Pedro Gaspar / Carlos Jesus Gil	243
Reflexões sobre a paternidade e a maternidade socioafetivas desempenhadas pela família extensa	
Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel	255
Desescolarização ("unschooling") e educação domiciliar ("homeschooling"): um desafio ao dever de cuidado e o direito de ser da criança e do adolescente	
Lauro Luiz Gomes Ribeiro	295
O direito de ser esquecido	
Livia Teixeira Leal	311
O Cuidado e o uso das palavras: assumindo compromissos pelos termos escolhidos	
Marcelo Santoro Pires de Carvalho Almeida	333
O cuidado e o direito de ser na adoção e as bases biológicas do DNA da alma	
Márcia Lopes de Carvalho	347
Da (in) justiça no planejamento familiar no Brasil: o direito de ser (ou não ser) mãe ou pai	
Marianna Chaves / Rodrigo da Cunha Pereira / Maria Berenice Dias	363
Um olhar multidisciplinar sobre cuidado na resolução de conflitos: mediação e práticas colaborativas	
Márcia Campos Oliveira e Telles	393
¿Hay un deber de cuidado con respecto a las generaciones futuras?	
Núria Belloso Martín	405
Cuidado, direito e responsabilidade de ser	
Paulina Cymrot	435
Como a justiça interfere (ou não) no cuidado e no direito de ser das pessoas	
Pedro Caetano de Carvalho	447
Quem ama, cuida? Um olhar sobre o amor e as vicissitudes do cuidado	
Sergio Nick	463
A verdade do ser no âmbito do direito administrativo	
Sérgio Roxo da Fonseca	471
O cuidado e o direito ao respeito	
Tânia da Silva Pereira	485
A prestação de alimentos como forma de respeito e compromisso	
Tatiana Rocha Seixas / Rodrigo Cardoso Fernandes	513

O SUJEITO DO "CUIDADO" EM FACE DO SUJEITO *HOMO ECONOMICUS*

Alexandre Moraes da Rosa¹
Fernanda E. Nöthen Becker²

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Sujeito e o Cuidado: definições. 2. A construção do *homo economicus*. 3. Um modelo de sujeito no paradigma de cuidado. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Desde a perspectiva da ideia de sujeito como aquele que é o destinatário do direito posto, a teoria da Análise Econômica do Direito, de crescente influxo no Brasil, sistematiza e revela uma aproximação do sujeito tal como é na realidade: um maximizador de seus interesses. A visão econômica das relações e das soluções ganha espaço diante da similitude de objeto de enfrentamento: a escassez de recursos/bens da vida em oposição às necessidades infinitas/sempre crescentes dos sujeitos. Diante desse paradoxo, surge o *homo economicus*, alcunhado pela ciência econômica, entendido como ser que se situa precipuamente como otimizador de seus benefícios, racional e egoísta, em convergência com o pragmatismo utilitarista. Esse lugar preponderante assumido pelo sujeito *homo economicus* contém simplificação em que a própria noção de cuidado como valor jurídico, a moral e a ética são relegados ao patamar de análise de custos. Essa visão informada por um modelo de pensar economicista, ainda que assim não se nomeie, pode ser modulada a partir de uma proposta de sujeito no paradigma do cuidado.

1. O SUJEITO E O CUIDADO: DEFINIÇÕES

A estrutura jurídica maior de nosso ordenamento registrou-se na Constituição da República a partir de significantes que procuram estabelecer uma sociedade mais justa e igualitária. Nesse contexto, tem relevância a discussão da força da normativa da Constituição, se de aplicabilidade imediata

1 Doutor em Direito (UFPR). Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC).

2 Mestranda em Direito (UFSC). Analista jurídico (TJSC).

O DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL: REQUISITOS E LIMITES¹

Heloisa Helena Barbosa²

Vitor Almeida³

Toda pessoa tem direito a constituir família, direito esse que deverá exercer de acordo com as disposições da legislação interna correspondente.⁴

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do casamento à pluralidade de entidades familiares. 2. A capacidade jurídica da pessoa com deficiência constituir família. 3. Requisitos e limites do consentimento da pessoa com deficiência intelectual para constituir família. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), internalizada com *status* de emenda constitucional na ordem jurídica brasileira, 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 Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) afirma expressamente, sem

1 O tema deste trabalho se insere no âmbito do projeto interdisciplinar e interinstitucional (UFRJ, UFE, UERJ e FIOCRUZ) denominado "Uma perspectiva de justiça mais inclusiva: aplicação do enfoque dos funcionamentos à saúde, à educação, à tecnologia e aos direitos de pessoas com deficiência", desenvolvido pelo Programa CAPES/PGTA – Programa de Apoio à Pós-Graduação e à Pesquisa Científica e Tecnológica em Tecnologia Assistiva no Brasil, Edital nº 59/2014, do qual os autores do presente artigo participam, respectivamente, como Coordenadora Associada da UERJ e Pesquisador vinculado ao projeto em andamento.

2 Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada.

3 Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRJ). Professor dos cursos de especialização e extensão do PUC-Rio, CEPED-UERJ e EMERJ. Advogado.

4 Art. 15 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo De San Salvador".

qualquer exceção, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar-se e constituir união estável (art. 6º, I). De modo a espancar eventuais dúvidas, o EPD revogou os incisos I do art. 1.548 e IV do art. 1.557 do Código Civil que, respectivamente, disciplinavam a nulidade 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". A direttriz do CDPD, de natureza constitucional, e a disposição do EPD, reforçadas pelas revogações mencionadas, asseguram à pessoa com deficiência, inclusive mental ou intelectual, a liberdade na constituição da família, fundada ou não no casamento, bem como o direito fundamental ao planejamento familiar assegurado pela Constituição da República (art. 226, § 7º), como decorrência dos princípios da liberdade, solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana. O presente trabalho visa percorrer os fundamentos da liberdade de constituição de família assegurada à pessoa com deficiência mental ou intelectual, como forma de garantir o livre desenvolvimento de sua personalidade e o exercício da plena capacidade que lhe é reconhecida, sem prejuízo da proteção de sua dignidade, igualmente garantida pela Constituição da República. Em face da complexidade do tema, o artigo terá como foco os requisitos e limites que devem ser considerados para reconhecimento de entidade familiar constituída por pessoa com deficiência mental ou intelectual, de modo a se proteger a pessoa com deficiência e a se resguardar os integrantes da família.

1. DO CASAMENTO À PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

O direito brasileiro por quase um século considerou o casamento como único modo de se constituir família. Desde o advento da República, que promoveu a separação entre Estado e Igreja, o casamento passou a ser regulamentado por lei.⁵ As subsequentes Constituições expressamente reafirmaram estar a família, constituída pelo casamento indissolúvel, sob a proteção especial do Estado (CR/1934, art. 144; CR/1937, art. 124; CR/1946, art. 163; CR/1967, art. 167; EC/1 de 1969, art. 175).⁶ De início apenas o casamento civil era reconhecido (Constituição de 1891, art. 72, 4º), mas a partir da Constituição de 1934 (art. 146), exceção feita a Carta de 1937, passou-se a admitir a celebração religiosa do casamento, que produzirá efeitos civis

5 Ver Decreto n. 181, de 24.01.1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso: 15 jun. 2017.

6 Sobre a sequência das Constituições brasileiras ver: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>>. Acesso: 01 jun. 2017.

desde que atendidos determinados requisitos estabelecidos pelo legislador. A CR/1988 inovou não apenas ao considerar a família, como base da sociedade, como ao reconhecer como entidades familiares, além daquela constituída pelo casamento, a união estável entre o homem e a mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada pela doutrina família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º). A partir da EC 66/2010, foi admitida a dissolução do casamento pelo divórcio (art. 226, § 6º).

O desenvolvimento dos estudos e a aplicação da CR/1988 revelou significativa tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de entender: a) não haver hierarquia entre as entidades familiares enunciadas na Constituição; e b) não ser o elenco constitucional de entidades familiares exaustivo. Esse entendimento ensejou o reconhecimento de novas entidades familiares, dos quais são bons exemplos as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo,⁷ constituídas através de união estável ou casamento, bem como de famílias pluriparentais, já admitidas pelo STF,⁸ até as famílias simultâneas, e as poliafetivas ou do "poliamor", embora as duas últimas sejam ainda objeto de debates.⁹

De há muito se reconhece a todas as pessoas o direito de constituir família. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela ONU em 1948,¹⁰ em seu artigo XVI, reconhece que a família é "o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado" e que "os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família", mas "o casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes" (DUDH, artigo XVI, 1 a 3).

Nessa linha, o Brasil adotou outras normas internacionais relativas ao direito de constituir família. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, promulgado em 1992, reconhece a família como o elemento natural e fundamental da sociedade, à qual devem ser concedidas as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos, ratificando a exigência do livre consentimento para

7 ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DE.

8 Ver sobre o tema o RE 898060/SC, julgado pelo STF em 21.09.2016.

9 Paulo Luiz Netto Lobo indicada 11 (onze) "unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras". LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerusclausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

10 A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

o casamento (10, 1).¹¹ Em 1999, foi promulgado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também de 1966, que reconhece igualmente a família como elemento natural e fundamental da sociedade e direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família, exigido o consentimento livre e pleno dos futuros esposos (art. 23, 1 a 3).¹²

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978 e foi promulgada no Brasil em 1992, preceitua ser a família o núcleo natural e fundamental da sociedade, que deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado (art. 17) e reconhece o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido naquela Convenção; o casamento não poderá ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes (art. 17, 1 a 3).¹³

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – “Protocolo de São Salvador” de 1988, promulgado em 1999, destaca o Direito à Constituição e Proteção à Família (art. 15) e reafirma: a) ser a família o elemento natural e fundamental da sociedade, sendo dever do Estado protegê-la e velar pelo melhoramento de sua situação moral e material; b) ter toda pessoa o direito a constituir família, direito esse que deverá exercer de acordo com as disposições da legislação interna correspondente. Em seu artigo 18, trata da Proteção de Deficientes, estabelecendo que toda pessoa afetada pela diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim, dentre as ali especialmente indicadas.¹⁴

O STF reconhece expressamente que: “Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não

11 Decreto 591, de 06.07.1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

12 Decreto 592, de 06.07.1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

13 Decreto 678, de 06.11.1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

14 Decreto n. 3.321, de 30.12.1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. [...]”¹⁵

Constata-se do breve relato sobre as normas internacionais acima feito que somente após o início do processo de redemocratização do Brasil foram promulgadas as Convenções sobre direitos humanos, que incluem matéria atinente à família. Além disso, percebe-se do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – “Protocolo de São Salvador” – a desvinculação e o direito de constituir família e o casamento.¹⁶

Por outro lado, cumpre lembrar que a teor do art. 5º, §3º, da Constituição da República, os tratados e convenções sobre direitos humanos que observam o procedimento ali previsto são equivalentes às emendas constitucionais, vale dizer, passam a integrar o ordenamento jurídico interno do Estado brasileiro com força, hierarquia e eficácia constitucionais.

Não obstante, até 1988 a concepção de família esteve vinculada exclusivamente ao casamento, e até 2002 o casamento esteve regido pelo Código Civil de 1916, no que tange às suas formalidades preliminares, celebração, validade, efeitos pessoais e patrimoniais. Nesses termos, até a vigência do vigente Código Civil em 2003, o casamento só era permitido às pessoas capazes, por conseguinte excluídos estavam os “loucos de todo gênero”, expressão muito criticada, mas que atravessou todo século XX no Brasil. Considerados nos expressos termos do art. 5º, I, do CC/1916, absolutamente incapazes, os atos jurídicos que tais pessoas viessem a praticar seriam nulos, conforme previsão do artigo 145, I, do mesmo Código.

Contudo, no direito civil codificado anterior a lei só previa duas hipóteses de nulidade do casamento em caso de infração de impedimento absolutamente dirimente (CC/1916, art. 207) e o contrário por autoridade incompetente (CC/1916, art. 208). A regra de não haver nulidade de casamento sem expressa disposição legal, adotada pelo direito brasileiro, não contemplava assim os casos não previstos, isto é, de casamentos com defeitos insanáveis, mas não cogitados pelo legislador, os quais não poderiam ser declarados nulos por falta de expressa previsão da lei. A noção de inexistência surgiu na doutrina como complementação da teoria da invalidade como solução para os casamentos que não expressamente considerados nulos pelo CC/1916. Objeto de críticas, a doutrina da inexistência atenderia os casos

15 STF, RE 477554, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 16.08.2011, DJe 26.08.2011.

16 A íntegra do Protocolo, bem como de todos os demais documentos internacionais citados, encontra-se disponível em Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas, 4 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/508144> – Acesso em 10 jul. 2017.

em que o casamento não poderia subsistir, por falta de um elemento de fato, como a inexistência de manifestação de vontade dos nubentes.¹⁷

Fato é que, nulos ou inexistentes, o casamento de pessoa com deficiência mental ou intelectual não era cogitado pelo legislador, e a rigor pela também pela doutrina, sob a égide do CC/1916. O casamento de pessoas por qualquer motivo incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, seu consentimento seria anulável (art. 209), por infringência do impedimento previsto no art. 183, IX, da codificação anterior.

O Código Civil de 2002 taxativamente considerou nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, I) e por infringência de impedimento, previsto no art. 1.521. A incapacidade de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento não consta mais no elenco dos impedimentos para casamento. Assim sendo, até o advento da Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD), que revogou expressamente o inciso I, do art. 1.548, o casamento de pessoa com deficiência mental seria considerado nulo apenas no caso de enfermidade mental.

Não é objetivo deste trabalho analisar ou debater a questão da invalidade do casamento contraído por pessoa com deficiência mental ou intelectual, mas a breve incursão nesse campo se impõe para demonstrar duas conclusões a que se pode chegar diante dos textos legais. A primeira é a de que no regime do CC/1916 o casamento da pessoa com deficiência mental ou intelectual não foi cogitado, ensejando toda discussão a respeito da doutrina da inexistência. Se houvesse impossibilidade de consentimento ou de sua manifestação inequívoca, o casamento seria anulável, como acima indicado. Sendo o casamento sinônimo de família até o advento da Constituição da República de 1988, é de se concluir que o direito de constituir família era negado às pessoas com deficiência mental ou intelectual.

As disposições originais do CC/2002 substituíram, de modo discriminatório, os loucos de todo gênero por enfermos e deficientes mentais, vinculando sua capacidade ao discernimento e ao grau de desenvolvimento mental. As pessoas com deficiência mental não poderiam casar, sendo questionável sua possibilidade de constituir união estável ou mesmo família monoparental, diante de sua incapacidade absoluta ou relativa, prevista nos art. 3º e 4º, do CC/2002, em sua redação inicial. Assim sendo, a segunda conclusão possível é no sentido de que, até o advento do EPD, as pessoas com deficiência mental também não tinham o direito de constituir família reconhecido pela codificação civil. O casamento do “enfermo mental”, conceito sujeito a

17 Sobre críticas à doutrina da inexistência, ver RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, v. 6, 27. ed. Atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83/86.

questionamentos de ordem médica, seria nulo conforme o art. 1.548, I, como acima assinalado.

A incapacidade de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, de acordo com o art. 1.550, IV, do CC/2002, mantido pelo EPD, possibilita a anulação do casamento de qualquer pessoa, sem qualquer discriminação.

2. A CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA CONSTITUIR FAMÍLIA.

Na sequência das normas internacionais adotadas pelo Brasil encontra-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgados pelo Decreto 6.949, de 26 de agosto de 2009.¹⁸ Destaca-se a CDPD não apenas por ser a primeira Convenção do século XXI sobre direitos humanos, como também por promover profundas alterações no que tange aos direitos das pessoas com deficiência.

O propósito da CDPD é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (art. 1). De acordo com a Convenção a deficiência é um conceito em evolução, resultando da deficiência da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse entendimento demonstra a franca adoção do modelo social de deficiência, que modifica a percepção e os modelos até então concebidos sobre a deficiência.¹⁹ Na Antiguidade, acreditava-se que a deficiência consistia num castigo dos deuses por uma falha a moral, um

18 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

19 Adota-se aqui o entendimento de SASSAKI, Romeu Kazumi. *Deficiência Mental ou Intelectual? Doença ou Transtorno Mental? Atualizações semânticas na inclusão de pessoas*. Revista Nacional de Reabilitação, São Paulo, ano IX, n. 43, mar/abr. 2005, p. 9-10. Segundo o autor: “Consideremos, em primeiro lugar, a questão do vocabulário deficiência. Sem dúvida alguma, a tradução correta das palavras (respectivamente, em inglês e espanhol) “disability” e “discapacidad” para o português falado e escrito no Brasil deve ser *deficiência*. Esta palavra permanece no universo vocabular tanto do movimento das pessoas com deficiência como dos campos da reabilitação e da educação. Trata-se de uma realidade terminológica histórica. Ela denota uma condição da pessoa resultante de um impedimento (“impairment”, em inglês). Exemplos de impedimento: lesão no aparelho visual ou auditivo, falta de uma parte do corpo, déficit intelectual”. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/porta/Impressao.asp?artigo=1321>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

pecado cometido pelos pais da pessoa com deficiência ou uma advertência quanto à proximidade de uma catástrofe. Nessa perspectiva de origem bíblica, a pessoa com deficiência nada tem a contribuir para a comunidade, é um indivíduo improdutivo, verdadeira carga a ser arrastada pela família ou pela sociedade. Essas características configuram o denominado "modelo moral" ou "modelo da prescindibilidade".²⁰

Os padrões científicos modernidade deram novos contornos à deficiência, fazendo surgir o "modelo médico" que entende a deficiência como condição patológica, de natureza individual. Assim sendo, a pessoa com deficiência deveria ser tratada e através de intervenções médicas ser "reparada", para ser o quanto possível "normal". Nesse "modelo reabilitador", no qual a divindade é substituída pela ciência, a deficiência decorre de causas naturais e biológicas e se torna passível de modificação, promovendo melhor qualidade de vida para as pessoas afetadas. A pessoa "reabilitada" ou "normalizada" pode ser socialmente "rentável", o tanto quanto se assemelhe às pessoas válidas e capazes.²¹

Embora o "modelo médico" possa efetivamente melhorar a qualidade de vida das pessoas com deficiência, seu foco realça as funções que não podem por elas ser realizadas, em prejuízo de suas aptidões, que muitas vezes permitem que trabalhem e tenham uma vida útil. A proposta reabilitadora mesmo quando permite uma existência útil individual e socialmente, não põe fim à discriminação e muito menos em nada modifica a percepção que a sociedade tem a deficiência, como um problema do indivíduo afetado, mantendo-se como sempre distante e indiferente.

Como se vê estampado no Preâmbulo da Convenção, a deficiência resulta da interação entre o indivíduo com deficiência e barreiras, assim entendidos os impedimentos, que decorrem de atitudes e do ambiente, os quais impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Essa interação caracteriza o modelo social, no qual a deficiência não é resultante apenas da situação individual, mas sim da interação com barreiras que se apresentam socialmente. A sociedade é assim convocada a agir na medida em que é parte da causa da deficiência.

À luz desse entendimento, os Estados Partes da CDPD se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida, e para promover a conscientização sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência (art. 8, 1, b e c). Dentre as medidas previstas para

20 PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cermi. Madrid: Cinca, 2008, p. 37.

21 PALACIOS, Agustina. Op. cit., p. 67.

tanto, inclui-se a promoção do reconhecimento das habilidades, dos méritos e das capacidades dessas pessoas e de sua contribuição ao local de trabalho e ao mercado laboral (art. 8, 2, iii).

As disposições da Convenção de maior destaque, e talvez as que maior controvérsia vem suscitando, são as que dizem respeito ao reconhecimento igual perante a lei. Devem os Estados 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, tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem para o exercício de sua capacidade legal (art. 12, 2 e 3).

Os Estados-Partes devem igualmente assegurar que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas devem garantir que:

[...] as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa (art. 12, 4).

Nesse passo, tendo as pessoas com deficiência assegurado o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, é decorrência necessária que lhes seja assegurado o respeito pelo lar e pela família. Nos termos do art. 23, 1 da CDPD devem os Estados-Partes:

1. [tomar] medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; [...]

Esclarece-se, desse modo, a fonte das disposições constantes da Lei n. 13.146, de 06.07.2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial a que estabelece não afetar deficiência a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável e exercer o direito à família e à

convivência familiar e comunitária (art. 6º, I e V). Ratifica esse direito o contido no art. 84, o qual reafirmando o mandamento da CPDD assegura à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Mesmo que seja necessária a curatela, qualificada como medida extraordinária (art. 84, § 3º) e limitada tão somente aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não será alcançado o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio (art. 85, e § 3º).

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).²²

De acordo com o CC, embora este não utilize o termo, o consentimento é elemento essencial ao casamento, que só se realiza no momento em que o homem e a mulher 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 núbil (16 anos), mesmo sendo considerados relativamente incapazes e necessitando de autorização dos pais para casar (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 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).

A união estável 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.

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 consentimento 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 respei-

to aos direitos, à vontade e às preferências da pessoa, de modo proporcional e apropriado as duas circunstâncias, como determina a CDPD (art. 12, 4).

3. REQUISITOS E LIMITES DO CONSENTIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL PARA CONSTITUIR FAMÍLIA

O casamento, apesar do inerente aspecto negocial apresento acordo de vontades para a sua consumação e dos efeitos econômicos retratados no regime de bens, visa formalizar a plena comunhão de afetos, com intuito de constituir família, dando-lhe nítida proeminência existencial. A Lei n. 13.146/2015, a um só tempo, provocou profundas mudanças em institutos tradicionais do direito civil, como o regime das incapacidades e a curatela,²³ também alcançou o casamento, como já destacado. Na linha de promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e sua plena inclusão social, permita-se a insistência, preservou a capacidade da pessoa com deficiência, conforme prevê seu art. 6º, assegurando seu direito ao casamento, inclusive quando submetido à curatela, que somente afeta os atos patrimoniais e negociais (art. 85 e § 1º).

O intuito do EPD foi nitidamente de atribuir autonomia a um grupo historicamente vulnerável e marginalizado, que, não raras vezes, eram tolhidos de livre exercício de suas escolhas, em perceptível movimento personalista. Como visto, a plena capacidade civil das pessoas com deficiência foi assegurada no art. 6º do EPD, inclusive para os atos de autonomia 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 (art. 84).

A incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa, eis que limitada aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85), não atingindo, em regra, os atos existenciais. Não se cogita, no entanto, da incapacidade absoluta, eis que incompatível com a promoção da autonomia da pessoa com deficiência. 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

22 Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=95102>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

23 Sobre o assunto, veja consentido remeter a BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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 Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 249/274.

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.

Entende-se, dessa forma, que o inciso III do art. 4º do CC é compatível com a proteção destinada à inclusão dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, pois cria regra genérica que se aplica a qualquer pessoa, independentemente da deficiência, que não puder por motivos físicos (estado comatoso, por exemplo) ou em razão de severa deficiência mental ou intelectual, evitando a discriminação e oportunizando o tratamento em igualdade de condições.

Nessa perspectiva, o EPD revogou as hipóteses de invalidez do casamento vinculadas à incapacidade, não sendo mais nulo o casamento quando contraído por pessoa com deficiência mental ou intelectual sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, CC). O mesmo, conforme se verifica, ocorreu com as hipóteses de anulabilidade do casamento (art. 1.550, III, CC) quanto ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge em razão de deficiência. O EPD modificou a redação do inciso III do art. 1.557 CC, dissociando o erro essencial da deficiência, e revogou o inciso IV, do mesmo art. 1.557 CC, que considerava como erro essencial a ignorância anterior ao casamento de moléstia mental grave que, por sua natureza, tornasse 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.

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,²⁴ 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, se verifica que o consentimento para casar 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 considerado um direito da pessoa com deficiência e não pode ser objeto de deliberação por parte do curador.

²⁴ "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)".

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 núbil, possa expressar sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Trata-se de uma forma de representação para o ato de celebração do casamento, visto que a deliberação quanto ao casamento deve partir da pessoa com deficiência, que deverá ter condições de entender e concordar com o casamento, devidamente comprovadas por documento médico. Lembre-se que a deficiência mental ou intelectual configura em verdade um conceito indeterminado, em razão de sua ampla gama de variações, as quais só podem ser esclarecidas em seus efeitos por médicos especializados. A representação para a celebração já é prevista pelo CC, que admite a manifestação de vontade para casar através de procurador, com poderes especiais em procuração pública específica.²⁵

A curatela, no entanto, não afeta o casamento (art. 85, §1º, EPD) e a interferência do curador somente pode ser admitida na qualidade de representante para o ato, devidamente autorizado pelo juiz, uma vez seja comprovada cabalmente a possibilidade de o curatelado entender e concordar com o casamento, bem como seja justificada sua impossibilidade de participar pessoalmente da celebração.

A possibilidade de o curador manifestar a vontade para casar em 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 CDPD 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.

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.

²⁵ "Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais".

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 enquadrará 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 CC, tanto no que concerne às formalidades preliminares, constantes do processo de habilitação, quanto observância da idade núbil e dos impedimentos previstos no art. 1521. A celebração deverá igualmente cumprir as formalidades concomitantes previstas no art. 1.533 e seguintes do CC, que se revelam de todo útil no caso.

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.

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. 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, o casamento poderá se realizar com o apoio adequado a cada caso, de que é exemplo a representação pelo curador, conforme acima indicado.

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.

CUIDADOS A TER NO DIREITO DE CADA CIDADÃO A SER EDUCADO, INDEPENDENDO DA IDADE

João Pedro Gaspar¹
Carlos Jesus Gil²

É preciso uma aldeia inteira para educar uma criança.
Provérbio africano

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Etimologia à Teleologia. 3. Uma criança Dicotômica na Timidez. 4. Súmula.

1. INTRODUÇÃO

Propomo-nos debater a importância da Educação/Formação nas diferentes etapas da vida de cada indivíduo. Uma vida com um claro sentido de dever será, cremos, inegavelmente mais intensa no desejo de prossecução da mesma. Tal sentido, pensamos, será tanto mais alcançável quanto maior for o capital cultural, o conhecimento e as competências de cada indivíduo. Para cada idade de estudo formal de crianças e jovens são estabelecidos mínimos de competências, conhecimentos a alcançar. Esta filosofia de ensino deve, porém, atender à inexorável dinâmica social, concorrendo para uma não cristalização, no tempo, dos currículos do Ensino formal. Os países que descuidarem este preceito correrão o risco de perder o comboio do conhecimento, de obstarem à evolução, ao desenvolvimento; albergarão sociedades dispare e pouco inclusivas.

Porém, devemos pôr cuidados, todos os necessários, para que a Educação que recebemos continuamente, e damos a receber, não consubstancie uma Educação Compulsória, pois esta castra a capacidade crítica, de

1 Doutor (PhD) Psicologia da Educação/Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre (Sc.M.) Geociências /Universidade de Coimbra/Portugal. Investigador Instituto de Psicologia Cognitiva e Desenvolvimento Humano e Social (FCT-UC)/Portugal, Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX (FCT-UC); Laboratório Interdisciplinar de Pesquisa e Intervenção Social (PUC/RJ – Brasil); Centro do Direito da Família (UC – Portugal). Supervisor de equipas técnicas e educativas. Mentor e coordenador da Plataforma PAJE – Apoio a Jovens (Ex)acolhidos.

2 Geógrafo. Investigador colaborador no Instituto de Psicologia Cognitiva e Desenvolvimento Humano e Social (FCT-UC)/Portugal. Colaborador e membro dos corpos sociais da Plataforma PAJE – Apoio a Jovens (EX) acolhidos. Autor publicado em diversas antologias da lusofonia.