

TRANSFORMAÇÕES NA AUTONOMIA PARA CONSENTIR NO CASAMENTO
PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL: HISTORICIDADE,
VULNERABILIDADE E AUTONOMIA INTERDEPENDENTE

*TRANSFORMATIONS IN THE AUTONOMY TO CONSENT TO MARRIAGE BY THE
PERSON WITH INTELLECTUAL DISABILITIES: HISTORICITY, VULNERABILITY AND
INTERDEPENDENT AUTONOMY*

Carlos Henrique Félix Dantas ^A

<https://orcid.org/0000-0002-4230-071X>

^A Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.
Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco - FDR/UFPE.
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - Unicap. Professor
convidado das especializações em Direito da PUC-Rio e FCAP-UPE. Pesquisador Bolsista
da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pesquisador dos
Grupos Constitucionalização das Relações Privadas - Conrep/CNPq/UFPE, Cebid
Jusbiomed - CNPq/UNEB e Proteção do Ser Humano na Era da Biopolítica - UERJ/CNPq.
Associado ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFam. Advogado.

Correspondência: carloshenriquefd@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.72598>

Artigo submetido em 17/01/2023 e aceito para publicação em 26/09/2024

Resumo: Este artigo busca percorrer as principais transformações no instituto jurídico do casamento para a garantia da capacidade jurídica matrimonial da pessoa com diversidade intelectual. A problemática concentra-se na discussão da autonomia para consentir sobre o ato jurídico do casamento pelo sujeito que historicamente foi considerado como incapaz para celebrar negócios jurídicos existenciais. Diante disso, conclui-se que o discernimento permanece como critério balizador da existência e validade para o casamento, entretanto, não mais enquanto uma barreira impeditiva para o exercício do matrimônio pela pessoa com deficiência intelectual. Empregou-se, para tanto, o estudo de revisão bibliográfica, por intermédio da adoção do método de raciocínio analítico dedutivo, a partir de leitura doutrinária e legislativa nacional e internacional.

Palavras-chave: Transformações no Casamento. Deficiência Intelectual. Consentimento. Existência e Validade. Capacidade Jurídica Matrimonial.

Abstract: This article aims to go through the main transformations in the legal institution of marriage in order to ensure the legal capacity of marriage for people with intellectual diversity. The problem focuses on the discussion of the autonomy of consent to the legal act of marriage by the subject who has historically been considered incapable of entering into existential legal transactions. In light of this, it is concluded

that discernment remains as a criterion that marks the existence and validity of marriage, however, no longer as an impeditive barrier to the exercise of marriage by the person with intellectual disability. For such, the study employed a bibliographical review, through the adoption of the deductive analytical reasoning method, based on the reading of doctrine and national and international legislation.

Keywords: Transformations in Marriage. Intellectual Disability. Consent. Existence and Validity. Matrimonial Legal Capacity.

Introdução

Durante muito tempo, a negação ao ato jurídico do casamento, para a pessoa com deficiência intelectual, esteve diretamente associada à impossibilidade de discernimento reduzido ser responsável por uma manifestação da vontade válida. Isso porque se entendia que essas pessoas não possuíam capacidade jurídica para o exercício de direitos de natureza jurídica existencial e patrimonial. Em decorrência disso, havia a interdição como medida adequada ao manejo da vida dos sujeitos diagnosticados como pessoas humanas sem autonomia real para gerir atos específicos da sua vida civil.

Nesse contexto, há de se comentar que o estigma em torno da identidade da pessoa com deficiência, no ocidente, desnudava o reflexo social da impossibilidade do exercício desses direitos. É que, sob o paradigma médico de deficiência, o sujeito precisava necessariamente ser institucionalizado para, então, ser reinserido na sociedade. Dessa forma, havia o entendimento de que a deficiência era um problema em si mesmo e não um problema social, a partir da relação do sujeito com o meio ambiente.

Paradigmaticamente, o movimento dos direitos civis na década de 60 fez emergir o que se entende atualmente como modelo social de deficiência, o qual propugna a primazia da autonomia da pessoa com deficiência nas relações sociais. Atribui-se a esses sujeitos a ideia de que a deficiência decorre da relação do sujeito com alguma limitação com o meio social não adaptado, devendo, portanto, a sociedade se readaptar para melhor conviver com suas diferenças, sob a perspectiva da igualdade material.

Em que pese a luta pela promoção da autonomia interdependente ter se iniciado em meados do século passado,¹ foi apenas em dezembro de 2006 que ela tomou corpo por intermédio da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Esse diploma, por sua vez, foi ratificado pelo Congresso Nacional em julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal (CF), garantindo *status* de Emenda Constitucional (EC) ao tratado. A partir desses reflexos, foi elaborado um microsistema jurídico para que fosse possível regulamentar os temas introduzidos pela Convenção então vigente, conhecido como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) (Lei nº 13.146/2015).

Na atualidade, a incorporação desses diplomas, sobretudo os reflexos do *caput* do art. 6º da LBI nos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 (CC/02), permitiu a garantia do afastamento da presunção de que a deficiência seria critério balizador a ensejar a incapacidade civil automática da pessoa com deficiência intelectual nas relações jurídicas privadas. De modo expresse, permite-se também o exercício da capacidade jurídica matrimonial da pessoa com deficiência intelectual (art. 6º da LBI, inciso I), revogando dispositivos que restringiam o acesso desses sujeitos à conjugalidade, como o inciso I do artigo 1.548 do CC/02, que compreendia como nulo o casamento contraído pelo “enfermo mental” sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

Apesar da garantia desse direito, ainda restam dúvidas no que diz respeito às transformações do negócio jurídico do casamento sobre o discernimento permanecer como critério de existência e validade. Há aqueles que acreditam que isso foi superado em decorrência do paradigma da autonomia interdependente; outros entendem que o critério permanece como forma de garantia para a segurança do negócio jurídico, mas não como uma barreira a obstar o exercício da conjugalidade da pessoa com deficiência intelectual.

Dessa forma, considerando as modificações introduzidas pelas normativas, pergunta-se: o discernimento foi afastado como critério de existência e validade para o ato jurídico do casamento da pessoa com deficiência intelectual? Em caso afirmativo,

¹ Nas lições de Debora Diniz (2007, p. 13), o nascimento do modelo social de deficiência remonta o final da década dos anos de 1960, principalmente nos Estados Unidos e Inglaterra, possuindo como um dos principais percussores o sociólogo com deficiência física Paul Hunt, responsável por atrelar aos estudos de deficiência o conceito de estigma, proposto por Erving Goffman.

pode-se considerar que o discernimento deixou de ser requisito para o negócio jurídico do casamento atribuído a todas as pessoas naturais, ainda que não possuam deficiência?

Levando a termo tais ponderações, objetiva-se: a) compreender a influência do processo de secularização do casamento no Brasil; b) entender os impactos jurídicos da CDPD e da LBI para promover a autonomia da pessoa com deficiência intelectual no casamento; e c) investigar se o discernimento, enquanto critério de existência e validade para o casamento, permanece como elemento balizador para a garantia de segurança jurídica ao ato jurídico matrimonial.

Este trabalho adota a pesquisa documental, com base na análise, sobretudo, da: a) Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência; b) Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015); c) Constituição Federal de 1988; d) Código Civil de 2002. Utiliza-se a pesquisa bibliográfica, de modo a buscar na doutrina nacional e estrangeira respaldo para a temática. Já o método de raciocínio utilizado é o hipotético dedutivo.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO DE SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO E O SEU IMPACTO NO BRASIL

1.1 Escorço histórico para o processo de secularização do casamento na cultura ocidental

As mudanças na estrutura jurídica do casamento possuem, como base, o gradual processo de secularização da família. Não se pode falar de maneira objetiva em apenas um “momento” de secularização ou numa evolução linear das mudanças ocorridas no direito das famílias. Como afirma Humberto Carneiro Filho (2018, p. 23-24), “o ritmo histórico do direito de família consiste em um dos mais lentos entre outras áreas do direito privado”. Denota, assim, uma não repentina mudança ocorrida a partir do regime republicano brasileiro, havendo, por isso, marcas da secularização do casamento ao longo de um sinuoso percurso. Utiliza-se aqui como recorte: a) espacial: a cultura ocidental, de base romano-germânica; e b) temporal: sobretudo a partir do século XVI.

Dessa forma, não se devem ignorar alguns antecedentes históricos importantes que contribuíram para que esse processo desembocasse no Brasil, tal como a Reforma Protestante e o Concílio de Trento. A esse respeito, tem-se que essas duas reformas conduziram, nos séculos XVI e XVII, a racionalização do poder do homem sobre o casamento por meio do antropocentrismo, ao passo que consagraram no modo de pensar um retorno aos valores humanos, emergindo, assim, a concepção do vínculo conjugal não mais focado estritamente na religião. Essa postura modificou a percepção jurídica do vínculo conjugal, alterando a própria noção da lei. O casamento será entendido menos como uma união que transcende os cônjuges para a visão dos deveres e poderes relativos a cada um dos consortes. Desse modo, há a tentativa de separar o casamento entre o domínio sobrenatural e o domínio puramente natural, uma vez que se busca dividir o casamento em dois: a) por um lado, contrato natural; e b) por outro, um sacramento (BETHERY DE LA BROSSE, 2011, p. 40 e 65).

Outro ponto que merece destaque é que o casamento passa a ser entendido, também, como a transmissão recíproca de um direito de propriedade sobre outro, isto é, a transmissão de um poder. Por isso, deve-se concentrar mais na “natureza conjugal” do que propriamente na união matrimonial. Para Francisco de Vitoria (1492-1546), é necessária a integralização da indissolubilidade ao casamento, porquanto entendia que a educação de crianças e adolescentes demandava muito tempo, uma vez que precisariam de ambos os pais, além de apoio mútuo entre os cônjuges, carecendo não só de uma ajuda material, como também de uma formação moral. Sob essa perspectiva, entendia que a “essência” do casamento iria além do simples consentimento recíproco para procriar, residindo na instituição de um verdadeiro vínculo, podendo significar também “cadeia”. Assim, o amor se torna um elemento indispensável para o casamento, sem o qual parece impossível realizar os seus fins: a procriação e a educação são demasiado íntimas para serem realizadas sem amor; o mesmo se aplica ao apoio mútuo entre cônjuges. A justificativa, para Vitoria, da necessidade do consentimento dos cônjuges ao casamento repousa numa doutrina tradicional da Igreja, da qual decorre a incapacidade de qualquer autoridade terrena de estabelecer ou desestabilizar o vínculo. Esta abordagem revela-se particularmente inovadora na concepção do sacramento do matrimônio (BETHERY DE LA BROSSE, 2011, p. 57-58).

Destaca-se, também, a contribuição de Hugo Grotius (1583-1645), considerado o primeiro grande mestre da racionalização do direito no século XVII. Isso porque ele busca basear a lei em princípios abstratos da razão, sendo fundador da escola do “direito natural moderno”. O casamento, a partir dessa nova estrutura, assume um aspecto completamente racional, já que resulta do consentimento de duas vontades de pessoas juridicamente capazes. Considera-se, por isso, que a religião assume um menor papel, pois se passa a valorizar acima de tudo a força racional da assunção do compromisso (BETHERY DE LA BROSSE, 2011, p. 107).

O vínculo conjugal, do ponto de vista jurídico, assume sua plena existência e força no acordo entre duas vontades de pessoas legalmente capazes, não na própria realidade matrimonial. O casamento passa a ser entendido como uma promessa, um contrato, não se centrando unicamente na finalidade de se ter filhos e no amor mútuo. Grotius entende que o casamento só é legalmente previsto em termos de sua formação, pois é um compromisso livre e recíproco de um homem e de uma mulher com capacidade. O vínculo jurídico tem então toda a sua força sem a necessidade de olhar para a realidade do casamento em si. É o resultado de um poder subjetivo autônomo e recíproco (BETHERY DE LA BROSSE, 2011, p. 109-110).

A segunda metade do século XVIII trouxe novos paradigmas em torno da sacramentalização do casamento, de modo a aproximá-lo mais de um contrato civil. A Revolução Francesa (1789) foi bastante representativa ao buscar afastar as sombras do sistema jurídico do Antigo Regime e utilizar os princípios da legalidade, da liberdade e da igualdade, filiando-se às concepções iluministas que organizam a família como um reflexo da diversidade social e cultural (BETHERY DE LA BROSSE, 2011, p. 100-101). Esse trabalho revolucionário busca construir algo novo sobre os alicerces do Iluminismo, em virtude sobretudo da Lei de 20 de setembro de 1792 (França), que estabeleceu alguns princípios: a) o casamento é por sua natureza um contrato civil; e b) o casamento pode e deve subsistir como um contrato civil para todos os efeitos civis, independentemente da bênção eclesiástica que o torna um sacramento, configurando-se, portanto, como autônomo: o casamento civil.

Essa normativa é relevante, pois garantiu para os franceses a possibilidade de gozar da faculdade do divórcio, resultado da liberdade individual, baseado na liberdade

humana de agir de acordo com o próprio prazer. O divórcio existiria a partir do consentimento mútuo dos cônjuges (BETHERY DE LA BROSSE , 2011, p. 204-205). A realidade matrimonial seria contraída sem a necessidade de um ministro religioso, uma vez que o oficial público declararia, em nome da lei, que os nubentes juridicamente capazes estariam casados a partir do consentimento mútuo (CARNEIRO FILHO, p. 101).

1.2 Breves comentários sobre a influência da secularização do casamento no Brasil

Esse percurso refletiu diretamente na postura que foi adotada no Brasil para se tentar afastar os dogmas religiosos no Estado de Direito nas constituições e na legislação infraconstitucional. A esse respeito, cabe mencionar, em síntese apertada, que a Constituição do Império de 1824 não regulamentava de maneira expressa a família, embora determinasse ser a Religião Católica Apostólica Romana a oficial, permitindo-se, ainda, outras religiões (art. 5º). O casamento católico, nesse contexto, era regulado ainda pelas normas do Concílio de Trento e pela Constituição do Arcebispado da Bahia. A partir da Proclamação da República, em 1889, houve o esforço para a separação da Igreja e do Estado, tornando necessária a regulamentação do casamento, o que se fez pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, e pelo Decreto 521, de 26 de junho de 1890.²

A primeira Constituição da República, de 1891, não adensou a regulamentação da família matrimonial, prevendo apenas um dispositivo, o § 4º do artigo 72, que mencionava que a família era constituída apenas pelo casamento, sendo esse à época ainda indissolúvel, não havendo, por isso, previsão de desconstituição do vínculo matrimonial. Nessa senda, o Código Civil de 1916, encabeçado por Clóvis Beviláqua (1859-1944), dedicou-se a regular o casamento de modo a abarcar as suas formalidades, requisitos e os efeitos, inclusive atribuindo os critérios de nulidade e anulação do casamento a partir do art. 180 e seguintes.

Posteriormente, a Constituição da República de 1934 dispôs um capítulo inteiro sobre a família, permanecendo o casamento indissolúvel, salvo em alguns aspectos

² Para um maior aprofundamento a respeito da família nas constituições, consultar COSTA, 2008.

excepcionais: a) desquite: ocorria quando havia descumprimento dos deveres conjugais, gerando a dissolução da sociedade conjugal, mas nunca do vínculo matrimonial, pois os desquitados não poderiam casar-se novamente. Além disso, o desquite gerava tanto sanções legais, como perda do nome e da guarda dos filhos, além de sanções sociais, pois eram tidos como “desquitados dos valores morais e sociais”; e b) a anulação do casamento não interferia na indissolubilidade do casamento.

Percebia-se que embora o processo de laicização tenha se iniciado na ordem republicana brasileira, ainda possuía resquícios do fenômeno religioso no ato jurídico do casamento, sobretudo pela permanência da indissolubilidade. Sobre a tese da neutralidade do Estado na contemporaneidade, entende André Gonçalves Fernandes (2017) que embora o Estado se afirme como laico, não há propriamente como distinguir a sociedade deste; por consequência, a religião acaba por integralizar indiretamente o Estado. Essa contradição reflete diversos desdobramentos da liberdade religiosa na atualidade.

2 A IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA CONJUGALIDADE PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL: A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA DE 1916 E 2002

O casamento, compreendido aqui como uma das instituições mais antigas na história da humanidade, foi durante muito tempo a única forma de constituição de família. Isso porque o conceito de família, em sentido estrito, correspondia ao que os romanos denominavam *domus*, ou seja: a família composta apenas por cônjuges e os seus filhos (ESPÍNOLA, 2001, p. 11). No Código Civil de 1916, o único modelo familiar reconhecido pela oficialidade e pela proteção jurídica era o casamento composto pelo homem, pela mulher e por seus filhos legítimos. A esse respeito, a ideia do consentimento e do discernimento já existia como uma verdadeira condição de barreira³ para a pessoa com deficiência intelectual, impondo uma premissa de incapacidade para a concretização da conjugalidade.

³ Segundo a Lei Brasileira de Inclusão (art. 3, IV), barreiras seriam qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e

O sistema jurídico de capacidade civil da época considerava o “surdo-mudo”, que não pudesse exprimir a sua vontade, e os “loucos de todo o gênero” como absolutamente incapazes (art. 5º, I e III).⁴ Associado à percepção de que esses sujeitos não poderiam se casar (art. 183, IX),⁵ estariam as suas uniões condicionadas à ideia de que o seu consentimento é anulável, e não nulo⁶ (art. 209).⁷

Entretanto, com a entrada em vigor do divórcio no Brasil, por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 1977,⁸ que rompeu com a indissolubilidade do casamento e, posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a possibilidade de se instituir marcos importantes para o início da mudança dessa concepção estrita de família. A realidade social já desnudava novos paradigmas em matéria de relações familiares, seja porque a mulher vinha a assumir novos papéis na sociedade, seja porque já não se podiam mais ignorar os novos rearranjos familiares que o meio social apresentava.

Com base no texto constitucional de 1988, defendeu Paulo Lôbo a tese das entidades familiares constitucionalizadas, ainda hoje bem aceita pela doutrina nacional. Esta assume não existir mais a primazia do casamento como única entidade familiar reconhecida, permitindo-se outras formas de constituição de família de modo expresso e implícito ao texto constitucional. Nessa perspectiva, entende-se que o casamento

o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, entre outros.

⁴ Código Civil de 1916: “Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz”.

⁵ Código Civil de 1916: “Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): IX. As pessoas por qualquer motivo coactas e incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento”.

⁶ Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 62) ensina que há nulidade quando o fundamento é de ordem pública, em situações de ilicitude do objeto e, em função disso, é tratado com mais rigor, sendo insanáveis, por ter, via de regra, eficácia *erga omnes*. É entendido, por isso, como uma invalidade absoluta. Já a invalidade relativa, percebida como anulabilidade, diz respeito à eficácia relacionada aos interesses privados e pessoais. Assim, as pessoas que sofrem diretamente as consequências do ato jurídico, por sua vontade, podem sanar seus vícios.

⁷ Código Civil de 1916: “Art. 209. É anulável o casamento contraído com infração de qualquer dos nºs IX a XII do art. 183”.

⁸ A Emenda Constitucional nº 9, de 1977, conhecida como a “emenda do divórcio”, foi regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, as quais introduziram a possibilidade do divórcio no Brasil, dissolvendo-se tanto a sociedade conjugal quanto o vínculo matrimonial. Entretanto, esse divórcio estaria sujeito a algumas condições, visto que só poderia ocorrer uma vez, sendo necessária uma prévia separação judicial por mais de três anos (dissolvendo-se apenas a sociedade conjugal, para, posteriormente, poder ser rompido o vínculo matrimonial).

perde o seu exclusivismo enquanto única entidade familiar, mas permanece dotado da proteção jurídica devida.⁹

A partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o sistema de incapacidades sofreu algumas modificações, embora inicialmente tenha havido a manutenção de alguns entendimentos. Considerava como absolutamente incapazes os que “por enfermidade ou deficiência mental” não tivessem o discernimento¹⁰ necessário e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir a sua vontade (art. 3º, II e III). Também considerava como relativamente incapazes os que por “deficiência mental” tivessem o discernimento reduzido e os “excepcionais”, sem o desenvolvimento mental completo (art. 4º, II e III). Ademais, o casamento contraído pelo “enfermo mental”, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, era considerado nulo (art. 1.548, I).

Levando em conta tais normativas, Vanessa Mendes Correia (2020, p. 455) ensina que a jurisprudência brasileira inadmitia o casamento de pessoas com deficiência intelectual. Somente quando era provada a convivência prévia e a expressa demonstração de vontade para constituir a vida conjugal é que se poderia reconhecer a união estável e a sua posterior conversão em casamento. Esse entendimento, explica a autora, ainda oscilava na jurisprudência.

Justificam-se, pois, tais desdobramentos jurídicos na esfera de exercício dos atos de natureza existencial da pessoa com deficiência intelectual, a partir da ideia de uma autonomia limítrofe, baseada na lógica de que o sujeito com deficiência seria incapaz de dar um consentimento considerado como válido para a contração do casamento.

⁹ Deve-se notar, ainda, que a tese defendida por Paulo Lôbo (2002, p. 42) leva em consideração, a partir da redação do art. 226, que a Constituição Federal de 1988 permitiu que houvesse tanto o reconhecimento de núcleos familiares: a) de forma *expressa*: como o casamento, a união estável e a família monoparental (composta tanto por uma mãe ou um pai solo e o(s) seu(s) respectivo(s) filho(s)); b) como também de modo *implícito*, incluindo-se, assim, na visão de Luciana Brasileiro, a *família simultânea* enquanto família que merece reconhecimento, proteção jurídica e a incidência dos efeitos devidos. Para um maior aprofundamento das temáticas mencionadas, consultar (BRASILEIRO, 2019) e (SILVA NETTO; DANTAS; FERRAZ, 2018).

¹⁰ Segundo lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 192), discernimento ou capacidade de compreensão e análise advém de uma característica ou condição humana. Essa, se não for o traço mais importante do homem, é o que melhor define a espécie humana por meio da racionalidade. Afinal, enquanto seres racionais, as pessoas humanas são capazes de refletir, decidir e tomar suas próprias escolhas. Dessa forma, quando há discernimento, existe, também, autonomia para decidir o que se quer ou deseja.

Soma-se, também, a essa percepção o pensamento de que a sexualidade não pode ou não deve ser exercitada em decorrência do discernimento reduzido.

A Constituição Cidadã não extinguiu a separação judicial, uma vez que continuou a prever tanto a figura do divórcio quanto a da separação judicial. Todavia, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/10, foi possível promover a alteração no § 6º do art. 226 da CF/88, retirando-se o prazo para a separação judicial, mas gerando controvérsias sobre a sua permanência ou não na extinção do instituto.¹¹

Nessa esteira, cabe mencionar o que ensina Pontes de Miranda: “o casamento é a proteção, pelo direito, das uniões efetuadas conforme certas normas e formalidades fixadas nos Códigos Civis” (2001, p. 85). Assim, estaria o casamento sujeito aos ditames legais que, por sua vez, tradicionalmente, relacionavam a ótica da incapacidade presumida ao exercício da conjugalidade para a pessoa com deficiência intelectual. O exercício da conjugalidade desses indivíduos, por meio do casamento, estaria sujeito a invalidade, pois a deficiência era utilizada como critério a ensejar a incapacidade automática da pessoa.

Ensina Paulo Lôbo (2018, p. 94) que o casamento é um ato jurídico complexo. Desse modo, torna-se necessário associar noções de manifestações e declarações de vontade sucessivas, somadas, ainda, à oficialidade de que é revestido. Para o autor, o plano da validade estaria sujeito a dois requisitos: a) manifestação de vontade dos nubentes de forma consensual; e b) declaração de juiz de direito competente, de juiz de paz ou do ministro de confissões religiosas. Lembra, também, a título ilustrativo, que o plano da existência se distancia do plano da validade na medida em que as suas condições seriam díspares, pois o casamento inexistente reputa na inobservância de: a) diversidade de sexo¹²; b) celebração; e c) consentimento (DINIZ, 2019, p. 68-69).

¹¹ A controvérsia na doutrina quanto à extinção da separação judicial pode ser explicada da seguinte forma: a) a doutrina majoritária entendeu que a EC 66/10 extinguiu tanto os prazos da separação judicial quanto a separação judicial em si; e, b) a doutrina minoritária entendeu que a EC 66/10 extinguiu apenas os prazos, mas não a separação judicial, a qual subsistiria como uma opção para os cônjuges escolherem segundo a sua autonomia. Dessa forma, há de se comentar que precedentes *a posteriori* vêm demonstrando a força da segunda corrente. Isso porque o Código Processo Civil de 2015 previu a possibilidade de separação judicial consensual e separação judicial extrajudicial consensual, reforçando a ideia da manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda nessa perspectiva, a própria jurisprudência das turmas do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela manutenção da separação judicial no ordenamento pátrio, considerando que ela subsiste como escolha dos cônjuges.

¹² Na jurisprudência foram conquistados alguns direitos pelas pessoas homossexuais: 1) em 2011, o STF reconheceu as Uniões Homoafetivas (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF), equiparando-as à União Estável, o

Ratifica-se que a manifestação da vontade exigida no plano da existência difere da do plano da validade. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 182), o consentimento no plano da existência não se trata de declaração de vontade defeituosa, evitada de erro ou coação, nem de pessoa incapaz de consentir, de forma permanente e eventual. Trata-se, na verdade, da hipótese em que existe ausência absoluta de consentimento, como no caso em que se encerra a cerimônia apesar de um dos nubentes ter feito declaração negativa formal. Por isso, a ideia de um consentimento “defeituoso” estaria atrelada ao plano da validade.

Ressalta-se, ainda, a classificação adotada por Maria Helena Diniz (2019) quanto à eficácia jurídica do casamento, dotada de três classes de efeitos jurídicos: a) efeitos sociais: dizem respeito à criação da família matrimonial, ao estabelecimento do vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro, à emancipação do consorte de menor idade e à constituição do estado de casado; b) efeitos pessoais: consubstanciados na ideia de direitos e deveres de ambos os cônjuges, igualdade de direitos e deveres entre o marido e a mulher, e direitos e deveres dos pais para com os filhos; c) efeitos patrimoniais: relações econômicas subordinadas ao regime de bens, doações antenupciais, administração da sociedade conjugal, restrições à liberdade de ação dos cônjuges, entre outros.

3 A ASSIMILAÇÃO DO MODELO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA: A AUTONOMIA INTERDEPENDENTE E OS REFLEXOS NO DIRECIONAMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

3.1 A transição da percepção conceitual de deficiência na legislação

Ao se tornar signatário da CDPD, conferindo *status* de norma constitucional ao diploma, segundo o procedimento do § 3º do art. 5º CF/88, o Brasil inicia um

que, desde já, autoriza a conversão dessas uniões em casamento pela exegese do art. 226, § 3º, da CF; 2) em 2011, o STJ reconheceu a possibilidade de habilitação direta para o casamento homoafetivo (Resp. 1183378/RS); 3) em 2013, o CNJ editou a Res. nº 175/13, a qual determina que os cartórios não podem se recusar a promover a habilitação direta para o casamento homoafetivo. Sendo assim, em que pesem as controvérsias acerca desse requisito, nota-se uma clara tendência para o reconhecimento da promoção de conjugalidade, por meio do casamento, para as pessoas LGBTs.

importante processo para assegurar garantias fundamentais antes minimizadas ou tolhidas em virtude da percepção de que as pessoas com deficiência seriam incapazes de tutelar aspectos específicos de suas vidas. Ricardo Fonseca (2012, p. 20) ensina que o cerne do tratado de direitos humanos estaria, justamente, na “virada” conceitual de deficiência, ao observar que o novo conceito constitucionalmente adotado transcende o aspecto clínico e assistencialista que pautava a legislação anterior. Pode-se dizer que essa sistemática homogeneizava as deficiências intelectuais de modo a realizar a análise indiferenciada das limitações no processo de interdição (LOBO, BRASILEIRO, OLIVEIRA, CABRAL, 2016, p. 356). Vivencia-se, atualmente, na esfera legislativa e social, uma transição do *Modelo Médico ou Reabilitador* de deficiência para o *Modelo de Percepção Social*. Assim, faz-se uma breve análise dos principais aspectos de ambos os modelos, levando em conta sua importância na história atual.

Dessa forma, Agustina Palácios explica que o *Modelo Médico ou Reabilitador* concebe a deficiência não a partir de origem religiosa – como se pautava o modelo anterior, o da prescindência –, mas sim científica, ao associá-la a conceitos de saúde e de doença. Esse modelo entende que esses indivíduos não seriam mais considerados como inúteis, podendo, por isso, contribuir com a sociedade. Entretanto, devem estar submetidos a um processo de normalização, a fim de que consigam produzir bens e valores para a coletividade, após terem passado por um processo de institucionalização, reabilitação ou padronização (PALACIOS, 2008, p. 66).

Compreender a deficiência como uma enfermidade decorrente de causas naturais ou biológicas traduz a possibilidade de melhorar a qualidade de vida desses indivíduos que são “afetados”, como também permite a elaboração de prevenções, tratamentos ou até mesmo a reabilitação (PALACIOS, 2008, p. 67). Entendem-se, assim, respostas baseadas em atitudes paternalistas, mediante a finalidade principal de normalização de homens e mulheres que são diferentes, o que implica buscar o desaparecimento ou a ocultação do que representaria a diferença na sociedade (PALACIOS, ROMANACH, 2006, p. 43).

A deficiência era compreendida como consequência natural de uma lesão em um corpo; o indivíduo com deficiência era considerado objeto de cuidados biomédicos. Percebe-se que o principal objetivo era “afastar pessoas com lesões do convívio social

ou de normalizá-los para devolvê-las à família e à sociedade” (DINIZ, 2007, p. 15). Nesse contexto, a deficiência era percebida como um “problema individual” e precisaria passar por um processo de adequação para com os demais membros da sociedade.

Em contrapartida a essas noções, o *Modelo de Percepção Social* entende que as causas para a origem da deficiência não seriam religiosas, e tampouco científicas, mas concebidas a partir de razões sociais ou predominantemente sociais (PALACIOS, 2008, p. 103). Desse modo, não se trata de compreender a deficiência como um problema individual, mas sim como um critério relacional, a partir das relações estabelecidas entre a própria pessoa com alguma limitação e as barreiras que a sociedade impõe para prestar os serviços adequados às necessidades das pessoas com deficiência no quadro organizacional do meio social. Salienta-se, ainda, que as pessoas com deficiência teriam muito a contribuir para a sociedade, na medida em que as outras pessoas sem deficiência também teriam. Logo, considera-se toda vida como igualmente digna de ser vivida, uma vez que esse modelo aponta para uma íntima relação com os ideais de inclusão e de aceitação da diferença (PALACIOS, 2008, p. 104).

Além disso, o *Modelo Social* aponta para a filosofia da vida independente, a qual, acompanhada dos princípios fundamentais do respectivo modelo, descreve a incapacidade como uma forma específica de opressão social. Diante disso, torna-se fundamental diferenciar o que seria a deficiência e a incapacidade. A primeira se refere à limitação total ou parcial do corpo ou da mente, enquanto a incapacidade é a desvantagem ou a restrição de atividade que esses sujeitos experimentam na sociedade (PALACIOS, 2008, p. 122-123).¹³ Além disso, é importante lembrar que esse modelo

¹³ Agustina Palacios (2008, p. 122-123) : “*Como se ha mencionado, el modelo social nació apuntalando la filosofía de vida independiente, pero acompañada de unos Principios Fundamentales que describen la discapacidad como una forma específica de opresión social. Estos principios hacen una distinción entre deficiencia – la condición del cuerpo y de la mente – y discapacidad – las restricciones sociales que se experimentan. El manifiesto, elaborado por la UPIAS, afirmaba que la sociedad discapacita a las personas con discapacidad. La discapacidad ‘es algo que se emplaza sobre las deficiencias, por el modo en que las personas con discapacidad son innecesariamente aisladas y excluidas de una participación plena en sociedad’ [...]. Según el citado documento: – Deficiencia es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo. – Discapacidad es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad. Es decir, la deficiencia – o diversidad funcional – sería esa característica”.*

promove uma guinada ao elevar as pessoas com deficiência a um *status* de sujeito de direitos humanos, não reduzindo esse grupo social a meros objetos de intervenção clínica ou de reabilitação a partir de uma ótica assistencialista. Trata-se de um modelo que se configura numa crítica radical ao modelo médico ou reabilitador (MELLO, NUERNBERG, 2012, p. 638).

A incorporação conceitual pode ser vista no art. 1º do tratado de direitos humanos, ao elucidar que a deficiência é um impedimento de longo prazo (de natureza física, mental, intelectual ou sensorial), o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade. Esse mesmo conceito foi reproduzido pela Lei Brasileira de Inclusão no art. 2º da norma infraconstitucional, não restando dúvidas de que o paradigma social de deficiência foi instaurado no ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional e infraconstitucional.

3.2 O paradigma da autonomia interdependente e a instituição do modelo de apoio

Segundo lições de Joyceane Bezerra de Menezes (2018, p. 5), a CDPD seria o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI que possui como princípios cardiais: a) o “*in dubio pro capacitas*”; e b) o da “intervenção mínima”. Dessa forma, promove-se uma mudança no regime de incapacidades e no sistema de direito protetivo, pautados pela substituição de vontade do curatelado, especialmente para os indivíduos que possuem deficiência intelectual. A referida Convenção estabelece que o sujeito com deficiência goza de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida (art. 12, item 2). Os Estados-Partes devem assegurar todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal que incluam garantias apropriadas para prevenir abusos, de modo que elas respeitem as vontades e as preferências da pessoa, durante o prazo mais curto possível e submetido à revisão regular pela autoridade competente (art. 12, item 4).

O tratado de direitos humanos não busca conferir uma autonomia independente ou autossuficiente às pessoas com deficiência nas relações entre privados, mas sim uma autonomia interdependente. Conforme Luis Miguel del Águila (2015, p. 64), em

determinadas situações poderá a pessoa com deficiência necessitar de algum apoio para a manifestação de sua vontade sem que isso comprometa a sua independência ou autonomia. Explica o autor que é um erro muito comum confundir, no âmbito da deficiência, o conceito de “independência” com o de “autossuficiência”, pois em um sentido muito particular a pessoa com deficiência poderá necessitar de algum tipo de apoio sem que isso comprometa a sua capacidade.

A assimilação do tratado internacional de direitos humanos sobre deficiência possibilitou a elaboração de uma norma infraconstitucional para que houvesse maior efetividade dos seus preceitos estabelecidos. Assim, foi elaborado e aprovado o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) em sede do contexto jurídico brasileiro, a fim de promover diversas reformas diretas nos textos existentes. Há quem não concorde com a elaboração de uma lei apartada, pois já havia um tratado de direitos humanos específico para pessoas com deficiência e este alcançara o mais alto grau de hierarquia das normas no Brasil. Entretanto, há um consenso entre os estudiosos de que os novos temas introduzidos pela Convenção devem ser regulamentados para fins de aplicação da norma (LOPES, 2016, p. 41).

Dessa forma, busca-se dar maior efetividade e segurança aos direitos tutelados em sede de norma de hierarquia constitucional e, agora, também, de esfera de norma infraconstitucional. A Lei nº 13.146/2015 reproduz os princípios e as diretrizes contidos na Convenção. Diante disso, há uma clara intenção do legislador brasileiro em salvaguardar aspectos primordiais de respeito à autonomia, associado a uma ótica de dignidade intrínseca e extrínseca¹⁴ no tocante aos direitos fundamentais desses indivíduos por ora ainda vulnerados perante os demais sujeitos de direito na sociedade.

Nesse viés, a Lei Brasileira de Inclusão, influenciada por ideais de *Igualdade Material ou Substancial*¹⁵ e tendo em vista o reconhecimento das peculiaridades desses

¹⁴ Ensinam Agustina Palacios e Javier Romanach (2006, p. 43) que o modelo *social* amplia o conceito de dignidade para além do indivíduo. Assim, a relação que se estabelece no marco desse modelo se baseia na ideia de dignidade intrínseca, que considera de igual valor todos os seres humanos pelo simples fato de sê-lo, e, na dignidade extrínseca, como a necessidade de que a sociedade se institua sobre a igualdade em direitos.

¹⁵ Conforme esclarece Flávia Piovesan, o conceito de *Igualdade* possui três vertentes: a) a *Igualdade Formal*, na qual pressupõe que todos são iguais perante a lei; b) a *Igualdade Material*, significando o ideal de justiça social e distributiva (guiado pela orientação de igualdade baseado pelo critério socioeconômico); c) a *Igualdade Material*, correspondendo ao ideal da justiça enquanto reconhecimento de identidades (orientado pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, etnia e demais critérios

indivíduos, os quais necessitam, em certos casos, de apoio ou auxílio para a prática de determinados atos da vida civil, trouxe inúmeras modificações relativas aos limites da curatela quanto à regulamentação dessa perspectiva de apoio.

As normativas encontradas nos artigos 84 e 85 da LBI delineiam o alcance da interpretação do exercício da curatela e estabelecem que a pessoa com deficiência tem direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 85, *caput*). Sendo assim, a curatela passa a ser entendida como medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível (art. 84, § 4º) e afetar somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85, *caput*), ao levar em conta que os sujeitos com deficiência possuem presunção de que a sua deficiência não afeta a capacidade legal na esfera dos atos de natureza existencial.

Por isso, em sua definição, a curatela não deve alcançar o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao casamento, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, § 1º), devendo ser decretada pelo juiz com a observância dos critérios de: a) temporariedade – deve ser estabelecido prazo determinado; b) proporcionalidade – o juiz deverá especificar os atos abrangidos pela curatela; c) excepcionalidade – a curatela deve ser a *ultima ratio*, tendo em vista sua natureza de restrição de direitos (LÔBO, 2017, p. 421).

Como ensina Joyceane Bezerra de Menezes (2018, p. 8), existem atos pertinentes à esfera patrimonial, à esfera existencial ou, ainda, àqueles que atingem ambas as esferas. Assim sendo, os atos que exprimem relações jurídicas obrigacionais, por excelência, como os contratos, referem-se à seara patrimonial, bem como os que envolvem relações jurídicas que digam respeito à propriedade e aos demais direitos reais. Os outros atos civis, como o casamento, disposição sobre o próprio corpo, decisão sobre o tratamento médico, diretivas antecipadas de vontade, nomeação de tutor ou curador, reconhecimento de filhos, liberdade religiosa, entre outros, são puramente

subjetivos da pessoa humana). (PIOVESAN, 2008). A incorporação dos novos valores da CDPD, ao texto constitucional de 1988, inclui a percepção de que as pessoas com deficiência deixam de ser “objeto” de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos, para serem concebidas como verdadeiros sujeitos, titulares de direitos. O princípio da prevalência dos Direitos Humanos, atribuído, notadamente, ao texto constitucional de 1988, garante a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. (PIOVESAN, 2013, p. 94 e 283.).

existenciais. Por fim, há aqueles que tocam ambos os aspectos (patrimoniais e pessoais), sendo eles as disposições de última vontade, os pactos antenupciais, a administração dos bens dos filhos menores etc.

A fim de regular o mecanismo de apoio, a Lei Brasileira de Inclusão trouxe um novo instituto jurídico, inserido no Código Civil por meio do art. 1.783-A, chamado de Tomada de Decisão Apoiada (TDA). Esse novo instituto tem o cunho de assistência, mas não um assistencialismo que poda o exercício da autonomia da vontade da pessoa com deficiência. O seu sentido baseia-se na ideia de que pessoas idôneas, ou seja, sem predisposição de desfavorecer ou prejudicar, ou que tenham vontade viciada, contribuam para uma escolha positiva do indivíduo que esteja sendo apoiado. Observa-se que ainda há dúvidas quanto à extensão do apoio; a doutrina não é pacífica a esse respeito, porquanto persistem posicionamentos díspares.

Alguns autores, a exemplo de Paulo Lôbo (2018, p. 422), compreendem que a tomada de decisão apoiada se aplica somente aos atos de natureza patrimonial, como uma analogia ao que dispõe a Lei nº 13.146/2015 em relação à curatela. Outros, como Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 44), opinam que o instituto pode ser aplicado também aos atos de natureza existencial, compreendendo-o mais como uma forma de acessibilidade apta a auxiliar na manifestação da vontade do indivíduo.

Aqueles que percebem a tomada de decisão como um instrumento de apoio ao desenvolvimento da personalidade do sujeito com deficiência estendem sua aplicação aos atos de natureza existencial e consideram possível o seu auxílio no ato jurídico do casamento.¹⁶ O apoiador poderá fornecer elementos e informações importantes para que as pessoas com deficiência intelectual conduzam a sua manifestação de vontade. Deverá apenas sugerir e aconselhar, de modo a respeitar sua vontade, desde que haja previsão expressa no termo de apoio, sem ultrapassar os limites do termo (art. 1.783-A, § 1º, do Código Civil).

¹⁶ No mesmo sentido, conferir MENDES, 2015, p. 190.

4 A CAPACIDADE JURÍDICA MATRIMONIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL: A DISCUSSÃO EM TORNO DA (NÃO) SUPERAÇÃO DO DISCERNIMENTO COMO CRITÉRIO DE EXISTÊNCIA E VALIDADE

A impossibilidade do direito ao exercício da conjugalidade pela pessoa com deficiência intelectual, como se sabe, estava atrelada diretamente ao fato de o discernimento reduzido ser causa de uma manifestação da vontade nula para o casamento (inciso I do artigo 1.548 do CC/2002). A redação original dos artigos 3º e 4º do CC/2002¹⁷ considerava a deficiência como causa a determinar a incapacidade civil automática desses indivíduos, sobretudo daqueles que possuísem deficiência intelectual. Diante disso, Vitor Almeida (2019, p. 185) ensina que o regramento anterior transformava a incapacidade num instrumento de discriminação que impedia a autodeterminação da pessoa humana com deficiência, sendo medida incompatível com os valores eleitos democraticamente pelo legislador constitucional. O autor observa que esse sistema de incapacidade criava uma abrupta cisão entre a capacidade e a incapacidade e entre a incapacidade absoluta e a relativa, que acabava refletindo uma proteção demasiadamente excessiva e paternalista, o que claramente violava a *Dignidade da Pessoa Humana* na medida em que se desvalorizava a autonomia privada.

Em direcionamento contrário a essa restrição de autonomia da pessoa humana com deficiência, a CDPD promoveu uma guinada ao estabelecer que o sujeito com deficiência goza de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida (art. 12, item 2). O diploma de direitos humanos elabora, especialmente no que se refere às relações familiares, o preceito de respeito pelo lar e pela família, ratificando que os Estados signatários tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência em todos os aspectos relativos ao casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com os demais sujeitos de direitos (art. 23, item 1, alínea “a”),

¹⁷ Código Civil de 2002, redação original: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...] II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos [...]. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: [...] II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; [...] III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”.

com base no que pressupõe a emancipação do indivíduo com deficiência para categorizar o casamento existente, válido e eficaz. Assim, reconhece o direito de todas as pessoas com deficiência, em idade núbil, de casar-se e de estabelecer família com base no seu livre e pleno consentimento.

Nessa matéria, cabe conferir o direito ao planejamento familiar, bem como quanto à conservação de fertilidade (art. 23, item 1, alínea “b”). Além disso, busca-se conferir direitos e responsabilidades às pessoas com deficiência na esfera do direito à guarda, adoção etc. Ratifica-se que essas responsabilidades serão exercidas com a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 23, item 2).

A LBI, ao assimilar tais desdobramentos, trouxe a garantia, no art. 6º, de que todas as pessoas com deficiência, ainda que intelectual, possuem a presunção de que a deficiência por si só não afeta a plena capacidade civil da pessoa para os atos jurídicos não patrimoniais. Nesse quadro, poderá o sujeito com deficiência casar ou constituir união estável, adotar, ter direito ao livre planejamento familiar etc. Há garantia expressa para assegurar à pessoa com deficiência intelectual a liberdade de escolha da entidade familiar. Nega-se, por isso, a correlação compulsória da noção da incapacidade ao exercício da autonomia na esfera de atos jurídicos não patrimoniais para todas as pessoas com deficiência, salvo comprovação em contrário, a partir da análise do caso concreto.

O Código Civil foi adaptado ao modelo social de deficiência e às disposições internacionais, para considerar o seguinte: a) são absolutamente incapazes somente as pessoas menores de 16 anos; b) são relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os pródigos e os que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade.¹⁸ Dessa forma, a deficiência, por si só, deixou de ser entendida como causa a ensejar a incapacidade civil automática da pessoa.

¹⁸ Código Civil de 2002: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. [...] Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer [...]: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos [...]; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico [...]; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade [...]; IV - os pródigos. [...] Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

No que se refere, especificamente, ao capítulo destinado às disposições do casamento, houve algumas modificações pontuais, como a revogação do inciso I do artigo 1.548 do Código Civil. Esse compreendia como nulo o casamento contraído pelo “enfermo mental”, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Assim, o indivíduo que não tivesse compatibilizado um grau mínimo de discernimento, em conformidade com as acepções do modelo *biomédico* ou *reabilitador*, teria o seu casamento sujeito à nulidade.

No art. 1.550 do Código Civil foi incluído o § 2º, que determina que a pessoa com deficiência intelectual, em idade núbil, poderá contrair casamento ao: a) expressar sua vontade diretamente; ou b) por meio de seu responsável ou curador. Desse modo, garante-se ao indivíduo com discernimento reduzido a possibilidade de assegurar a conjugalidade por meio do casamento. Além disso, o Estatuto não incidiu no inciso IV do art. 1.550, que considera anulável o casamento celebrado pelo incapaz de consentir ou manifestar o consentimento.

Por fim, a Lei Brasileira de Inclusão modificou a redação do art. 1.518, que propunha que até a celebração do casamento poderiam os pais, tutores ou curadores revogar a autorização para tal ato jurídico. Atualmente, suprime-se o curador dessa possibilidade, ao passo que apenas aos pais e aos tutores é conferido tal direito.

A partir desses critérios, o legislador busca dissociar da figura da pessoa com deficiência intelectual a condição de incapacidade para o exercício da conjugalidade. Considera-se, assim, que o discernimento, enquanto elemento do plano da validade, permanece como condição fundamental para determinar a invalidade ou não do ato jurídico do casamento, mas não como barreira para obstar à pessoa com deficiência o casamento. Essa percepção não impede que o casamento dessas pessoas possa vir a estar sujeito a invalidade por outras razões que não sejam a própria deficiência intelectual.

Com base nisso, a doutrina sustenta, atualmente, que o discernimento, a partir da adesão do modelo social de deficiência, no ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com a CDPD e o EPD, deixou de apresentar-se como um requisito legal, mas ainda pode subsistir, desde que lido à luz do atual diploma de direitos humanos. Em função disso, ensina Vitor Almeida (2019, p. 179-183) que, ao lado desse critério,

outros dois podem ser, igualmente, úteis para se avaliar a pessoa com a capacidade restringida, em consonância com os mandamentos do modelo social, sendo eles: a) a dependência: tratando-se de medida de suporte ou auxílio que possa ser necessário para a realização dos atos da vida civil, na medida em que nem sempre somente o discernimento será suficiente para sinalizar a necessidade de suporte; e b) a funcionalidade: como influência da elaboração da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), elaborada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a pessoa com deficiência passa a ser entendida como um sujeito com impedimentos vivendo em um ambiente com barreiras, de modo que a funcionalidade engloba todas as funções do corpo, atividades e participação.

Dessa forma, ainda que o sujeito, por critérios “médicos”, seja considerado com discernimento reduzido, tal qual a hipótese da pessoa com deficiência intelectual, dever-se-á trazer as informações necessárias para que essa pessoa possa exercitar a sua autonomia. A CDPD e a LBI não buscam conferir uma autonomia independente ou autossuficiente às pessoas com deficiência nos atos existenciais, mas sim uma autonomia interdependente. Sendo assim, poderá a pessoa com deficiência intelectual utilizar-se do apoio sempre que for necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O casamento é um instituto jurídico que ainda hoje se revela como objeto de interesse social, religioso e até mesmo político. É também o foco de discussões no meio jurídico. Isso porque a família, base da sociedade, reflete o comportamento social e a forma de regular as relações sociais que impactam diretamente na legislação constitucional e infraconstitucional. Em que pese esse desdobramento, o casamento também foi e é influenciado por dogmas religiosos, os quais se transformaram ao longo dos séculos na busca de um afastamento de seus preceitos. Muito embora possa se pensar que a influência da religião exista de forma a coagir e limitar as liberdades, também foi responsável por garantir a segurança jurídica que ainda hoje influencia a existência, a validade e a eficácia do casamento.

2. A assimilação das transformações promovidas no casamento, por meio de sua secularização, permitiu que o Brasil, sobretudo a partir da Proclamação da República, adotasse o processo de laicização da família. Essas modificações foram graduais, lentas e se refletiram ao longo de diversas décadas, não podendo se falar numa abrupta cisão ou transformação. Elas refletiram a regulamentação dada ao Casamento no Código Civil de 1916 e 2002.

3. Historicamente, o regramento dado ao casamento não privilegiou a possibilidade de se permitir a garantia da conjugalidade da pessoa com deficiência intelectual. Tradicionalmente, a deficiência foi vista a partir da ótica da incapacidade presumida para os atos relativos à sua esfera civil. Essa visão pôde ser traduzida, durante muito tempo, sob a ótica do que se chama o modelo médico de deficiência, o qual enxerga a deficiência sob a perspectiva de uma vida que não merece ser vivida, a não ser que o sujeito passe por um processo de reabilitação ou adequação para a sua reinserção na sociedade.

4. Paradigmaticamente, o movimento das pessoas com deficiência, em busca de direitos civis, promoveu um esforço para a mudança desse olhar, construindo as bases do que viria a ser compreendido como modelo social de deficiência. Esse modelo originou a chamada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo como preceito basilar a garantia da autonomia e a promoção da autonomia interdependente. A partir dessa ótica, entende-se que a deficiência não seria o resultado de uma lesão num corpo, mas sim a relação do sujeito com limitação com uma sociedade excludente, não preparada para lidar com suas diferenças. A assimilação desse tratado de direitos humanos nos Estados signatários promoveu uma verdadeira reviravolta no sistema jurídico de capacidade civil, revisitando institutos tradicionais como o casamento.

5. A assimilação do modelo social de deficiência foi responsável, no ordenamento jurídico brasileiro, por retirar a deficiência como critério a determinar a incapacidade automática da pessoa com deficiência intelectual. A presunção que se estabelece é a de que existe capacidade civil para o exercício de atos não patrimoniais, também conhecidos como existenciais. Essa transformação, entretanto, não alcançou os atos

jurídicos patrimoniais, havendo, por isso, a possibilidade de se estabelecer a curatela ou a TDA como forma de auxiliar nesses atos.

6. Essa transformação foi importante para determinar a existência da capacidade jurídica matrimonial da pessoa com deficiência intelectual para consentir a respeito do casamento. Isso não significa que houve a transformação do negócio jurídico do casamento para que esse não venha mais a utilizar o discernimento como critério a balizar a existência e a validade. O discernimento permanece como elemento determinante da existência e validade do casamento, de modo a determinar, por consequência, a inexistência ou a invalidade do ato jurídico matrimonial.

7. O discernimento, ao permanecer como critério balizador para a conjugalidade, existirá não mais como uma barreira impeditiva ao exercício do matrimônio pela pessoa com deficiência intelectual. A capacidade jurídica matrimonial procura desatrelar da figura da deficiência a ausência de discernimento; a pessoa com deficiência intelectual irá consentir com base na autonomia individual, ainda que seja necessária a figura do apoio, de modo a trazer as informações necessárias para viabilizar a tomada de decisão desejada. Ao lado desse critério, poderão figurar ainda a dependência e a funcionalidade.

Referências

ÁGUILA, Luiz Miguel del. La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. *In*: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. (Ed.). *Nuevos conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú, 2015.

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade Civil das Pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre Amour et Droit: le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI-XXI Siècles)*. Paris: Lextenso éditions, 2011.

BRASILEIRO, Luciana. *As Famílias Simultâneas e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. *Entre leis e cânones: a marcha da secularização do casamento no Brasil (1822-1916)*. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, 2018.

COSTA, Dilvanir José da. A família nas constituições. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas*, nº 48, 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1455>. Acesso em: 25 out. 2022.

DINIZ, Debora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. 1. ed. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

FERNANDES, André Gonçalves. Liberdade Religiosa e Estado de Direito: Limites, Tensões e Vínculos Cooperativos. In: André Gonçalves Fernandes; Ricardo Dip. (Org.). *Laicismo e Laicidade no Direito*. 1. ed. Vol. 1. p. 167-197. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012, p. 20. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/78834>. Acesso em: 15 ago. 2022.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 12, p. 40-55, 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Fabíola; BRASILEIRO, Luciana; OLIVEIRA, Maria Rita; CABRAL, Camila. Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência no direito de família. In: EHRHARDT JR, Marcos (Org.). *Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Disposições Gerais. *In*: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Maceira da (Org.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Anahi Guedes; NUERNBERG, Adriano Henrique. Gênero e deficiência: interseções e perspectivas. *Revista Estudos Feministas da UFSC*, Florianópolis, v. 20, n. 3, p. 633-655, set./dez. 2012, p. 638. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000300003>. Acesso em: 25 out. 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Vanessa Correia. *O impacto da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência no direito protetivo brasileiro: reconhecimento da capacidade civil e direito ao casamento das pessoas com deficiência psíquica e intelectual*. 2015. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015.

MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do *status*, do resultado da conduta e da funcionalidade. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, 2018, p. 7. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-34, 2018, p. 5. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/199>. Acesso em: 26 out. 2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência, instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 9,

p. 31-57, jul./set, 2016, p. 44. Disponível em:
<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53>. Acesso em: 24 out. 2022.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Vol. 1. Direito Matrimonial. 1. ed. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 85.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 192.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cermi, 2008, p. 66.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidade em la diversidad funcional*. Madrid: ediciones Diversitas – AIES, 2006, p. 43.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Revista Estudos Feministas da UFSC*, Florianópolis, v. 16, n. 3, pp. 887-896, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000300010>. Acesso em: 15 set. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 5. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 182.

SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da; DANTAS, Carlos Henrique Félix; FERRAZ, Carolina Valença. O dilema da “produção independente” de parentalidade: é legítimo escolher ter um filho sozinho? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 3, 1.106-1.138, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n3/2317-6172-rdgv-14-03-1106.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.