

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O VII Congresso do IBDCivil, com o tema central "A Construção da Legalidade nas Relações Privadas", ocorreu na cidade do Rio de Janeiro nos dias 26 a 28 de setembro de 2019, no Hotel *rodigy*. À época, não se poderia imaginar que a pandemia da Covid-19 se espalharia pelo mundo e afetaria, de forma global e quase que concomitante, praticamente todos os países, carreando crise sanitária, econômica e de gestão. Nesse contexto, a organização dos Anais do VII Congresso do IBDCivil, composto por 28 artigos, além de uma entrevista disponibilizada em vídeo, que foram desenvolvidos pelos palestrantes, debatedores e demais convidados, anhou novo significado.

As transformações na estrutura de vida pessoal, social, familiar e financeira causadas pela pandemia da Covid-19 afetaram a dinâmica das relações privadas, demandando novo olhar do intérprete. Mais uma vez, a juridicidade das interações humanas indica a importância renovada da legalidade constitucional, em que os valores de liberdade, igualdade e solidariedade, imbuídos pela dignidade, sempre voltados para a proteção da pessoa humana, devem servir como ilares hermenêuticos para a releitura das mais diversas categorias jurídicas, a fim de resguardar os interesses socialmente relevantes.

A primeira, inicia-se a obra com o diálogo informal entre os professores Pietro Perlingieri e Gustavo Tepedino, presidente do IBDCivil e um dos coordenadores da presente obra, acerca de temas de suma importância do direito privado. O vídeo da gravação da entrevista, que foi feita em Itália no verão de 2019, pode ser acessado pelo QRcode.

A sequência, a estrutura dos Anais foi dividida em cinco eixos temáticos compostos por artigos de diversos autores sob o marco da constitucionalização do direito civil. No primeiro eixo temático, intitulado "Rumos da Legalidade Constitucional nas Relações Privadas", há três reflexões apresentadas em conferências proferidas pelo professor Gustavo Tepedino, sobre a perseverante construção da legalidade constitucional; pela professora Heloisa Helena Barboza, sobre o futuro do entrelace entre direito civil e tecnologias; e pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, sobre a construção da legalidade constitucional nas relações privadas.

...

O leitor é oferecido panorama amplo sobre a incessante reconstrução do direito privado à luz da legalidade constitucional, por meio do enfrentamento de diversos temas complexos e atuais, que desortinam os desafios do jurista contemporâneo na busca pela unidade do ordenamento: na inarredável missão de proteção integral da pessoa humana. Com esses altos propósitos, mais uma vez, o Congresso do IBDCivil se firma como um dos mais importantes espaços de discussão e promoção da renovada dogmática civilística em prol da efetividade dos comandos institucionais e da plena realização da pessoa humana".

Prezado leitor, apresentamos a obra aos coordenadores.

Siga a EDITORA FOCO para Dicas, Notícias, lançamentos e Sorteios

Leia Parte do Livro



INDICADO PARA
ACADÊMICOS,
GRADUAÇÃO E
PROFISSIONAIS



TEPEDINO
SANTOS
PEREIRA

CIVIL CONSTITUCIONAL

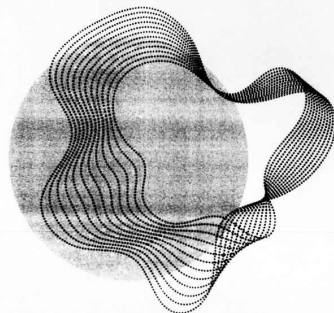
2022

GUSTAVO
TEPEDINO

COORDENADORES

DEBORAH
PEREIRA PINTO
DOS SANTOS

PAULA
MOURA
FRANCESCO
DE LEMOS
PEREIRA



DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A CONSTRUÇÃO DA
LEGALIDADE CONSTITUCIONAL
NAS RELAÇÕES PRIVADAS

IBDCivil

EDITORA
FOCO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	III
ENTREVISTA COM O PROF. PIETRO PERLINGIERI	V

I – RUMOS DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A PERSEVERANTE CONSTRUÇÃO DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	
Gustavo Tepedino	3
DIREITO CIVIL E BIOTECNOLOGIA: VIVENDO O FUTURO	
Heloisa Helena Barboza	13
A CONSTRUÇÃO DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS	
Ministro Luis Felipe Salomão	29

II – TUTELA DA PESSOA HUMANA E DAS FAMÍLIAS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, SAÚDE MENTAL E VULNERABILIDADES. INTERFACES ENTRE VIDA SAUDÁVEL, BEM-ESTAR E OS PRESSUPOSTOS PARA INTERNAÇÃO FORÇADA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DI- REITOS HUMANOS	
Gabriel Schulman	37
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E ALIENA- ÇÃO DE VULNERÁVEIS	
Vitor Almeida	57
O CASAMENTO INFANTIL NA NOVA CONFORMAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	
Ana Carla Harmatiuk Matos, Hugo Sirena e Tatiana Lauand	75

ORDEM PÚBLICA E DIREITO DE FAMÍLIA: BREVE ANÁLISE A PARTIR DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier 91

A LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Daniele Chaves Teixeira e Maici Barboza dos Santos Colombo 109

III – RELAÇÕES PATRIMONIAIS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE

Aline de Miranda Valverde Terra 125

FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO: OS EFEITOS DOS FATOS SUPERVENIENTES NA UTILIDADE DA PRESTAÇÃO

Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Marcella Campinho Vaz 149

COMPLIANCE NO AMBIENTE NEGOCIAL

José Roberto de Castro Neves 171

PACTOS SUCESSÓRIOS: POSSIBILIDADES E INSTRUMENTALIZAÇÃO

Daniel Bucar 183

UMA APLICAÇÃO DA DISCIPLINA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ÀS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL: O PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA

Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva 197

IRRETRATABILIDADE E INEXECUÇÃO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DIANTE DA LEI 13.786/2018 (LEI DOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS)

Roberta Mauro Medina Maia 221

IMPACTOS DA ECONOMIA COMPARTILHADA NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Anderson Schreiber 243

COMO COMPATIBILIZAR AS *INSURTECHS* COM AS PREMISSAS DO MERCADO DE SEGUROS, DENSAMENTE REGULADO?

Priscila Mathias de Moraes Fichtner 259

CONDOMÍNIO EDILÍCIO E AUTONOMIA PRIVADA: POSSIBILIDADE E CRITÉRIOS PARA O MEREcimento DE TUTELA

Fabio Azevedo 273

IV – NOVAS FRONTEIRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM ENSAIOS CLÍNICOS RELACIONADOS À VACINA DA COVID-19 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira 297

NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO ALIENANTE PELA VIOLAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA REPRESENTATIVA DE CONTROLE

Deborah Pereira Pinto dos Santos e Marília Lopes 313

REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

Karina Nunes Fritz e Viviane Girardi 331

A RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL E OS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Marcelo Junqueira Calixto 351

DESAFIOS DA CLÁUSULA GERAL DE RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

João Quinelato de Queiroz 363

V – DIREITO, TECNOLOGIA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Caitlin Mulholland 387

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRATAMENTO DE DADOS: A INTERPRETAÇÃO
DA LEI 13.709/2018 À LUZ DA UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Carlos Nelson Konder 403

BREVES NOTAS SOBRE ANONIMIZAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Marcos Ehrhardt Jr. e Jéssica Andrade Modesto 415

ROBÔS COMO PESSOAS: A PERSONALIDADE ELETRÔNICA NA ROBÓTICA E
NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri 441

A ETERNIZAÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL

Gabriel Rocha Furtado 459

RESPONSABILIDADE CIVIL E REGULAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS: QUES-
TÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE
DECISÕES EMPRESARIAIS

Chiara Spadaccini de Teffé e Filipe Medon 461

A INCOMPATIBILIDADE DO SISTEMA *OPT OUT* ADOPTADO NO CADASTRO
POSITIVO DE CRÉDITO COM A ORDENAÇÃO BRASILEIRA

Lívia Barboza Maia 487

I – RUMOS DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

porque sugere um caráter pejorativo aos pedidos judiciais da saúde, sem levar em conta as falhas e lacunas do sistema.

É preciso, no entanto, diferenciar o diálogo necessário, da apropriação pelo direito de questões da saúde. Não se justifica que a definição sobre a "necessidade", modalidade e duração de internações forçadas seja fixada segundo parâmetros abstratos do direito criminal, sem qualquer coerência com os protocolos da saúde. Em um momento em que a devida comprovação da eficácia dos tratamentos, da adequação ao paciente singular e a avaliação de custo benefício são requisitos usuais para incorporação e fornecimento de tratamentos, são frequentemente desprezadas na imposição de internação.

É indispensável resgatar a interlocução entre saúde e direito, para que nenhuma das áreas se converta em refém da outra. É evidente a incoerência em afastar a punição, mas tomar o Código Penal como baliza para estabelecer tratamentos. Revela-se urgente uma revisão das violações de direitos humanos nas internações forçadas, inclusive na esfera penal, sob pena da permanência de uma situação de notória e constante violação de direitos humanos. Vale recordar a lição de Guimarães Rosa, "As coisas mudam no devagar depressa dos tempos".

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E ALIENAÇÃO DE VULNERÁVEIS

Vitor Almeida

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 (UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PLUC-Rio e EMERJ. Vice-diretor do Instituto de Bioética 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).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD (Lei n. 13.146/2015) foi pródigo ao afirmar em diversas passagens os direitos inerentes a uma vida familiar livre de discriminações e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, embebedo das diretrizes emanadas da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), internalizada no ordenamento brasileiro com status de emenda constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º da Lei Maior. Em seu preâmbulo, a CDPD afirma 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" (item x). O reconhecimento da relevância do núcleo familiar na formação da personalidade de um indivíduo encontra especial significado no caso das pessoas com deficiência, eis que contribui para o exercício da capacidade em igualdade de oportunidade e encontra pleno amparo no movimento de inclusão social desse grupo historicamente estigmatizado, na linha do que foi encampado pela lei protetiva em conformidade com os desígnios convencionais/constitucionais.

Nessa linha, o direito à convivência familiar, amplamente previsto em sede constitucional e infraconstitucional, é fartamente reconhecido à pessoa com deficiência, seja como necessário à sua inclusão social, mas principalmente como indispensável ao inerente cuidado devotado aos vulneráveis por força da solidariedade constitucional. É de se afirmar, portanto, que eventuais disputas familiares, que envolvem, não raras vezes, questões argentárias ou puramente egoístas, acabam por afastar do convívio a pessoa vulnerável dos demais parentes em razão de postura individualista e abusiva que interfere de modo provocado ou induzido na integridade psicofísica do

parente vulnerável alienado e viola seu direito fundamental à convivência familiar, o que deve ser de todo combatido pelo Direito.

Diante de tal cenário, parece salutar refletir sobre a extensão e o alcance da Lei n. 12.318/2010, conhecida como lei da alienação parental, aos demais sujeitos vulneráveis no âmbito familiar e que também sofrem com o afastamento induzido ou provocado dos demais parentes. A mencionada Lei trata do combate aos atos de alienação parental, ou seja, da interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por aqueles que detêm a autoridade, a guarda ou a vigília, com a finalidade de repudiar um dos genitores ou causar prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, nos termos do seu art. 2º. Nada obsta, no entanto, que se verifique na realidade dinâmica das famílias, em giro contrário, que filhos adultos ou cônjuges/companheiros, entre outros parentes próximos, também exerçam atos comissivos ou omissivos dolosos de interferência nociva no convívio familiar, sobretudo, em situações em que se aproveita da situação de vulnerabilidade ou da própria situação de curatela para afastamento provocado ou induzido entre pais idosos e seus demais filhos em razão de litígio entre irmãos ou mesmo entre irmãos e parentes próximos. Viola-se o direito fundamental à convivência familiar e a própria dignidade do sujeito alienado, eis que afeta os vínculos afetivos formados ao longo da vida e, por conseguinte, ofende sua integridade psicofísica.

À luz de tais considerações, busca-se definir o conteúdo do direito à convivência familiar das pessoas com deficiência, em especial a partir da função das entidades familiares de servirem ao livre desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como espaço adequado de cuidado e solidariedade. Por conseguinte, como medida de afirmação e efetividade da convivência familiar, defende-se a extensão, no que couber, da extensão da lei da alienação parental aos demais casos de interferências promovidas ou induzidas que visem o afastamento de parentes com acentuada vulnerabilidade, a exemplo das pessoas com deficiência, submetidas ou não à curatela, em nítido prejuízo à manutenção do sadio convívio familiar, em consonância com o melhor interesse de cada grupo específico e suas intrínsecas vulnerabilidades. Almeja-se, com base em tais objetivos e a partir de pesquisa bibliográfica e documental, analisar o fenômeno da alienação de pessoas com deficiência mental ou intelectual em situação de curatela e os instrumentos de proteção em prol da efetividade do direito à convivência familiar e do direito à integridade psicofísica à luz da legalidade constitucional.

2. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DA FAMÍLIA NO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

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 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 (inciso VII).

Tais dispositivos descortinam 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, calçado ou não em um modelo de conjugalidade. Nesse sentido, reconhece que as pessoas com deficiência podem ainda exercer os encargos da guarda, tutela e curatela¹, 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, a exemplo dos 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 EPD². À

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

2. “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, notadamente os relacionados à vida familiar”. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Art. 6º. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (Org.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 61.

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 a discriminação e a preponderância entre os modelos de família, o que deve ser de todo afastado. Com isso, em regra, a curatela é restrita aos atos de natureza patrimonial e negocial, e, 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 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 vigente 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 afastasse desse convívio. Cabe sublinhar a relevância do direito à convivência familiar, realçado em diversos dispositivos 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. 8º³. 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.⁴

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 proposita, 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 186, de 09 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto 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 tratamento da questão, ao colocá-la no patamar dos direitos humanos e ao adotar o denominado modelo social da deficiência.⁵

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 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”. Deve 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 responsavelmente 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, a maternidade, a paternidade e a convivência familiar de forma ampla e responsável, sem discriminações ou limitações legais incompatíveis com a capacidade.

A CDPD preocupou-se em sopesar os direitos de todos os integrantes da comunidade familiar, de modo a preservar os interesses merecedores de tutela de todos os envolvidos, sem descuidar do respeito ao direito à família que é garantido à pessoa com deficiência. Desse 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)⁶ apontado pela CDPD, e, em sintonia com

3. 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.

4. “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”.

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

6. 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 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 mesma 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

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).

Cabe frisar que no caso de adoção o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece no art. 197-A, inciso VI, incluído por força da Lei n. 12.010/2009, a necessidade de apresentar atestado de sanidade física e mental dos postulantes à adoção domiciliados no Brasil por ocasião da propositura da petição inicial de habilitação dos pretendentes. A restrição imposta por tal dispositivo parece contrariar o disposto no art. 6º, inciso VII, do EPD, especialmente em interpretação conforme à CDPD, uma vez que o art. 23, item 2, estabelece que os Estados Partes devem assegurar os direitos e as responsabilidades das pessoas com deficiência relativos à adoção de crianças e prestar a devida assistência para que tais pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos. Mais razoável seria em caso de curatela de pessoas com deficiência mental ou intelectual averiguar as restrições impostas ao curatelado e os limites da curatela. É de se afirmar completamente equivocado o termo e a exigência de atestado de "sanidade física" na medida em que deficiência de natureza física não impede ninguém de cuidar e criar seu filho, cabendo em situações específicas a assistência e o apoio necessários.

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.

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

Convenção. Nos termos do ser art. 1, para "efeitos 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".

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 ocultação, abandono, negligência e segregação.

Para o alcance da igualdade e da não discriminação, a Lei Brasileira de Inclusão⁷ 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 descarta a vulnerabilidade que lhe é inerente e que situações de negligência, abandono, abusos de toda ordem⁸, ocultação e discriminação podem ocorrer no interior dos agrupamentos familiares e serem praticados por aqueles a quem o ordenamento imputa 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,

7. 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.

8. 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, unprotected 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 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 sobrevivente é frequentemente vitimizado várias vezes". A respeito da violência obstétrica, Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carla Harmatiuk Matos constatarem 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 nega 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 intransponível ônus de se adaptar a sociedade". TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. *Pensar* – Revista de Ciências Jurídicas, v. 24, p. 1-13, 2019.

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 e 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 mesma, afigurando-se, atualmente, como o grupo social intermédio hábil a proporcionar o desenvolvimento dos membros da comunidade⁹. A concepção instrumental das entidades familiares é fundamental para que as pessoas com deficiência possam efetivamente exercer o direito à família e 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 socioafetividade¹⁰. 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.

3. A ALIENAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO FAMILIAR E EM SITUAÇÃO DE CURATELA

A plena capacidade civil das pessoas com deficiência, como visto, 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. 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 violados. Como se vê, cuida-se de critério genérico e que afasta o viés discriminatório do regime anterior do Código Civil.¹¹

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 impedem 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.¹²

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. Com o chamado *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 protetiva¹³. Apesar da restrição do alcance da curatela aos atos patrimoniais e negociais, nos termos do art. 85, caput, do EPD, é admissível estendê-la às 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.¹⁴

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. Fundamental, nesse sentido, promover o direito à convivência familiar da pessoa com deficiência com todos os parentes com quem manteve vínculos de

9. 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.

10. Sobre o assunto, cf. CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

11. Seja consentido remeter a ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 229-251.

12. Idem, *ibidem*, p. 195-229.

13. Idem, *ibidem*, p. 229-258.

14. Neste sentido, foi aprovado o Enunciado 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".

afetividade e de afinidade ao longo da construção da sua trajetória mesmo após o comprometimento psíquico que permitiu a excepcionalidade do recurso à curatela. Cabe ao curador na busca pelo resgate da autonomia do curatelado preservar o seu convívio familiar de forma ampla de modo a permitir o desenvolvimento da personalidade e respeitar sua autonomia existencial afirmada ao longo da vida.

Não é incomum que em razão de disputas entre familiares, por motivos econômicos ou puramente egoístas, a pessoa submetida à curatela acabe afastada de seus parentes com vínculos mais íntimos e duradouros ao longo da construção da subjetividade. Não raro, inclusive, observam-se interferências indevidas em liames mais próximos da relação de parentesco como filhos, netos, irmãos e até mesmo cônjuges ou companheiros visando obter algum proveito econômico ou mesmo influenciá-lo na formulação de testamento ou disposição de bens em vida, mediante captação dolosa da vontade, bem como por razões individualistas e em benefício próprio. Diante de tal cenário, constata-se que a vulnerabilidade de determinadas pessoas no ambiente familiar propicia a sua manipulação por terceiros, eclipsando a real vontade do vulnerável de modo a prejudicar suas escolhas no seio familiar.

Indiscutível, portanto, que não são apenas crianças e adolescentes que sofrem interferência em sua formação para repudiar ou prejudicar o vínculo com um dos genitores por meio de práticas induzidas ou promovidas. Tais ações que visam a manipulação do indivíduo em formação também alcançam outros sujeitos vulneráveis, eis que fragilizados por razões da idade avançada ou por impedimentos de longo prazo de natureza mental ou intelectual que em interação com as barreiras socialmente impostas impedem a plena e equitativa participação em igualdade de condições com as demais pessoas, de que são bons exemplos as pessoas idosas e com deficiência.

A rigor, o indumento ou promoção de atos que importem no repúdio ou efetivo prejuízo à convivência com algum parente próximo por parte de quem deveria cuidar e promover o melhor interesse do vulnerável configura verdadeira violência psicológica e violação de direitos fundamentais, como a convivência familiar e a integridade psicofísica. Impedir ou criar obstáculos ao desfrute de atos de afetividade familiar por interesses escusos ou egoístas reforçam a vulnerabilidade do sujeito que deveria ser protegido e amputa ainda mais sua autonomia em terreno tão íntimo em que se enquadra o campo familiar. Ademais, demonstra a violação do dever de cuidado que é imputado a quem juridicamente é responsável pelo familiar vulnerável. Em especial, para fins dos objetivos traçados para o presente trabalho, cabe investigar o papel do curador nos atos de alienação familiar da pessoa com deficiência intelectual ou mental, idosa ou não, submetida à curatela.

Cioso da prática de violência intrafamiliar, o legislador constituinte determinou, em seu art. 226, § 8º, que o "Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". A rigor, a chamada violência intrafamiliar comporta diversas formas de abuso que acontecem entre os membros de uma família, o que denota as

relações de poder e de assimetria no interior dos agrupamentos familiares e prejudicam e inferiorizam, sobretudo, os familiares vulneráveis. Nesse contexto, a violência pode ser física, psicológica, sexual e mesmo em forma de negligência e de abandono e geralmente decorre de relações de subordinação e dominação em razão dos laços familiares pautados, entre outros, em temor reverencial, cuidado e dependência econômica. A violência intrafamiliar, portanto, "é um fenômeno complexo que desconhece qualquer fronteira de classe social, cultura e nível de desenvolvimento econômico, e pode ocorrer tanto no domínio íntimo do lar como no domínio público e em qualquer etapa da vida" e que pode decorrer, entre outros, de dificuldades "financeiras, desemprego, problemas com a justiça, abuso de álcool e drogas".¹⁵

Na linha da diretriz constitucional estampada no art. 226, § 8º, impõe-se que os atos de alienação no âmbito da família não sejam limitados somente às crianças e adolescentes, mas igualmente alcancem outras pessoas vulneráveis no interior dos agrupamentos familiares, uma vez que a família é a base da sociedade e merece especial proteção e todas as formas de violência intrafamiliar devem ser combatidas. Destaca-se, nesse sentido, a promulgação da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Lei Maior, e a promulgação da Lei n. 13.104, 09 de março de 2015, conhecida como Lei do Feminicídio, que alterou o art. 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, que envolve violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º, VI, § 2º, I), e o incluiu no rol dos crimes hediondos (art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90). Tais diplomas evidenciam a recente preocupação do legislador em combater a violência doméstica e familiar contra a mulher em razão da vulnerabilidade de gênero.

O Estatuto do Idoso, preocupado com a vulnerabilidade social da pessoa idosa, assegura, em seu art. 4º, que nenhum idoso será vítima de qualquer tipo de violência e determina que os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idoso serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados (art. 19)¹⁶. Por sua vez, o EPD protege a pessoa com deficiência contra toda forma de violência, nos termos do art. 5º, e considera especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência (par. único). Na mesma linha do Estatuto do Idoso, o EPD estabelece que os casos de suspeita ou de confirmação de violência praticada contra a pessoa com deficiência serão objeto de notificação compulsória pelos serviços públicos e privados à autoridade policial e ao Ministério Público, além dos Conselhos dos Direitos da pessoa com Deficiência

15. PADOVANI, Ricardo da Costa; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Histórico de violência intrafamiliar em pacientes psiquiátricos. *Psicologia Ciência e Profissão*, ano 28, v. 3, p. 520-535, set., 2008.

16. A Lei n. 12.461/2011 incluiu o § 1º ao art. 19 e definiu que, para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.

para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este". Com efeito, a prática da alienação parental se configura a partir de diversas atitudes que visam o afastamento da criança ou do adolescente do outro genitor, por meio de manipulação, implantação de falsas memórias, criação de dificuldades de convivência familiar, entre outros, mas que objetivem que o filho repudie o genitor alienado.

A rigor, aponta a doutrina que a alienação parental configura, nos termos do art. 187 do Código Civil²⁵, abuso do direito e que não há óbices à sua aplicação no campo das situações jurídicas existenciais²⁶. Nessa linha, "o abuso do direito, ligado à prática de alienação parental, viola diretamente o princípio do melhor interesse da criança – independente dos danos causados ao genitor alienado, pois o que se busca [...], na esteira do art. 227 da Constituição Federal, é a tutela diferenciada da população infantojuvenil".²⁷

Desse modo, os atos de alienação parental consistem em exercício abusivo da autoridade parental (art. 1.637, CC), a qual se revela, a partir da sua compreensão atual, como situação jurídica complexa, que enfeixa uma série de direitos, deveres e poderes conferidos aos pais para a criação, educação e assistência de seus filhos menores (art. 229, CF)²⁸. Tais práticas calcadas em condutas alienadoras por parte do genitor alienante "impedem o estabelecimento ou a manutenção de laços sadios de afeto entre o filho menor e o genitor alienado, violando, por consequência, o direito fundamental à convivência familiar entre eles"²⁹. O abuso da autoridade parental se verifica na medida em que o genitor alienante ao exceder os limites impostos pela ordem jurídica "compromete o exercício da autoridade parental pelo genitor alienado, invadindo um espaço de liberdade que não lhe é conferido, causando inevitáveis danos aos filhos, que crescem sem a referência biparental, mesmo tendo ambos os pais vivos e dispostos a cumprir os deveres oriundos do poder familiar".³⁰

25. "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

26. Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Alienação parental: aspectos materiais e processuais*. *Civiltica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 6. Disponível em: <http://civiltica.com/alienacao-parental/>. Acesso em: 28 maio 2020; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 50, p. 84-91, Rio de Janeiro: Padma, abril/jun., 2012.

27. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Alienação parental: aspectos materiais e processuais*. *Civiltica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 7. Disponível em: <http://civiltica.com/alienacao-parental/>. Acesso em: 28 maio 2020.

28. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 97.

29. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Alienação parental: aspectos materiais e processuais*. *Civiltica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 9. Disponível em: <http://civiltica.com/alienacao-parental/>. Acesso em: 28 maio 2020.

30. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Alienação parental: aspectos materiais e processuais*. *Civiltica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 9. Disponível em: <http://civiltica.com/alienacao-parental/>. Acesso em: 28 maio 2020.

Inicialmente pensada para relações paterno-filiais, a alienação no âmbito das relações familiares também pode alcançar outros sujeitos vulneráveis. Assim, como visto, pessoas idosas e com deficiência vulneráveis também podem ser manipuladas por terceiros, familiares ou não, atuando em prol da sua vontade e em prejuízo do melhor interesse dos vulneráveis e do direito constitucional à convivência familiar. Desse modo, mesmo diante do silêncio da Lei n. 12.318/2010 e da ausência de previsão expressa no Estatuto do Idoso e no EPD, nada obsta que uma interpretação assentada no melhor interesse dos vulneráveis e no combate à violência intrafamiliar permita que, de forma análoga, a prática de alienação seja aplicada de forma extensiva, desde que respeitadas às intrínsecas vulnerabilidades. Uma vez identificada que a alienação protege a integridade psicofísica do sujeito vulnerável alienado como forma de garantir o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, a aplicação por extensão da lei da alienação parental aos demais familiares vulneráveis parece não encontrar óbice. Pelo contrário, é medida que se justifica pela atual compreensão de uma das vocações da família constituir na tutela das vulnerabilidades e do mandamento constitucional de obrigação do Estado de coibir a violência familiar.

Por isso, ainda que não conste expressamente o termo "alienação" no Estatuto do Idoso, nada impede que de forma análoga, como já dito, tal prática seja enquadrada nas situações de risco elencadas no art. 43 e a interpretação de violência contra o idoso se ampare nos termos do § 1º do art. 19, o qual considera qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico, o que demonstra que tais atos não se restringem aos maus-tratos e ao abandono³¹. O próprio texto constitucional reconhece a vulnerabilidade geracional no início e no fim da vida ao estabelecer no art. 229 que os "pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". Tal prática tem sido denominada de *alienação parental inversa* e decorre da violação do direito da pessoa idosa ao convívio familiar (art. 10, § 1º, V, do Estatuto do Idoso), além de ofender a sua integridade psicofísica e configurar constrangimento ou violência psicológica, como já afirmado.³²

31. Conforme defende Claudia Gay Barbedo: "[...] o idoso, a criança e o adolescente estão no mesmo polo de fragilidade. O idoso, em razão da idade, que traz dificuldades inerentes, pode facilmente estar na condição de vítima. A criança e o adolescente, na condição de seres humanos em desenvolvimento, são pessoas fakes de serem enganadas. Diante disso, justifica-se a possibilidade de extensão da Lei de Alienação Parental ao idoso". BARBEDO, Claudia Gay. A possibilidade de extensão da Lei da Alienação Parental ao idoso. In: COELHO, Ivone M Candido (Coord.). *Família contemporânea: Uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: IBDFAM e Letra & Vida, 2011, p. 148. MITRE, Jaqueline Leite da Silva. *Alienação parental de idoso por analogia à alienação parental da criança e do adolescente*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dpeso/310635/alienacao-parental-de-idoso-por-analogia-a-alienacao-parental-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em 29 maio 2020.

32. O Projeto de Lei n. 9446/2017 foi pensado ao Projeto de Lei n. 4562/2016 e visa alterar a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, para dispor sobre o abandono afetivo do idoso por seus familiares, e a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

Igualmente não consta nenhuma menção ao termo "alienação" no EPD, o que não impede o mesmo raciocínio de aplicação por extensão da lei da alienação parental aos casos de pessoas com deficiência, estejam ou não submetidas a curatela, eis que o fundamento reside na vulnerabilidade e não na restrição judicial da capacidade. Como já realçado, o EPD foi pródigo ao afirmar o direito à família e à convivência familiar da pessoa com deficiência (art. 6º, V, e art. 8º) e a protege contra todas as formas de violência ao compreendê-la, para fins de aplicação da lei, como "qualquer ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que lhe cause morte ou dano ou sofrimento físico ou psicológico". Uma interpretação sistemática do EPD, à luz da CDPD, permite afirmar que o combate à alienação de pessoas com deficiência decorre do amplo reconhecimento do direito à convivência familiar e da proteção contra qualquer forma de violência. Nesse quadrante, EPD e Estatuto do Idoso cunham dos mesmos valores e perseguem o mesmo escopo protetivo, além de, em diversas situações, atuarem conjuntamente, eis que o âmbito de incidência coincide nos casos de pessoas idosas com deficiência. Uma aplicação coordenada e conjunta só reforça a extensão em forma análoga da alienação parental para os demais sujeitos vulneráveis no espaço familiar.

O EPD reconhece a plena capacidade dessas pessoas, nos termos do art. 6º, mas nada impede que em alguns casos a vulnerabilidade seja acentuada a ponto de permitir a configuração da prática da alienação, mormente nos casos em que apresenta uma capacidade restringida ou comprometida a exigir a curatela como mecanismo de suporte e apoio. Nem sempre a decretação da curatela combate a alienação. Por vezes, a instituição de curatela para um dos filhos, por exemplo, reforça tal prática. Por isso, a curatela compartilhada prevista no art. 1.775-A do Código Civil pode ser um instrumento útil de combate a alienação de pessoas curateladas. Além disso, mesmo quando não comportar a curatela compartilhada por não atender ao melhor interesse do curatelado, é de se cogitar em medidas para assegurar a convivência familiar, inclusive por meio eventualmente do regime de visitação que pode ser fixado para o filho que não é o curador.

Insista-se, portanto, que nem sempre a decretação da curatela é uma medida de combate ao fenômeno da alienação, uma vez que em muitos casos o próprio curador é o responsável pelos atos de alienação e, por conseguinte, provoca o afastamento do curatelado alienado da sua rede familiar. Embora a curatela se restrinja aos atos de patrimoniais e negociais, nos termos do art. 85 do EPD, o papel do curador alcança a função de resgate da autonomia do curatelado (art. 758, CPC) e lhe é imputado o dever de cuidado, na medida em que tal encargo enfeixa poderes e deverem funcionalizados ao melhor interesse da pessoa relativamente incapaz. Uma vez caracterizada a prática de atos de alienação por parte do curador alienante nada impede a substituição do curador alienante por outro que atenda aos interesses do curatelado (art. 755, § 1º, do CPC), além de outras medidas previstas na Lei n. 12.318/2010 de caráter punitivo ao alienador como a estipulação de

multa e o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, bem como eventual responsabilização civil.³³

Pessoas com deficiência, idosas ou não, portanto, também podem ser, em determinadas situações, facilmente manipuladas por terceiros, como, por exemplo, enfermeiros, cuidadores ou pessoas que detenham certa autoridade em função do cuidado e da dependência que tais relações geram. Como se constata, os alienadores no caso de pessoas idosas ou/e com deficiência podem não se restringir aos parentes, cônjuges e companheiros. Nos casos em que a pessoa com deficiência estiver em situação de risco, suscetível à alienação, mas não for caso de curatela, o parágrafo único do art. 10 do EPD o considera vulnerável, devendo o Poder Público adotar medidas para sua proteção e segurança. O Ministério Público e a Defensoria Pública, na função de *custos vulnerabilis*, tem o dever de atuar em prol das pessoas com deficiência vulneráveis de modo a evitar qualquer forma de violência, inclusive a psicológica em forma de alienação familiar.

Como se vê, os dilemas são delicados e de difícil solução, mas o enfrentamento é de todo necessário para uma tutela das famílias condizente com a pluralidade e com a redução das desigualdades no interior dos agrupamentos familiares. 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 com todos os parentes quando possível e em benefício da pessoa com deficiência, submetida ou não à curatela. A curatela não exige o afastamento da pessoa com deficiência do ambiente familiar ou dos parentes mais próximos ou pessoas com vínculo de afinidade e de afetividade, mas reforça sua necessidade de amparo afetivo para o resgate da sua dignidade. Nessa linha, refletir sobre as formas de alienação de sujeitos vulneráveis, como as pessoas idosas e as pessoas com deficiência, permite a proteção da integridade psicofísica e o direito à convivência familiar, ambos de índole constitucional, em favor do cuidado que deve permear as interações familiares hodiernas.

33. Em interessante julgado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu pela condenação à título de danos morais por atos análogos à alienação parental em razão do estado de vulnerabilidade e doença da genitora, eis que uma das irmãs afastou a outra do convívio com mãe sem autorização judicial: "Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Relação familiar dissidente das partes, irmãs entre si, em relação à genitora. Elementos análogos à alienação parental em razão do estado de vulnerabilidade e doença da genitora. Ponderação dos deveres, direitos e pressupostos das relações familiares. Utilização arbitrária de abusos análogos a medidas restritivas, sem amparo em decisão judicial. Responsabilidade civil. Pressupostos configurados. Dano moral reconhecido. Recurso desprovido. Incontroverso entre as partes, apenas que a genitora sofria de uma série de problemas de saúde, incluindo a degenerativa doença de Alzheimer. Diante do contexto, e de certa forma compreensível a distorção de percepções entre as partes sobre as vontades da genitora. É que a doença, específica, debilita o enfermo de tal forma que, sabidamente, é comum que este seja facilmente sugestível ou convencido. Disto, é de se mitigar as acusações mútuas, de que as partes, cada uma, considerava-se a legítima defensora dos reais interesses da genitora. Tendo em vista o estado de vulnerabilidade da genitora e a patologia específica, o caso não deixa de se parecer com aquele da alienação parental, ao inverso. Em verdade, o que se observa são medidas, próprias daquelas protetivas do Direito de Família, como interdição, tomadas de forma arbitrária e ao arrepio da Lei e dos ditames que regem as relações familiares. O ato de privar a irmã do contato com a genitora, sponte sua, independentemente de autorização judicial e dadas as circunstâncias do caso, gera dano moral indenizável". TJSC, Ap. Cível n. 0006690-70/2012.8.24.0005, Primeira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Domingos Paludo, julg. 25 ago. 2016.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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.

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 e familiar de forma independente e empoderada³⁴. 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.

Uma leitura sistemática do Estatuto do idoso e do EPD à luz da legalidade constitucional impõe que as práticas de alienação de pessoas vulneráveis idosas e/ou com deficiência sejam arduamente combatidas, eis que o direito à convivência familiar, a proteção à integridade psicofísica e a coibição de qualquer forma de violência, sobretudo quando em situação de risco, permite uma aplicação extensiva, no que couber, da lei de alienação parental (Lei n. 12.318/2010).

A prática de atos alienadores em desfavor de pessoas vulneráveis no contexto familiar independe da sujeição à curatela, mesmo porque em diversas situações se percebe que tal instituto é desvirtuado e serve como mecanismo para induzimento e promoção do afastamento da pessoa curatelada do convívio com os demais parentes próximos. Por isso, a curatela compartilhada surge como relevante mecanismo de combate às práticas de alienação entre parentes em proveito da condição de vulnerabilidade de sujeitos com autonomia reduzida ou vontade menosprezada dentro do contexto familiar. A defesa por uma aplicação extensiva das ferramentas de proteção contra práticas alienadoras encontra fundamento legal, como visto, bem como decorre da primordial necessidade de uma democratização das famílias e da redução das assimetrias de poder no espaço, por excelência, de desenvolvimento da autonomia existencial.

34. BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? – uma discussão conceitual. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 173-187, jan./abr., 2012.

O CASAMENTO INFANTIL NA NOVA CONFORMAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Ana Carla Harmatiuk Matos

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Mestre em Direito Humano pela Universidad Internacional de Andalucía. Tutora em Direito na Universidade di Fisa-Italia. Professora na Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do IBD Civil, Diretora Regional-Sul do IBDPAM. Advogada militante em Curitiba. Conselheira Estadual da OAB-PR, Curitiba/PR. E-mail: adv@anacarmatos.com.br.

Hugo Sirena

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná Licenciado em Letras Português/Inglês pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. Professor de Direito de Família na Unibrasil. Professor da pós-graduação da ABDCONST. E-mail: hugo@mosadvocacia.com.br.

Tatiana Lauand

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional. Professora da pós-graduação da ABDCONST e da FAE Business School. Autora dos livros *Adoção à brasileira* e *Quem diz o direito de família no Brasil*. Advogada. E-mail: tatianalauand@gmail.com.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Soa como um truismo indicar que o Direito de Família é o ramo mais dinâmico de toda a ciência jurídica, pelo fato de refletir – e disciplinar – as relações mais íntimas do ser humano. O seio familiar é o espaço essencial do sujeito, a antessala da sociedade, que forja o âmago do indivíduo; e é exatamente por esse motivo que os conflitos com esse pano de fundo se mostram exasperados e densos.

A ciência jurídica, na condição de um sofisticado mecanismo de pacificação dos problemas concretos do cotidiano, atua, exatamente, na busca pela resolução dos conflitos sociais¹. E quando as contendas são empachadas de vínculos pessoais, sentimentos e históricos afetivos, o desafio de disciplinar as conexões interpessoais ganha em complexidade. Eis aí, então, a grande desafio do Direito de Família: objetificar – e assossegar – a essência da subjetividade humana.

1. Segundo a observação de Antonio Pinto Monteiro, a “missão do direito é a de servir a vida”. *Cláusulas limitativas de exclusão de responsabilidade civil*. Introdução, p. 16.