

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ARGUS MENDES BEZERRA

**A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O DIREITO AO MATRIMÔNIO DA
PESSOA COM *SÍNDROME DE DOWN*: por uma aplicação do novo paradigma
previsto pela Lei 13.146/2015**

RECIFE
2018

ARGUS MENDES BEZERRA

**A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O DIREITO AO MATRIMÔNIO DA
PESSOA COM *SÍNDROME DE DOWN*: por uma aplicação do novo paradigma
previsto pela Lei 13.146/2015**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Celeste Sales

RECIFE
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Bezerra, Argus Mendes.

B574t A tomada de decisão apoiada e o direito ao matrimônio da pessoa com síndrome de down: por uma aplicação do novo paradigma previsto pela Lei 13.146/2015 / Argus Mendes Bezerra. - Recife, 2018.
72 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Renata Celeste Sales.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Direito ao matrimônio. 3. Síndrome de down. I. Sales, Renata Celeste. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-122)

FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ARGUS MENDES BEZERRA

**A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O DIREITO AO MATRIMÔNIO DA PESSOA
COM *SÍNDROME DE DOWN*: por uma aplicação do novo paradigma previsto pela Lei
13.146/2015**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente

Examinador(a):

Examinador(a):

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado a todos que lutam pela inclusão da pessoa com deficiência e pelo exercício de seus direitos, contribuindo assim para construção de uma sociedade inclusiva, livre, justa, solidária e participativa no combate à discriminação desses sujeitos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família por estar ao meu lado na construção deste trabalho, por todo amor e carinho, incentivando, orientando e compreendendo minha ausência pela dedicação e estudo. Em especial, à minha mãe Auxiliadora, a meu pai José Jasmô (in memoriam) e aos meus irmãos Tânia e Marcus.

Ao meu sobrinho, Marcus Vinicius, por estar ao meu lado incentivando e vibrando com minhas vitórias.

Aos meus professores, minha orientadora Renata Celeste e professor Ricardo Silva: pela paciência e dedicação na minha caminhada.

Aos meus amigos, pelo suporte e incentivo durante o curso de Direito.

EPÍGRAFE

De que modo se sente uma pessoa quando o mundo não reconhece como humano o seu modo de falar, de se expressar, de andar, de se locomover, de ver, de não ver...? Que tipo de olhar somos capazes de enviar à alguém quando notamos, em qualquer parte de seu corpo, algo que imediatamente desencadeia em nossas mentes um processo para ressignificá-lo, para rever seu valor humano e, na sequência, atribuir-lhe um valor de “menos humano”? (WERNECK, 2003, p. 1).

RESUMO

A presente pesquisa trata de um novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, criado pela Lei nº 13.146/ 2015, que vem sendo debatido pela comunidade acadêmica com o intuito de entender as suas influências sobre o direito civil brasileiro e o direito processual civil, possuindo como principal objetivo incluir a pessoa com a *Síndrome de Down* na construção de uma sociedade livre, justa e solidária previsto no Inciso I do artigo 3 da CF/1988, privilegiando a sua autonomia da vontade para desenvolver sua afetividade no plano familiar em uma vida plena e digna. A tomada de decisão apoiada prevista na Lei nº 13.146/ 2015 é um instrumento que assegura a plena capacidade à pessoa com a *Síndrome de Down* no exercício do direito ao matrimônio? A hipótese pretende afirmar que a pessoa com a *Síndrome de Down* pode lançar mão do instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada como meio de garantia de maior autonomia da vontade, viabilizando o direito ao matrimônio e o desenvolvimento de sua afetividade no plano familiar. E, assim, assegurar o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (Caput do artigo 84 da Lei 13146/2015). A pesquisa possui como objetivo geral analisar a tomada de decisão apoiada prevista na Lei 13146/ 2015. Trata-se de uma pesquisa de gênero teórico que possui um objetivo dedutivo e descritivo, pois trata de analisar de modo acurado o objeto proposto, contudo utilizando o espaço de elaboração e construção teórica. Nesse sentido, a abordagem adotada será a qualitativa, utilizando o método de revisão bibliográfica. Concluiu-se que a tomada de decisão apoiada é um instrumento jurídico promotor de autonomia da vontade da pessoa com deficiência viabilizando o direito ao matrimônio. Também se reconheceu a importância da família e da sociedade no processo de inclusão social da pessoa com deficiência e sua plena capacidade nos atos da vida civil. E, por fim, foi observado que a Pessoa com Síndrome de Down sofre discriminação ao longo do seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência, Síndrome de Down, Direito ao Matrimônio.

ABSTRACT

The present research deals with a new Statute of the Person with Disabilities, created by the Law 13.146 / 2015, which is being debated by the academic community in order to understand its influence on Brazilian Civil Law and Civil Procedural Law, whose main goal is to include the person with Down Syndrome in the construction of a free, fair and humanitarian society as stated in Section I of article 3 of CF / 1988, privileging their autonomy of the will to develop their affectivity in the familiar environment in a full and dignified life. Is the supported decision-making institute under the Law 13.146 / 2015 an instrument that ensures the full capacity of the person with Down Syndrome in the exercise of the right to marry? The hypothesis aims to affirm that the person with Down Syndrome can use this legal instrument of supported decision-making as a mean of guaranteeing greater autonomy of the will, making possible the right to marriage and the development of their affectivity in the family plan. And, thus, ensure the right to exercise their legal capacity on equal terms with other persons (caput of article 84 of Law 13.146/2015). The general objective of the research is to analyze the supported decision-making established in Law 13146 / 2015. It is a research of a theoretical nature that has a deductive and descriptive objective, as it tries to analyze the proposed object accurately, yet using the space of theoretical elaboration and construction. In this sense, the approach adopted will be qualitative, using the bibliographic review method. It has been concluded that the supported decision-making is a legal instrument that promotes autonomy of the will for the the disabled person, enabling the right to marriage. The importance of family and society in the process of social inclusion of people with disabilities was also recognized and their full capacity in the acts of civil life. And finally, it was observed that the Person with Down Syndrome suffered discrimination during its development.

Keywords: Statute of the Person with Disabilities, Down's Syndrome, Right to Marriage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS ASPECTOS DA SÍNDROME DE DOWN E AS POSSIBILIDADES DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR POR ESSES SUJEITOS	11
2.1 A <i>Síndrome de Down</i> e sua dignidade.....	11
2.2 A <i>Síndrome de Down</i> e seu desenvolvimento	13
2.3 Processo de inclusão social e relação afetiva	15
2.4 A presença da discriminação na relação interpessoal.....	10
2.5 Sexualidade e planejamento familiar.....	20
2.6 Família, expressão de afetividade.....	22
2.7 Desejo de constituir família.....	25
3 A APLICAÇÃO DA LEI 13.146/ 2015 NA ÓRBITA DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM SÍNDROME DE DOWN EM COTEJO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002	29
3.1 Estatuto da pessoa com deficiência: mudança de paradigma	29
3.2 Livre desenvolvimento da personalidade	31
3.3 Nova teoria da incapacidade jurídica.....	33
3.4 Críticas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	37
3.5 Curatela.....	40
3.6 Direito ao matrimônio	42
4 A IMPORTÂNCIA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA PREVISTA NA LEI 13.146/ 2015 NO DIREITO AO MATRIMÔNIO DA PESSOA COM SÍNDROME DE DOWN	45
4.1 Tomada de decisão apoiada.....	45
4.2 Evolução do pensamento jurisprudencial	50
4.2.1 Deficiência mental ou intelectual	50
4.2.2 Pessoa com <i>Síndrome de Down</i>	52
4.3 Análise do caso apelação cível nº 20100710240789APC.....	54
4.3.1 Exposição fática e de direito da decisão	54
4.3.2 Análise crítica	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
6 REFERÊNCIAS	61
7. ANEXOS	68
7.1 Anexo A.....	68

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência previsto na Lei nº 13.146/2015 é o marco legislativo que regulamenta a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o status de emenda constitucional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto Federal nº 6949/2009. A Convenção sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência estatui uma verdadeira mudança de paradigma sobre a visão social aposta sobre a pessoa com deficiência.

A Lei nº 13.146/2015 tutela direitos fundamentais da pessoa com deficiência facilitando seu processo de inclusão social, com o intuito de que desenvolva uma vida digna, seguindo a interpretação dos princípios constitucionais da igualdade, da isonomia e do fundamento da dignidade da pessoa humana. Tal interpretação segue o método do direito civil-constitucional.

Também deixa claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Como garantidor de direitos, a legislação traz a tomada de decisão apoiada como instrumento que viabiliza o pleno exercício da capacidade civil e o direito ao matrimônio. Este instrumento não implica em perda da capacidade do sujeito, mas sim em medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e a dignidade da pessoa, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais.

A presente pesquisa mostra-se relevante por se tratar de um novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, criado pela Lei nº 13.146/ 2015, que vem sendo debatido pela comunidade acadêmica com o intuito de entender as suas influências sobre o direito civil brasileiro e o direito processual civil, possuindo como principal objetivo incluir a pessoa com a *Síndrome de Down* na construção de uma sociedade livre, justa e solidária previsto no Inciso I do artigo 3 da CF/1988, privilegiando a sua autonomia da vontade para desenvolver sua afetividade no plano familiar em uma vida plena e digna.

O problema a ser analisado no presente trabalho se refere a seguinte indagação: a tomada de decisão apoiada prevista na Lei nº 13.146/ 2015 é um instrumento que assegura a plena capacidade à pessoa com a *Síndrome de Down* no exercício do direito ao matrimônio?

Pretende-se como hipótese afirmar que a pessoa com a *Síndrome de Down* pode lançar mão do instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada como meio de garantia de maior autonomia da vontade, viabilizando o direito ao matrimônio e o desenvolvimento de sua

afetividade no plano familiar. E, assim, assegurar o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (Caput do artigo 84 da Lei 13146/2015).

A presente monografia tem por objetivo geral analisar a tomada de decisão apoiada prevista na Lei nº 13.146/2015. E, como objetivos específicos, pretende-se: analisar os aspectos da *Síndrome de Down* e as possibilidades da constituição familiar por esses sujeitos; avaliar a aplicação da Lei nº 13.146/2015 na órbita da capacidade civil da pessoa com a *Síndrome de Down* em cotejo com o código de 2002; demonstrar a importância da tomada de decisão apoiada prevista na Lei nº 13.146/2015 no direito ao matrimônio da pessoa com a *Síndrome de Down*.

Trata-se de uma pesquisa de gênero teórico que possui um objetivo dedutivo e descritivo, pois trata de analisar de modo acurado o objeto proposto, contudo utilizando o espaço de elaboração e construção teórica. Nesse sentido, a abordagem adotada será a qualitativa, utilizando o método de revisão bibliográfica.

No primeiro capítulo analisam-se os aspectos da *Síndrome de Down*, suas limitações biológicas, e os desafios ao processo de inclusão relatando a discriminação enfrentada para sua consolidação tanto em relação à sua sexualidade quanto ao planejamento familiar e ao desenvolvimento de sua afetividade no plano familiar.

Em seguida, no segundo capítulo, com o advento da Lei nº 13.146/2015, avaliam-se as alterações de dispositivos no Código Civil de 2002 na órbita da capacidade civil da pessoa com a *Síndrome de Down*, conferindo que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

E, por fim, no terceiro capítulo, vem demonstrar a importância da tomada de decisão apoiada como meio de maior autonomia da vontade da Pessoa com Deficiência para usufruir de sua capacidade plena e, assim, levar a uma viabilidade jurídica do casamento civil da pessoa com a síndrome.

2 OS ASPECTOS DA SÍNDROME DE DOWN E AS POSSIBILIDADES DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR POR ESSES SUJEITOS

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência vem proteger a pessoa com deficiência, combater a discriminação e assegurar autonomia individual, respeito pela dignidade, garantindo igualdade de condições com as demais pessoas. Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamentou a Convenção promovendo mudanças importantes no processo de inclusão social das pessoas com deficiência e a sua plena capacidade.

A pessoa com *Síndrome de Down*, vencendo suas limitações biológicas, e os desafios ao processo de inclusão, enfrenta a discriminação no seu dia a dia, na luta pela consolidação tanto em relação à sua sexualidade quanto ao planejamento familiar e ao desenvolvimento de sua afetividade no plano familiar. Ela possui na família sua base para seu desenvolvimento e almeja sua supervisão com preservação de autonomia, dignidade, de seu direito de fazer escolhas. Assim, conquistar sua independência e exercer seu direito ao matrimônio.

2.1 A *Síndrome de Down* e sua dignidade

O artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência altera os dispositivos do código civil de 2002, revogando todos os incisos do artigo 3º e alterando os incisos II e III do artigo 4º. Nesse sentido Tartuce (2017b, p. 71) pondera:

Com as mudanças, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não havendo mais maiores absolutamente incapazes. Repise-se que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a sua dignidade humana. Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade – liberdade substitui a dignidade – vulnerabilidade.

Tal interpretação segue o método do direito civil-constitucional, no qual ““a reinserção” do direito civil em um ordenamento jurídico unitário, irradiado da Constituição, exige que os seus institutos sejam repensados a partir do texto constitucional e dos novos valores ali consagrados [...]” (SCHREIBER, 2013, p. 15, grifo do autor). Ainda segundo Schreiber (2013, p. 13, grifo do autor):

Os princípios constitucionais não se confundem com os “princípios gerais de direito”, extraídos por indução de um conjunto de dispositivos específicos do Código Civil. Os princípios constitucionais são normas situadas no vértice do ordenamento jurídico e

não podem, por isso mesmo, assumir papel subsidiário ou marginal, especialmente em um campo tão vasto e relevante como o direito civil. O reconhecimento de que os princípios constitucionais são normas aplicáveis (indireta ou diretamente) às relações privadas é indispensável para compreender que o direito civil não representa um mundo à parte, campo jurídico guiado por valores próprios e autônomos, mas se insere no ordenamento jurídico, que é uno e gravita todo em torno do projeto constitucional.

Sua dignidade – Liberdade garante sua autonomia individual no processo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e a criação de mecanismos isonômicos de inclusão na medida de sua desigualdade. Para Albuquerque (2013), dignidade humana também pode ser entendida como empoderamento pois fortalece o direito individual de fazer suas próprias escolhas. Para Diehl e Hammes (2016, p. 7): “a importância do consentimento da pessoa com deficiência para as questões que envolvam a sua vida, reitera o direito à autonomia objetivando uma vida Digna”. Sua participação plena na sociedade traz benefícios ao seu desenvolvimento quanto sujeito proativo com vida.

Já Sarlet (2011, p. 191) conceitua dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O nascimento com vida está atrelado aos direitos e deveres da ordem civil e aos direitos da personalidade, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana tutela a vida quanto ser existencial e livre de qualquer forma de discriminação resguardados sua liberdade, igualdade e o bem-estar psicossocial.

A vida é um bem jurídico indisponível. O direito à vida engloba um mínimo existencial constitucional que também reflete dignidade, o direito a uma educação de qualidade promove inclusão, relações sociais, relação de amizade, mercado de trabalho, desenvolvimento humano, criação de sujeito proativo na sociedade. Para Araujo e Araujo (2014, p. 13): “O tratamento digno precisa reconhecer a pessoa como alguém capaz de aprender, de se relacionar, de demonstrar afeto. De se desenvolver. De formar laços de amizade. De namorar. E de casar, se a sua capacidade cognitiva assim o permitir”.

O reconhecimento da presença da dignidade humana nas relações interpessoais, no aprendizado, no desenvolvimento da afetividade e nas relações matrimoniais valoriza o papel

essencial da família e do Estado como garantidor de integração social e de empoderamento do sujeito em sua autonomia individual na busca pelo bem-estar psicossocial e por sua felicidade. A educação, como meio fundamental nesse processo de integração, é caminho para a formação do sujeito proativo, participativo na sociedade e capaz de exercer sua dignidade - liberdade.

2.2 A Síndrome de Down e seu desenvolvimento

Sampaio (2012) conceitua a *Síndrome de Down* como uma Trissomia do Cromossomo 21, ou seja, o par do número 21 contém três cromossomos. Existem três tipos de Síndrome de Down: a trissomia simples, o mosaicismos e a translocação. “A melhor capacidade cognitiva tem sido atribuída ao mosaicismos cromossômico, além de outros fatores como o conjunto genético do indivíduo e a influência de fatores epigenéticos e ambientais” (MOREIRA; EL-HANIB; GUSMÃO, 2000, p. 97).

A *Síndrome de Down* tem prevalência de um a cada 700 nascimentos. Sampaio relata que: “as pessoas com *Síndrome de Down* apresentam deficiências no sistema imunológico, o que leva a maior suscetibilidade a infecções, além de risco aumentado de desenvolver neoplasias, ou seja, a leucemia” (SAMPAIO, 2012, p. 278).

A pessoa com a *Síndrome de Down* possui suas características biológicas inerentes e sofre com a lentidão do processo de seu desenvolvimento motor e intelectual devido à deficiência mental e a hipotonia muscular. “[...] Estudos contemporâneos mostram que a maioria dos Down tem um desempenho na faixa de retardo mental entre leve e moderado [...]” (MOREIRA; EL-HANIB; GUSMÃO, 2000, p. 97). Além disso, a pessoa possui outros problemas associados como por exemplo: cardiopatias congênitas, problemas de audição, de visão, malformações gastroenterológicas.

“Por exemplo, no caso da *Síndrome de Down*, as pessoas de sexo feminino têm a fertilidade reduzida e muitas vezes não apresentam sinais de ovulação. Enquanto no sexo masculino, embora ainda haja pesquisa e controvérsias, a infertilidade é comprovada” (MARTIN; GONÇALVES, 2016, p. 21)

O momento do nascimento mistura sentimentos de amor, incertezas e dúvidas a cerca da síndrome e suas características. “O primeiro obstáculo surge ao nascimento [...] e é enfrentado pela família, trata-se da aceitação. Essa tarefa traz consigo o enfrentamento de sentimentos indesejáveis como frustração, angústia, insegurança, culpa e renúncia” (PIRES; BONFIM; BIANCHI, 2007, p. 204).

O processo de desenvolvimento da pessoa se inicia dentro da proteção da própria família, é a etapa mais importante para seu desenvolvimento motor e intelectual, é onde recebe os primeiros estímulos. Para isso, a criança necessita de uma equipe multiprofissional e possui uma rotina movimentada de atividades ao longo da semana e, assim, os familiares se dedicam para garantir o seu pleno crescimento.

Assim, o trabalho de estimulação com o bebê com *Síndrome de Down* deve iniciar o mais cedo possível, buscando atendimento e alcançando metas no desenvolvimento motor, social e cognitivo. Durante os primeiros meses a família deverá ter uma ligação direta com a equipe de profissionais que acompanham o seu bebê. A equipe orienta, aconselha a família na estimulação e no convívio com todos os integrantes da casa (SAMPAIO, 2012, p. 280).

Diante desse contexto de importância do acolhimento afetivo da família ao pleno desenvolvimento da pessoa com a *Síndrome de Down*, um exemplo de aplicação do princípio da igualdade material é o benefício da redução da jornada de trabalho aos servidores estaduais de Pernambuco para que haja uma maior dedicação de tempo e atenção aos filhos e dependentes com deficiência. Desde setembro de 2017, o benefício é concedido com horário especial de trabalho sem a necessidade de compensação de horários ou abatimento salarial desde que comprovada a necessidade (artigo 147 -A da Lei nº 6.123 de 1968) (MARQUES, 2018).

Já na fase do desenvolvimento da linguagem, a compreensão dos pais é de fundamental importância para uma melhor comunicação e interação social no tempo adequado. As primeiras palavras são essenciais no processo de socialização, na construção de vínculos afetivos:

Há pais que, mesmo com a informação de que seu bebê será capaz de adquirir a fala, acabam por não terem paciência em esperar esse momento. Ou seja, o bebê demonstra querer tomar água e os pais ao invés de esperar que o bebê fale que quer água, acabam por darem o que eles querem sem exigir a tentativa da linguagem. Isso gera uma acomodação da criança. Ela acaba por retardar a fala, pois percebem que mesmo sem pedirem são atendidas. Com o passar dos anos, na inclusão social para uma interação satisfatória a criança terá que adquirir a fala de maneira mais dolorosa (SAMPAIO, 2012, p. 280).

A criança e seu aprendizado dentro do grupo familiar são essenciais para sua boa evolução nas relações sociais e nos processos adaptativos a estímulos externos da sociedade, dos amigos, das brincadeiras, das atividades lúdicas.

A vida das crianças com *síndrome de Down* poderia ser bem melhor se sua inserção no contexto sócio – cultural fosse mais adequada. O entendimento sobre o tipo de relação que a criança com *síndrome de Down* estabelece com seu ambiente, durante seu ciclo de vida, é de grande importância para uma melhor compreensão de aspectos

de seu desenvolvimento, bem como de suas interações sociais [...] (SILVA; DESSEN, 2002, p. 169).

Na escola também continua o trabalho de desenvolvimento físico e mental. Castro e Pimentel (2009, p. 305) explicam a função da escola no desenvolvimento da pessoa com Deficiência:

É importante que a escola tenha no seu planejamento diário atividades que exijam do sujeito com a síndrome trabalhos de: cooperação, organização, constituição, movimentos, compreensão, exploração de propostas lúdicas e materiais diversos para que a criança possa realizar atividades motoras como: correr, pular, rolar, entre outras. Essas ações contribuirão para o desenvolvimento social, afetivo, motor e da linguagem. Quanto maior for a estimulação, mais internalizados serão os domínios.

Os pais devem respeitar cada etapa de desenvolvimento da pessoa com deficiência acompanhando sua evolução enquanto pessoa, suas relações de amizade e sua autonomia (SAMPAIO, 2012). Só assim se preserva um desenvolvimento com dignidade – liberdade.

Segundo Saad (2003, p. 71):

Supervisão não pode ser confundida com assistencialismo. A supervisão se dá apenas com apoio, respeitando as escolhas que o indivíduo faz para sua vida. A pessoa com *síndrome de Down*, por seu saber considerado ingênuo e desqualificado, não é ouvida a respeito de suas preferências e interesses, e isto inibe o desenvolvimento de sua autonomia.

A família, base da sociedade, necessita de especial proteção do Estado (Caput do artigo 226 da CF/1988). Neste momento de vulnerabilidade, o acesso a uma equipe multidisciplinar garante o efetivo desenvolvimento do sujeito, sua inclusão social e serve de apoio à própria família. A garantia do mínimo existencial e de uma educação inclusiva também reflete dignidade e integração social.

2.3 Processo de inclusão social e relação afetiva

O Estatuto da Pessoa com Deficiência possui como principal objetivo incluir a pessoa com deficiência na construção de uma sociedade livre, justa e solidária previsto no Inciso I do artigo 3 da CF/1988, privilegiando a sua autonomia da vontade para desenvolver sua afetividade no plano familiar em uma vida plena e digna.

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal regulamentar a proteção e integração social da pessoa com deficiência (Inciso XIV do artigo 24 da CF/1988) e a sua assistência social (Caput do artigo 203 da CF/1988) será prestada em caso de necessidade.

“A inclusão supõe a aceitação da diversidade, do modo de ser de cada um. Trata-se, portanto, de considerar a *síndrome de Down* na sociedade inclusiva como diversidade e não mais como doença, anormalidade ou inferioridade” (SAAD, 2003, p. 72).

O Estado deve colocar em prática mecanismos isonômicos para criar as mesmas oportunidades na medida da sua desigualdade, considerando a *Síndrome de Down* como diversidade e, assim, estar presente de forma mais efetiva na promoção dos direitos sociais aplicando, para isto, a igualdade material.

O ensino inclusivo é um direito essencial de promoção de autonomia, de dignidade - liberdade. Junto ao desenvolvimento no ambiente familiar, a escola é empoderadora enquanto formadora de sujeito proativo, com autonomia de realizar suas escolhas. É através dos espaços sociais que o sujeito vai alcançar um melhor desenvolvimento biopsicossocial. E só, assim, tornar-se participativo na sociedade e no mercado de trabalho. Garantir este direito constitucional é mais uma expressão do alcance da igualdade material no processo de inclusão da pessoa com deficiência.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, §1º e 30, caput, da Lei 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. [...] 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. [...] 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também, as particulares deverão pautar sua atuação educacional [...]. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 2016b, p. 2).

Também deve valorizar a participação da pessoa com deficiência na sociedade. “[...] as diferenças que se observam entre as pessoas com *Síndrome de Down* dependem mais

de suas determinações sociais, do que das genéticas” (WUO, 2007, p. 9). Saber trabalhar a diversidade é essencial no sucesso da inclusão das pessoas com deficiência e atingir a igualdade material e não somente a formal contempla a dignidade da pessoa humana. É dever de toda a sociedade participar desse processo de inclusão e de desenvolvimento da afetividade na relação social.

Também a inclusão nas relações sócio afetivas passa pela orientação sexual dentro da própria família, é junto aos familiares que a pessoa com deficiência deve tirar suas dúvidas a respeito do seu próprio corpo e sobre seus sentimentos. “A forma como os familiares, educadores, terapeutas e sociedade tratam da sexualidade da pessoa com *Síndrome de Down*, revela o alto nível de desinformação que culmina na segregação do deficiente, colocando-o à margem das relações sócio – afetivas” (VIEIRA, 2015, p. 47).

As barreiras nas relações sociais, a segregação, também impedem o desenvolvimento da sexualidade.

Assim, a falta de amigos e os preconceitos constituem barreiras sociais que interferem e, muitas vezes, impedem a vivência da sexualidade por parte das pessoas com *síndrome de Down*. Não obstante o desenvolvimento de programas educacionais incluindo pessoas com deficiência, como os portadores da *síndrome de Down*, verifica-se que esse processo não resulta necessariamente em integração social (GUSMÃO; MOREIRA, 2002, p. 96).

Na formação de uma relação interpessoal, a pessoa com deficiência ainda se encontra em evolução na busca por seu lugar dentro da sociedade, ainda sofre marginalização, isolamento, mesmo participando de atividades produtivas.

Saad (2003) constatou que as pessoas com *Síndrome de Down* que não frequentam mais o ambiente escolar não conseguiram se integrar de modo satisfatório ao meio social. O presente trabalho coloca como exemplo a experiência de uma ex-aluna que mesmo inserida no mercado de trabalho sofre uma não-aceitação nas relações diárias, nos ambientes públicos por onde passa. Suas relações sociais se restringem ao ambiente de trabalho e somente no período da sua jornada. Na hora de lazer, perdeu o contato com os amigos da escola. Ela sente-se isolada em seu meio social.

Já nas relações de amizade, mesmo havendo relato de boa integração entre os pares, existe um certo isolamento social dentro dos grupos de amizade e dificuldade de formação de grupos de mesma faixa etária.

Já Bonomo, Garcia e Rossetti (2009) estudaram o relacionamento interpessoal de adolescentes com *Síndrome de Down*. Realizaram entrevistas semiestruturadas com 10 adolescentes com Síndrome e seus responsáveis. Foi possível observar, a partir dos relatos das

mães, que os adolescentes se relacionam bem com as pessoas. As amigas dos filhos adolescentes com *Síndrome de Down* foram consideradas mútuas por oito mães. Além do mais, os responsáveis foram de comum acordo que as amigas, tanto com outros jovens com a Síndrome quanto com pessoas com desenvolvimento típico, trouxeram o desenvolvimento e bem-estar psicossocial aos filhos. Mesmo com todos os benefícios da relação de amizade, muitos responsáveis observaram sentimentos de solidão em seus filhos e acreditam que seja por falta de amigos da mesma faixa etária para acompanhá-los nas atividades típicas de adolescentes, além do contexto escolar.

Dessa forma, a amizade entre adolescentes é de suma importância para seu desenvolvimento social, emocional e cognitivo. As características que compõem a *Síndrome de Down* podem dificultar a formação de reais laços de amizades. Entretanto, apesar da amostra de apenas 10 adolescentes e suas mães, foi observado que não se pode afirmar que esses adolescentes não possuem amigos. Contudo, trata-se de uma amizade com qualidades diferentes das observadas em adolescente com desenvolvimento típico (BONOMO, GARCIA e ROSSETTI, 2009).

Amar é singular para esses sujeitos, sua afetividade se manifesta pelo carinho, sentimentos puros distantes das pessoas sem a síndrome.

Já Schaefer *et al* (2011, p. 211) reportou uma experiência amorosa de uma pessoa com *Síndrome de Down*:

o portador da *síndrome de Down*, do sexo masculino, de 31 anos, não encontrou dificuldades em sua relação amorosa, pois não se importa com beleza física. Quando o portador falou sobre o que é uma pessoa bonita, foi possível perceber que ele não se referia aos aspectos do corpo ou rosto da outra pessoa, mas sim ao próprio sentimento, então, a ênfase do que considera atraente está essencialmente naquilo que uma pessoa é capaz de fazer pela outra, ter afeto, carinho, respeitar e demonstrar o amor de cada um, tornando o relacionamento mais verdadeiro daqueles que não possuem a síndrome, isso, é apaixonar-se para ele, ter o sentimento de bem-estar, satisfação, ânimo na presença do outro.

No processo de inclusão, pode – se observar ainda uma dificuldade da própria sociedade em reconhecer a evolução da pessoa com deficiência em seu plano quanto pessoa e nas relações sociais. Barreiras precisam ser superadas para se viabilizar uma construção de vínculos afetivos por esses sujeitos. Espera-se que a atual legislação facilite a integração social e o ganho em desenvolvimento afetivo nas relações sociais.

2.4 A presença da discriminação na relação interpessoal

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Caput do artigo 23 (RESENDE; VITAL, 2008) reprime a discriminação contra pessoas com deficiência nos aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos. E coloca nos Estados Partes a responsabilidade para efetivação desse direito (inciso IV do artigo 3º e Caput do artigo 5º da CF/1988; artigos 4º e 5º do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

O processo de estigmatização não favorece o desenvolvimento humano, leva a danos nas relações sociais, dificulta o processo de inclusão, levando ao isolamento social. A construção do sujeito fica prejudicada em um ambiente menos favorável. Segundo Saad (2003, p. 70): “a atitude preconceituosa, por ser excludente, elimina as oportunidades de desenvolvimento maior do sujeito e até de perceber-se como cidadão”.

A própria família sofre a marginalização, é também vítima do isolamento social, participa desse processo de discriminação. Assim, é necessário o seu acolhimento por parte do Poder Público, um acompanhamento multiprofissional.

Segundo Saad (2003), a família também passa por um processo de discriminação. Seus amigos, seus parentes se afastam, diminui a convivência afetiva. Torna-se evidente um isolamento, a família passa por um período de instabilidade, provocando uma reestruturação de valores que servem de apoio.

O processo danoso de valorar o ser “menos humano” provoca consequências “que acabam por tornar as pessoas com deficiência incapazes de enxergarem-se como sujeitos de transformação da sua própria realidade” (PIRES; BONFIM; BIANCHI, 2007, p. 204). E este processo faz com que a sociedade desempenhe um comportamento excludente como Saad (2003, p. 69) relata:

A sociedade exige que as pessoas com *síndrome de Down* tenham um comportamento perfeito, pois diante de qualquer deslize, atribui o comportamento à síndrome, como se isso não pudesse acontecer nas mesmas circunstâncias com outro indivíduo sem a síndrome.

A discriminação é também percebida nas relações cotidianas, está intrínseca na sociedade.

Segundo Saad (2003), o preconceito está presente nas pequenas ações do dia a dia: entre crianças e adolescentes, quando começam a se tornar críticos; entre os adultos, pais de

criança sem deficiência reprovando um simples gesto de compartilhamento de brinquedos em ambiente público com crianças com a *Síndrome de Down*.

O Estado deve colocar em prática mecanismos isonômicos para criar as mesmas oportunidades na medida de sua desigualdade e combater a discriminação. Também deve valorizar sua participação na sociedade. “Pensar as possibilidades de desenvolvimento das pessoas com *Síndrome de Down* é efetivar o exercício pela construção de um mundo mais justo, e, uma sociedade melhor, mais justa só se constrói sem o ranço do preconceito” (CASTRO; PIMENTEL, 2009, p. 303). Saber trabalhar a diversidade é essencial no sucesso da inclusão da pessoa com deficiência e atingir a igualdade material e não somente a formal torna mais participativo as pessoas com deficiência na sociedade. É dever de toda a sociedade participar desse processo de inclusão e não alimentar a discriminação tão danosa nas relações sociais.

2.5 Sexualidade e planejamento familiar

A desinformação da família e da sociedade a respeito da importância da orientação sexual de seus filhos deficientes deixa-os à margem das relações sócio afetivas, reprime seu desenvolvimento como seres “assexuados”. “[...] Pesquisas científicas comprovam que a sexualidade de indivíduos com deficiência assemelha-se aos demais seres humanos, embora existam restrições, dependendo do contexto social no qual encontram-se inseridos” (DIEHL, 2016b, p. 3).

O medo de que eles reproduzam, acreditando na ideia de perpetuação de alguma alteração genética (DIEHL, 2016b), vai de encontro a sua dignidade, ao seu auto - conhecimento a respeito de seu próprio corpo e do direito de entender os seus próprios sentimentos. “[...] O silêncio e a repressão são formas negativas de lidar com a sexualidade [...]” (GUSMÃO; MOREIRA, 2002, p. 96).

Assim, o Estado possui o dever do cuidado e da preservação da intimidade e da privacidade da pessoa com deficiência. Além disso, a sociedade por meio do Poder Público possui o dever de “orientar, acompanhar e informar os deficientes quanto a sua sexualidade, bem como, os métodos contraceptivos reversíveis que existem à sua disposição [...]” (VIEIRA, 2015, p. 63).

O Estado também necessita prestar assistência à família para que garanta um desenvolvimento saudável e sexuado com autonomia.

A capacidade de manifestar e sentir amor constitui a essência básica da sexualidade. Demonstrações de ternura, simpatia e atração exprimem amor e afeto e revelam a

natureza do indivíduo como ser sexuado. Considerando as limitações que o portador da *síndrome de Down* possa apresentar, os pais podem contribuir para a educação sexual transmitindo informações importantes, avaliando problemas potenciais e possíveis soluções ou caminhos, preparando seus filhos para serem indivíduos sexuados (GUSMÃO; MOREIRA, 2002, p. 96).

Também a inclusão nas relações sócio afetivas passa pela orientação sexual dentro da própria família, é junto aos familiares que a pessoa com deficiência deve tirar suas dúvidas a respeito do seu próprio corpo e sobre seus sentimentos. A dignidade – liberdade está presente no direito à sexualidade.

A inclusão social do portador da *Síndrome de Down*, sem dúvida, pressupõe que o mesmo se sinta capaz de, na medida de sua capacidade, tomar decisões de foro íntimo. Pressupõe que lhe seja dada a liberdade necessária para viver dignamente sempre respeitando as limitações que possam por a sua segurança em risco (ARAÚJO; ARAÚJO, 2014, p. 13).

A pessoa com deficiência possui o direito de entender as transformações de seu corpo e a evolução de seus sentimentos.

Cada qual enxerga e recorta seu corpo de uma maneira singular, a partir de sua cultura, aprendizado, experiências de vida, potencialidade e limitações. Não é diferente para a pessoa com deficiência intelectual. Ela tem um esquema corporal e tem dúvidas sobre o mesmo; tem fenômenos físicos e perguntas insistentes e marcadas sobre estes; ela se favorece de um espaço ou de uma pessoa que a elucide de suas questões e dúvidas. Sente-se acolhida e desenvolve a autonomia e poder sobre este corpo, em seu próprio tempo, em seu limite, com suas possibilidades e peculiaridades (SCHUBERT, 2010, p.1).

A orientação sexual e os desafios ao desenvolvimento sexual e ao comportamento da pessoa com deficiência na sociedade.

Entre as pessoas com *síndrome de Down*, verificam-se diferentes níveis de maturidade e adequação. Algumas apresentam retardamento mental leve, sendo capazes de lidar com seus impulsos sexuais e relacionamentos como a maioria das pessoas. Em outro extremo estão aquelas que, muitas vezes por sua história de vida, com escassez de tratamentos e estímulos sociais, mais do que pela presença da trissomia do cromossomo 21, são impulsivas, com dificuldades de lidar com a sexualidade, não diferenciando o comportamento público do particular em atividades como masturbação, com dificuldades na comunicação e na compreensão das interações sociais que fazem parte das relações interpessoais. Torna-se compreensível, nesses casos, a atitude de algumas famílias que, ao mesmo tempo que impedem o desenvolvimento emocional do afetado, sentem-se ameaçadas pelas possibilidades de manifestação de suas pulsões sexuais (GUSMÃO; MOREIRA, 2002, p. 96).

Os riscos de uma orientação sexual tardia podem levar a abusos sexuais, uma gravidez não desejada ou até mesmo desenvolver uma doença sexualmente transmissível.

Segundo o Jornal do Senado (2016) e Schubert (2010), as famílias ainda demonstram desinteresse na educação sexual dos filhos com deficiência. A maioria das famílias possui a certeza equivocada da ausência de sexualidade, acredita na sua incapacidade e, por isso, cuida como se fossem eternas crianças, independente se na fase da adolescência ou adulta. Os filhos com deficiência são iguais a todos. A manifestação da sexualidade é inevitável. A educação sexual garante uma vida saudável e digna, previne uma gestação precoce, uma doença sexualmente transmissível e o abuso sexual.

Além do desenvolvimento da própria sexualidade, a pessoa com deficiência possui o direito ao planejamento familiar, “para seu exercício é primordial que as pessoas com deficiência consigam satisfazer os deveres parentais, exercendo a paternidade responsável, da mesma forma que as demais pessoas” (DIEHL, 2016b, p. 4).

O direito ao planejamento familiar está expresso no §7 do artigo 226 da CF/1988 fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O exercício do planejamento familiar é direito assegurado a todos os cidadãos através da Lei nº 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar.

Embora a alteração do texto normativo tenha revalidado o direito das pessoas com deficiência a exercerem o planejamento familiar, o tema continua a gerar controvérsias, vez que se questiona a respeito da capacidade desses indivíduos assumirem as obrigações e as responsabilidades decorrentes do poder familiar [...] (DIEHL, 2016a, p. 7).

A autonomia da pessoa com deficiência deve ser tutelada buscando uma melhor condição de vida digna e afetiva. As orientações sexuais são cruciais para garantir o direito da pessoa com deficiência de entender os seus sentimentos e as transformações do seu próprio corpo como ser sexuado, sujeito proativo em desejos vitais próprios de qualquer ser humano. A sexualidade e o planejamento familiar se incluem dentro do processo de inclusão social e do desenvolvimento psicossocial e psicosexual.

2.6 Família, expressão de afetividade

Na vigência do código civil de 1916, a tradição patrimonialista, a centralização em torno do homem, a desigualdade entre gêneros e entre os filhos biológicos e adotivos marcaram o tempo caracterizado pelo “ter”, pela valorização do direito à propriedade em detrimento da pessoa humana.

Historicamente, no Brasil, costuma-se referir com maior destaque à **família patriarcal** do modelo tradicional romano, e que prevaleceu na sociedade brasileira,

desde a colonização até meados do século XX. A ideia de família se submetia a uma **estrutura predefinida**, instaurada pelo casamento de um homem com uma mulher. O traço marcante do modelo patriarcal é a sujeição de todos os membros a uma **figura masculina central** [...]. Cabendo à figura masculina presidir o culto aos deuses e, também, dirimir controvérsias entre os membros da família. Isso, é claro, além de administrar o patrimônio e os negócios do clã (DONIZETTI.; QUINTELLA, 2016, p. 955, grifo do autor).

Já sob a influência do fundamento da dignidade da pessoa humana (Inciso I do artigo 1 da CF/ 1988), a afetividade torna-se essencial para o desenvolvimento de outras formas de entidade familiar, outras formas do cultivo do amor. A igualdade de direitos entre gêneros, entre irmãos biológicos e adotivos são características de uma mudança de paradigma do “ter” para o “ser”, do processo de repersonalização. Além disso, o ganho da liberdade, da autonomia da criação e dissolução da entidade familiar sem interferência do grupo familiar ou da sociedade trouxe dignidade para os sujeitos de direito.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, o país deu um passo adiante, porquanto a Constituição deu status de entidades familiares aos núcleos estáveis formados por um homem e uma mulher – conhecidos como casos de **união estável** -, bem como aos núcleos formados por apenas um dos pais e seus filhos – as chamadas **famílias monoparentais** (DONIZETTI.; QUINTELLA, 2016, p. 956, grifo do autor). Hoje, costuma – se dizer que o número de modelos de família é **aberto** [...]. Argumenta – se que a enumeração não seria fechada, mormente em razão da preponderância, no ordenamento pátrio, do **princípio da dignidade da pessoa humana**, que inspira o **princípio da pluralidade das formas de família** (DONIZETTI.; QUINTELLA, 2016, p. 957, grifo do autor).

A família se apresenta hoje em um estágio de equilíbrio do privado e do público para garantia da dignidade de seus sujeitos que integram o grupo familiar e da liberdade para o desenvolvimento de desejos e laços afetivos mútuos em comunhão de vida. A liberdade, a igualdade de direitos, a convivência e dissolução refletem liberdade de constituição de entidade familiar assegurando os direitos fundamentais dos integrantes do grupo familiar.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade de física, mental e moral (LÓBO, 1999, p. 105).

Na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Inciso I do artigo 3 da CF/1988), a família acolhe e irradia valores humanos, culturais e de desenvolvimento humano. É o grupo social base para a formação emocional da pessoa com deficiência em seu processo

de inclusão social. Precisa inicialmente ser aceito pelo grupo familiar, para ser amado de forma incondicional e, assim, participar ativamente da dinâmica familiar, um crescimento mútuo de trocas afetivas, ganhando estabilidade emocional. “Seu papel é o de oferecer-lhe um lugar onde possam desenvolver-se com segurança e aprender a se relacionar em sociedade” (HOLLERWEGER; CATARINA, 2014, p. 6). Sociedade essa essencial no processo de inclusão social da pessoa com deficiência, central no combate à discriminação e à falta de informação a respeito da *Síndrome de Down*.

[...] Pode-se seguramente conceituar família como o **núcleo** formado por pessoas que vivem em **comunhão** em razão do **mútuo afeto** [...]. Por comunhão, deve-se entender que as pessoas devem **conviver, com estabilidade**. Já o afeto deve ser o **elo** que une as pessoas no núcleo comunitário (DONIZETTI.; QUINTELLA, 2016, p. 957, grifo do autor).

Todo esse desenvolvimento da afetividade depende de uma estabilidade na convivência entre seus integrantes, na capacidade de adaptação a uma nova situação. Dessa forma, a sua condição de equilíbrio psicossocial empodera os sujeitos na realização de suas próprias escolhas promovendo autonomia e dignidade.

A família é compreendida como um sistema onde cada membro influencia e afeta os outros. Ela, enquanto um grupo, tem seu funcionamento regular que permite uma certa estabilidade e regularidade para garantir o bem-estar dos membros. As eventuais mudanças que podem ocorrer dentro do contexto familiar provocam um desequilíbrio nas relações e desafiam ao grupo adaptar-se a nova situação (PADUA; RODRIGUES, 2013, p. 2323).

O amadurecimento emocional envolve a dinâmica familiar, as relações diárias de afeto dentro do grupo familiar. Amor, confiança, compreensão, atendimento das necessidades básicas e estímulo à comunicação contribuem para uma estabilidade emocional e isso transmite segurança e acolhimento, favorece ao desenvolvimento de relações sociais saudáveis. Assim, formam-se diversas relações interpessoais, relações de amizade, afetivas, amorosas (PADUA; RODRIGUES, 2013).

O afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam. Logo, a Constituição o protege como direito individual: direito humano de qualquer indivíduo. Nessa dimensão individual, o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um a outro. É uma **liberdade constitucional** (BARROS, 2006, p. 4, grifo do autor).

A família é base da sociedade e necessita de especial tutela do Estado (Caput do artigo 226 da CF/ 1988). O Estado deve garantir o bem-estar psicossocial desta importante

instituição social, buscar a integração social e o empoderamento da pessoa com a *Síndrome de Down* (Inciso XIV do artigo 24 da CF/ 1988; Caput e Inciso V do artigo 203 da CF/1988), além do acesso a uma equipe multidisciplinar (artigo 6 da CF/ 1988) em respeito à sua dignidade.

“A influência da família no desenvolvimento de suas crianças se dá, primordialmente, através das relações estabelecidas por meio de uma via fundamental: a comunicação, tanto verbal como não verbal” (SILVA; DESSEN, 2001, p. 136). Aceitação, acolhimento, compreensão, carinho, amizade realçam afetividade, desenvolvem dignidade – liberdade.

Os pais de crianças com deficiência atuam como espelhos, que devolvem determinadas imagens ao filho. O afeto é muito parecido com o espelho. Quando demonstro afetividade por alguém, essa pessoa torna-se meu espelho e eu me torno o dela; e refletindo um no sentimento de afeto do outro, desenvolvemos o forte vínculo do amor (HOLLERWEGER; CATARINA, 2014, p. 6).

Diante de um conceito contemporâneo de família, o fundamento da dignidade da pessoa humana, os princípios da igualdade e da liberdade tutelam a afetividade, base de solidariedade, de desenvolvimento humano. A pessoa com Síndrome de Down possui na família sua base para seu desenvolvimento mas almeja sua supervisão com preservação de autonomia, dignidade, de seu direito de fazer escolhas. E, assim, conquistar sua independência, podendo exercer seu direito ao matrimônio.

2.7 Desejo de constituir família

“O casamento pode ser conceituado como união de duas pessoas, reconhecidas e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em vínculo de afeto” (TARTUCE, 2017b, p. 792).

“O artigo da Constituição Federal de 1988 afirma que “a família é a base da sociedade” e que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, o que revela que o casamento é, portanto, um ato de vontade” (RODRIGUES, 2016, p. 357, grifo do autor).

Tutelados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, atuantes na sociedade em seu cotidiano, as pessoas com *Síndrome de Down*, também conhecida como trissomia do cromossomo 21 (vinte e um), praticam esportes, movimentam a economia, tocam instrumentos, realizam múltiplas tarefas e é possível que também, aptos ao afeto e ao amor, tenham o desejo de casar-se, de construção de vínculos afetivos e, dessa forma, constituir uma família, usufruindo da prerrogativa constitucional prevista no §7º, artigo 226 da CF/1988 que toma por livre o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da

parternidade responsável. Também adquiriram maior autonomia em suas decisões, revelando um maior grau de compreensão dos seus atos.

Dentro de um processo de inclusão, apesar das limitações biológicas decorrentes da síndrome, os sujeitos de direito vêm se inserindo cada vez mais na vida em sociedade. E, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência com o fim dos impedimentos legais, surge mais um passo no processo de inclusão: o reconhecimento do direito ao matrimônio. Segundo Alves (2015, p. 1):

Agora, o artigo 114 da recente Lei nº 13146/2015 revoga expressamente o inciso II do artigo 3º e o inciso I do artigo 1548, ambos do código civil de 2002, e introduz parágrafo 2º ao artigo 1550 do código civil, dispondo que a pessoa com deficiência mental ou intelectual, em idade núbil, poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

Segundo o Jornal do Senado (2016), a autorização judicial possuía a finalidade de proteção do patrimônio do deficiente. Agora, com o fim dos impedimentos legais para o casamento, os cartórios assumem a função de liberar o casamento das pessoas com deficiência intelectual.

A preservação dos atos existenciais, da autonomia da vontade da pessoa com deficiência na curatela favoreceu o desenvolvimento de sua afetividade e o desejo de constituir sua família limitando esse instrumento jurídico ao direito de natureza patrimonial e negocial.

Com as alterações providas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as restrições dos interditados sob a figura da curatela foram abolidas. Diante disso, o portador da *Síndrome de Down* passou a ser considerado plenamente capaz e apto para a prática dos atos da vida civil. Contudo, a autorização legal para celebração do casamento dos portadores de *Síndrome de Down* tornou-se um ato desnecessário, bastando para tanto, afeto e o alcance da idade núbil pelos nubentes (RODRIGUES, 2016, p. 361).

A afetividade e o amor permanecem vivos entre as pessoas com *Síndrome de Down*, colocam – se, neste momento, exemplos de relações afetivas, histórias de amor, filhos nascidos do amor. O desejo de constituir família, de construção de vínculos afetivos, reflete dignidade, é dever do Estado a proteção da família, base da sociedade.

Segundo o Jornal O Popular (2014), com apoio da família, os noivos, Jordana Silva, de 20 anos, e Jivago dos Santos, de 28 anos, com *síndrome de Down* se conheceram em março de 2012. Após três anos de namoro, subiram ao altar. Jordana e Jivago se conheceram através do esposo da tia de Jordana, que conhecia a família de Jivago e foi o cupido da história. A professora Dinorá Maria dos Santos, de 58 anos, mãe de Jivago, diz que o filho sempre teve muita curiosidade e falava que queria namorar, beijar na boca, mas ficava triste dizendo que

nenhuma garota iria aceitá-lo. A mãe de Jordana, a bispa Keila Maria Miranda da Silva, de 43 anos, diz que sempre conversou sobre sexualidade com a filha.

Segundo o Jornal do Senado (2016), Rita Pokk, de 36 anos se casou em 2003 com Ariel Goldenberg, de 35 anos, ambos com *síndrome de Down*. O casamento foi só religioso. A celebração aconteceu na época em que vigorava a proibição para o reconhecimento da união no civil. Caso existisse a possibilidade de se casar no cartório, ambos necessitavam do consentimento dos pais ou responsáveis legais. Depois teriam de enfrentar uma decisão muitas vezes negativa da liberação do casamento. Juízes, contrários a esse tipo de união, denegavam mesmo que a deficiência fosse leve.

Segundo o Jornal do Senado (2016), o nível de comprometimento intelectual é muito variável. De um lado, pessoas possuem um grau de deficiência muito profundo sem capacidade de viver com autonomia. Por outro lado, outros vivem com poucas limitações, próximo do normal – frequentam a escola, vão ao trabalho e cuidam dos filhos. Thiago Neves, de 31 anos, e Ione de Aquino, de 28 anos, cuidam de uma filha de 6 anos sem deficiência e já estão no aguardo do nascimento de mais uma menina. Com já quase dez anos de relação afetiva, oficializam o casamento no cartório.

Segundo o Jornal Diário de Pernambuco (2017), para os ingleses Maryanne e Tommy Pilling o mês de julho, pode ser considerado o mês mais importante do ano. O casal foi um dos primeiros com *síndrome de Down* a se casarem na Inglaterra e foi exatamente no mês de julho que o enlace matrimonial aconteceu. Os dois estão juntos há 22 anos e provam que o amor realmente não tem barreiras. De acordo com Lindi Newman, irmã de Maryanne, o relacionamento do casal é muito especial, pois não há questões escondidas." O amor deles é lindo e puro", afirmou a criadora da página no Facebook, que conta a história de amor do casal, que está prestes a completar 23 anos de matrimônio.

A pessoa com *Síndrome de Down*, vítima dos determinantes sociais e, em menor grau, de sua herança genética, sofre o preconceito junto com sua família no momento mais vulnerável e crucial para seu desenvolvimento mental e físico: o seu nascimento. No decorrer de suas relações sociais dentro e fora de sua família, o grupo sócio afetivo e o Estado devem garantir dignidade, combater a discriminação e integrar estes sujeitos em suas relações sociais, afetivas na escola, na sociedade. O desenvolvimento de sua sexualidade deve ser tratado com naturalidade e com orientação sexual, respeitando sua autonomia. E, assim, viabilizar um ambiente favorável ao desejo de se constituir família. O sucesso de uma vida digna para a pessoa com *Síndrome de Down* passa pelo amor, pelo respeito.

Já no próximo capítulo, com o advento da Lei 13.146/2015, vão ser abordados as alterações de dispositivos no Código Civil de 2002 na órbita da capacidade civil da pessoa com a *Síndrome de Down*, conferindo que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

3 A APLICAÇÃO DA LEI 13.146/ 2015 NA ÓRBITA DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM *SÍNDROME DE DOWN* EM COTEJO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

As pessoas com a *Síndrome de Down* passam por um processo de desenvolvimento de sua personalidade, saindo de um sistema de proteção, patrimonial, assistencialista, de supressão de direitos fundamentais para um processo de inclusão social, de capacidade civil plena, no qual a interdição perde sua importância com a promoção da autonomia da vontade e da valorização das aspirações do sujeito. E a curatela se torna medida extraordinária, temporária, restrita aos atos patrimoniais, negociais sem extensão aos atos existenciais, os quais estão sob tutela dos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana. Isso conforme o objetivo primordial da Constituição Federal: sociedade livre, justa e solidária; redução das desigualdades; promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação.

E, assim, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, surge o instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada como mecanismo de apoio e salvaguarda à plena capacidade civil e ao desenvolvimento de sua afetividade em uma sociedade participativa no processo de inclusão social no qual o grupo familiar e o Estado são a base para o pleno desenvolvimento do sujeito.

3.1 Estatuto da pessoa com deficiência: mudança de paradigma

Um grande marco no desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência é a superação do modelo médico da deficiência. Tal modelo, além de ser discriminatório, representava um modelo patrimonial, assistencialista e de interdição. Deixou-se de falar também em integração – que consiste em um esforço unilateral da pessoa com deficiência para enquadrar-se nos padrões sociais pré-estabelecidos. Segundo Bastian (2016, p. 11, grifo do autor):

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) surge a partir da superação de um paradigma do chamado “**modelo médico da Deficiência**”. Para essa abordagem, a doença ou Deficiência é resultado de uma condição física intrínseca ao indivíduo, sendo as lesões e as limitações as únicas causas dos processos de discriminação. [...] A pessoa com deficiência é identificada a partir daquilo que lhe falta, a ausência de normalidade. Isto é, o indivíduo deficiente se caracteriza pelo não preenchimento de todos os critérios ou padrões “do normal”.

Em um novo olhar, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) segundo sua orientação normativa transforma a realidade da pessoa com deficiência,

oferece um novo modelo sem preconceito com valorização da autonomia da vontade, a partir de uma sociedade mais inclusiva, solidária. Essa mudança de compreensão da deficiência parte da aceitação de um novo modelo, o modelo social. Segundo Menezes (2015, p.5):

A CDPD abandona a compreensão da deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa, para entendê-la como uma limitação duradoura que se agrava pela interação dos impedimentos naturais com as barreiras sociais, institucionais e ambientais, excluindo ou dificultando a participação do sujeito no meio social. Nisso, afilia-se ao modelo social de abordagem da deficiência em oposição ao modelo médico.

Norteadores do desenvolvimento do modelo social, os princípios base do CDPD, o “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima”, são fundamentos do pleno desenvolvimento da capacidade civil da pessoa com deficiência e do fim do sistema protetivo, patrimonialista, no qual a vontade da pessoa com deficiência era substituída de forma integral pela vontade do representante. Segundo Menezes (2015, p. 5, grifo do autor):

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência constitui o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do Século XXI, cujos princípios cardiais são “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima” e, nesse aspecto, promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades.

Ainda sob influência dos princípios do CDPD, o artigo 12, número 3, da CDPD (RESENDE; VITAL, 2008) determina a criação de instrumentos jurídicos de promoção de autonomia da pessoa com deficiência, tornando-a proativa no desenvolvimento de sua personalidade, livre para o exercício dos seus atos existenciais. Assim, Menezes (2015, p. 6, grifo do autor): “No Brasil, a curatela foi usada como o principal mecanismo de apoio, mas, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, institui-se o mecanismo de “tomada de decisão apoiada””.

Dessa forma, com a adoção do modelo social, houve o desenvolvimento do processo de repersonalização da pessoa com deficiência, enquanto ser proativo, com preservação de sua autonomia da vontade em uma sociedade inclusiva. E, diante desta mudança de compreensão da deficiência, a interdição perdeu espaço para outros instrumentos jurídicos com maior preservação dos atos existenciais como a curatela e a tomada de decisão apoiada. Segundo Rosenvald (2016, p. 131, grifo do autor):

[...] Com o ingresso da CDPD em nosso direito interno, o vocábulo “interdição” é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um desproporcional processo de supressão de direitos fundamentais da pessoa, quando na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das

aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação. De fato, o termo “interdição” remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra uma pessoa que não praticou qualquer ato ilícito, apenas para atender a interesses de familiares ou terceiros.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência representa um grande avanço para os direitos humanos, direitos da personalidade e direitos fundamentais. Os seus reflexos na teoria da incapacidade civil e na mínima interferência em sua autonomia da vontade empoderaram os sujeitos a se desenvolverem quanto pessoa sob uma nova ótica humana, justa e solidária. E, assim, as pessoas com deficiência lançam mão de instrumentos jurídicos de apoio para efetivar o exercício de sua afetividade, realizar seu desejo de constituir família em uma vida plena e digna.

3.2 Livre desenvolvimento da personalidade

Diante de tal prejuízo de desenvolvimento humano, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência veio corrigir uma injustiça no campo dos direitos humanos e garantir a aplicação da dignidade da pessoa humana, não mais com o viés patrimonialista de uma interpretação dignidade – vulnerabilidade, mas sim, em favor de uma preservação de autonomia e igualdade, dignidade – liberdade.

Após cinco séculos de total vedação jurídica, no Direito brasileiro, tudo mudou com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência [...]. Finalmente, a Lei 13146, de 6/07/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), regulamentou a Convenção. A Convenção considera pessoas com deficiência (e não “portadoras de deficiência”) as que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O artigo 12 da Convenção estabelece que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (LÔBO, 2015, p. 1, grifo do autor).

Antes do ingresso da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência no ordenamento interno, as pessoas com deficiência sofreram as consequências do paternalismo, da interdição, da substituição de vontades pela do seu representante. Além do mais, a discriminação e o preconceito aniquilavam sua participação na sociedade e causavam lesões em sua dignidade e uma supressão de direitos fundamentais. Segundo Menezes (2015, p. 3):

Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade se entrelaçaram para viabilizar uma tutela geral da pessoa nas relações públicas e privadas, considerando-se que nessas últimas também se verificam lesões à dignidade e aos

direitos mais eminentes do sujeito. Exemplificativamente, as pessoas com deficiência psíquica e intelectual foram, por muito tempo, excluídas de uma maior participação na vida civil, tiveram a sua capacidade jurídica mitigada ou negada, a sua personalidade desrespeitada, seus bens espoliados, a sua vontade e sua autonomia desconsideradas. Ao cabo e ao fim, a capacidade civil serviu de critério para atribuir titularidade aos direitos fundamentais.

Com o processo de repersonalização, a pessoa com deficiência passou do tempo do paternalismo ou proteção, para o desenvolvimento dos valores gerais da personalidade, da autonomia da vontade, formação de sujeitos proativos na sociedade, no exercício de sua plena capacidade civil e sua afetividade. Segundo Rosenvald (2016, p. 141, grifo do autor):

As pessoas com deficiência se inserem no grupo dos “novos sujeitos de direito”, não apenas pela proeminência dos direitos fundamentais individuais e sociais que garantem o direito à diferença, mas sobremaneira após a incorporação ao direito interno da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e a promulgação da Lei 13.146/2015.

O direito ao casamento é um reflexo do processo da repersonalização, de ganho de autonomia da vontade e de sua preservação de capacidade, decorre do direito da intimidade e da vida privada. E, assim, a pessoa com deficiência participa ativamente do processo de inclusão social como sujeito ativo nas relações sociais, de amizade, amorosas e afetivas.

“São núcleos essenciais dos direitos de personalidade: [...] a vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade e vida privada. O direito ao casamento [...] é uma ramificação do direito à intimidade e vida privada, previsto no artigo 6º da Lei nº 13.146/2015” (MARTIN; GONÇALVES, 2016, p. 15).

A dignidade – liberdade da pessoa com deficiência garante sua autonomia individual no processo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e a criação de mecanismos isonômicos de inclusão na medida de sua desigualdade. Segundo Rosenvald (2016, p. 131):

O eixo personalista da Constituição Federal de 1988 é a cláusula geral da Dignidade da pessoa humana (artigo 1, III, CF). Ao superar a esfera meramente defensiva da proteção ao indivíduo, pela concessão de uma tutela promocional ao desenvolvimento da pessoa humana, a Lei Maior potencializa o princípio da autonomia e, conseqüentemente o direito fundamental à capacidade civil [...].

A relação deficiência e incapacidade é supressora de direitos fundamentais, aniquila a autonomia do sujeito e vai de encontro à sua dignidade. Com o modelo social e os princípios da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência (“*in dubio pro capacitas*” e

“intervenção mínima”), a pessoa preserva sua capacidade e participa de um processo de repersonalização.

“A deficiência não é fundamento, por si só, para que se reconheça na pessoa, a sua incapacidade de fato e jurídica e que, portanto, não pode advir desta característica individual limitações jurídicas a seus direitos personalíssimos” (KIM; BOLZAM, 2016, p. 99).

Com a nova teoria das incapacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência toma como critério de incapacidade o *status* volitivo prescindindo a aferição do discernimento. Nesse sentido, a valorização das aspirações do sujeito empodera a autonomia da vontade da pessoa com deficiência. Segundo Rosenthal (2016, p. 130):

Disto se extrai que a capacidade civil é um direito fundamental do ser humano, corolário de sua dignidade e liberdade, e que a curatela será fundada em circunstâncias excepcionais, motivada invariavelmente na proteção da pessoa que padece de transtornos mentais permanentes, jamais em punição pelo simples fato de se comportar de modo diferenciado. A final, a subjetividade é edificada e afirmada na diuturna superação de nossas vulnerabilidades.

Tartuce (2017b, p. 72): “O artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também em prol da inclusão com dignidade – liberdade, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas [...]”. Além da igualdade, deve-se aplicar o conceito da isonomia que pressupõe tratar os desiguais de forma desigual em um tratamento proporcional ao grau de deficiência. E, assim, buscar no caso concreto uma decisão que reflita capacidade, dignidade e afetividade.

Assim, a capacidade civil é um direito fundamental da pessoa com deficiência, essencial ao desenvolvimento de sua autonomia e preservação de sua dignidade. Só dessa forma se garante uma efetiva dignidade – liberdade – tutela promocional da pessoa humana em um verdadeiro processo de repersonalização e inclusão social.

3.3 Nova teoria da incapacidade jurídica

O nascimento com vida está atrelado aos direitos e deveres da ordem civil, aos direitos da personalidade e à capacidade civil, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana tutela a vida quanto ser existencial e livre de qualquer forma de discriminação. Segundo Pedrini e Carvalho (2016, p. 40):

A capacidade, entretanto, divide-se em de direito e de fato a fim de que ao somarem-se resultem na capacidade plena do indivíduo. A primeira consiste no ato de viver e, somente por isso, é adquirida. Como consequência disto, diz – se que dela toda a pessoa é unvida. No entanto, a capacidade de fato, consubstancia-se na possibilidade de realizar com personalidade os atos da vida civil. Diante disso, a própria legislação pátria define estágios da vida para que esta seja contraída, além da averiguação, a qualquer tempo, das condições psicológicas do sujeito.

A teoria das incapacidades de acordo com o Código Civil de 2002 levava à supressão de direitos fundamentais, ao processo de interdição e ao estigma a pessoa com deficiência em acordo a uma proteção com fins patrimoniais e sem preservação de autonomia. Segundo Limongi (2017, p. 111):

O Código Civil manteve o desdobramento da incapacidade segundo critérios etários e de saúde, aferindo-se o discernimento em cada situação: maturidade, transtorno mental, impossibilidade de manifestação da vontade; dependência química; e prodigalidade, visto que a visão apriorística de hipótese de falta de discernimento, fundada em situações de saúde mental, culminava em uma espécie de discriminação com relação a essas pessoas e violava o primado da dignidade da pessoa humana.

Ainda na mesma linha argumentativa da redução de direitos fundamentais e do processo de estigmatização, observam – se uma inexistência de graduação dos níveis de déficit e uma substituição integral da vontade pela de seu representante. Segundo Rosenvald (2016, p. 138, grifo do autor):

O fato é que o direito civil sempre valorou a pessoa pela lógica do *essentialismo*. Uma espécie de “tudo ou nada”, no qual se perquiria se a pessoa era ou não “doente mental” e, conseqüentemente, capaz para a prática de atos da vida civil. Todavia, a realidade da vida não se presta a rígidos esquemas conceituais. Ilustrativamente, um psicótico, com transtornos mentais mais graves terá alucinações auditivas e delírios, porém pode ser capaz de praticar os atos da vida civil. Em contraposição, pessoas que não deliram e nem “ouvem vozes” podem objetivamente ter dificuldades para se autodeterminar e suportar isoladamente os desafios do dia a dia. Vale dizer, inexistente a tipologia do paciente com transtorno mental, pois todos somos capazes e incapazes em certos domínios. Deficiência não é algo que apenas diz respeito a uma minoria da humanidade, trata-se de uma experiência humana universal. Todos podemos experimentar um decréscimo na saúde e, conseqüentemente, algum grau de deficiência.

Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/ 2015) tomou como único critério de incapacidade somente o *status* volitivo prescindindo a aferição do discernimento, tanto para os negócios jurídicos patrimoniais, como existencial. A autora Diehl (2016a, p. 32) discorre:

Atualmente, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) substituiu a ausência ou redução de discernimento pela impossibilidade de expressão da vontade como fato gerador de incapacidade, pois a deficiência consiste em um impedimento físico, intelectual ou sensorial duradouro e, não induz, em princípio, a incapacidade, mas sim a uma vulnerabilidade.

Diante de uma mudança de perspectiva internacional em prol da emancipação da pessoa com deficiência, observa-se uma passagem de um modo de vida preso ao assistencialismo, à supressão de direitos fundamentais para uma pessoa funcional, proativa, com promoção de sua autonomia e participativa no processo de inclusão social. Segundo Costa e Brandão (2016, p. 3):

Não há mais uma correlação entre incapacidade jurídica e deficiência (seja ela física ou mental), como anteriormente estabelecia o Código Civil. O indivíduo com deficiência mental ou física, pelo simples fato de ser portador destas deficiências, não é incapaz; desde que este possa expressar sua vontade, este é considerado plenamente capaz. [...] A regra é a capacidade. Entretanto, quando o indivíduo não puder exprimir a sua vontade de forma livre e consciente, deve ser reconhecida a sua incapacidade.

Ainda em defesa da não correlação entre incapacidade jurídica e deficiência, Júnior e Barbosa (2016, p. 18, grifo do autor):

Parece irrefutável a conclusão de que a deficiência não tem como resultado necessário a incapacidade, até porque pode ter diversas naturezas, graus e manifestações em cada uma das pessoas que a apresentem. Mesmo em um grupo de pessoas que tenham recebido o mesmo diagnóstico (exemplo, Síndrome de Down), haverá pessoas plenamente capazes, relativamente incapazes e absolutamente incapazes. Existe um *continuum* que passa por três estados jurídicos, por isso a avaliação deve ser, sempre, pessoal e casuística. As disposições do CC/2002, uma vez vocacionadas à generalidade e abstração, não captam de forma perfeita essa complexidade.

Com relação à incapacidade absoluta, o artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência revoga todos os incisos do artigo 3 do Código Civil. Dessa forma, o Estatuto preserva a capacidade da pessoa com deficiência e não relaciona incapacidade com a deficiência, não existindo mais a pessoa com deficiência absolutamente incapaz. Nesse sentido Tartuce (2017b, p. 71) pondera:

Com as mudanças, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não havendo mais maiores absolutamente incapazes. Repise-se que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a sua dignidade humana. Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade – Liberdade substitui a dignidade – vulnerabilidade.

Já com relação à incapacidade relativa, o mesmo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência altera os incisos II e III do artigo 4 do Código Civil. O Estatuto deixa de fazer referência às pessoas com deficiência intelectual, antes tratadas como “excepcionais sem

desenvolvimento mental completo”. Toda pessoa é especial pela simples condição humana. Segundo Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 313):

O artigo 4º do Estatuto da Cidadania reconhece um novo rol dos relativamente incapazes: o menor entre dezesseis e dezoito anos de idade, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que não podem exprimir a sua vontade. Nota-se que o legislador objetivou as causas de incapacidade relativa, afastando indagações relativas ao estado mental. Isso porque a deficiência física, mental ou intelectual não é, somente por si, motivo determinante da incapacidade jurídica de uma pessoa. Toda pessoa é especial pela simples condição humana.

Em meio a um processo de inclusão, de desenvolvimento da dignidade – Liberdade, deve-se promover capacidade plena também para o desenvolvimento da sua afetividade no plano familiar. Também pode-se observar o processo de repersonalização e a valorização da autonomia da vontade do novo sujeito de direito a partir do respeito à sua dignidade. Nesse sentido, Tartuce (2017a, p. 2):

[...] o artigo 6º da Lei 13146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar há uma expressa inclusão plena das pessoas com deficiência.

Em Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.000.17.034419-6/002 – Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 84, Caput e seu §3º e 85, §1º e 2º, ambos da Lei nº 13.146/2015 e artigo 4º, Inciso III, Código Civil de 2002 – Curatela – Incapacidade Relativa, no qual o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afastou o incidente em controle difuso de constitucionalidade, o Desembargador Wander Marotta em seu voto, tomando como fundamento de sua decisão o princípio da igualdade, o fundamento da dignidade da pessoa humana, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, posicionou-se em defesa da existência de uma “zona” de preservação de liberdade, de individualidade. E, assim, reconhecer a complexidade do processo de interdição e primar pela ampla instrução do processo.

[...] Da leitura do dispositivo extrai-se que a sujeição à curatela restringe-se àquelas pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade, do que se retira, nesse momento, que a enfermidade ou deficiência mental que acarretar a redução do discernimento não enseja necessariamente a incapacidade ampla e completa para a prática de quaisquer atos da vida civil. Existe uma "zona" de

preservação da liberdade, imune à intervenção estatal, em nome do valor da preservação da individualidade. O racionalismo exacerbado não pode ser invocado para querer "definir" tudo e toda essa zona, com a sua complexidade natural e que deve ser aceita como é.

Em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa, e ponderando-se as complexidades inerentes a cada ser humano, o Estado deve analisar, caso a caso, o nível de limitação da capacidade do réu, elucidando o grau de incapacidade do indivíduo interditando. Não existem mesmo regras fixas, nem pode haver, pois a ciência não domina, em toda a sua extensão, o conhecimento no campo da psiquiatria e da psicologia -- ou mesmo do próprio cérebro humano. Como poderia o Direito pretender fazê-lo? Para tanto seria necessário passar da "sabedoria" para a "santidade".

Por tal razão, faz-se necessário que o processo de interdição seja amplamente instruído, de tal maneira que comprove de forma conclusiva que a pessoa a ser interditada, de fato, não possui capacidade para certos atos da vida, embora possa ter capacidade para outros, no âmbito de sua vida mais íntima, de modo a que sua privacidade seja mais preservada [...] (MAROTTA, 2018, p. 18, grifo do autor)

A partir desse novo entendimento de incapacidade, surgem novos sujeitos de direito, fruto de um processo de repersonalização e despatrimonialização, no qual não há mais correlação entre incapacidade jurídica e deficiência. Existe, na verdade, a necessidade de desenvolvimento de instrumentos jurídicos de apoio e salvaguarda de promoção de autonomia e igualdade para o pleno exercício da capacidade civil. O critério de *status* volitivo de incapacidade substitui o critério discriminatório da aferição do discernimento e preserva os atos existenciais tutelados pela dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade.

3.4 Críticas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve um avanço nos direitos humanos e se passou a tratar a pessoa com deficiência como sujeito de direito, com plena capacidade em seus atos civis. Agora, é necessário se reconhecer a evolução da legislação no alcance de seus objetivos voltados à dignidade da pessoa humana e à igualdade. E, assim, refletir seus desafios em sua aplicação casuística. Segundo Graziuso (2016, p.11):

Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, sendo dramática a situação imposta a grupo de indivíduos que tanto precisam de proteção. Ao nivelar todos os tipos de deficiências mentais, o legislador ignora o fato de existirem diferentes níveis de incapacidade intelectual, sendo alguns casos extremamente graves, estando o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir qualquer ato da vida civil.

Alguns doutrinadores expressam a preocupação das pessoas com deficiência terem perdido a proteção do sistema de incapacidade e, assim, elas fiquem desprotegidas e

abandonadas, suscetíveis a consequências jurídicas negativas. Este abandono envolve uma importante parcela da população. Pedrini e Carvalho (2016, p. 51):

Destaca-se que esta nova regulamentação poderá acarretar consequências jurídicas negativas para essa parcela da população, especialmente, porque as previsões de incapacidade destinam-se, em verdade, a proteger as pessoas ali consideradas como incapazes e não estabelecer nenhum tipo de preconceito.

A constatação de abandono jurídico em casos excepcionais, especialmente para as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas deficientes, reflete perda de proteção jurídica quando não se recebe a proteção do sistema das incapacidades. De acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, esta situação será enquadrada como relativamente incapaz. Tartuce (2017b, p. 75):

Fica a dúvida se não seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas deficientes. O presente autor entende que sim, havendo proposição nesse sentido no citado Projeto de Lei 757/2015. Cite-se, a esse propósito, justamente a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa. No atual sistema, será enquadrada como relativamente incapaz, o que parece não ter sentido técnico-jurídico.

No caso de negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência, podem existir situações prejudiciais ao incapaz principalmente quando o mesmo for relativamente incapaz. Os negócios jurídicos celebrados por estes sujeitos que não puderem exprimir vontade são anuláveis e não nulos conforme o artigo 172 do Código Civil de 2002. A respeito do assunto, Pedrini e Carvalho (2016, p. 52) relatam:

Outra repercussão importante ocorrerá na seara dos negócios jurídicos, pois sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional que for considerado pessoa plenamente capaz, a partir da entrada em vigor do Estatuto, poderá celebrar negócios jurídicos sem qualquer restrição, pois não se aplicam as invalidades previstas nos artigos 166, I, e 171, I, do Código Civil.

Diante da aplicação casuística da boa-fé objetiva (artigos 113 e 422 do código civil) nos casos de análise de validade negocial, pode-se aplicá-la nos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência que estejam enquadradas como plenamente capazes ou relativamente capazes. Levando-se em conta a eticidade, a boa-fé objetiva exprime a tutela jurídica da confiança (lealdade e confiança). Com isso, é possível o magistrado apreciar a eficácia das relações contratuais celebradas e aplicar a boa-fé objetiva, evitando onerosidade excessiva e protegendo a confiança (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a regra da fluência da prescrição contra as pessoas com deficiência que não puderem exprimir vontade. Somente não correm os prazos prescricionais contra os absolutamente incapazes. Contra os relativamente incapazes, os lapsos prescricionais correm regularmente. Pedrini e Carvalho (2016, p. 52):

Outra consequência relevante refere-se à prescrição, haja vista que o artigo 198, I, do código civil prevê que não corre prescrição contra os incapazes de que trata o artigo 3 do Código Civil. Como as pessoas com deficiência não poderão mais ser consideradas absolutamente incapazes, em qualquer situação terão a prescrição correndo contra elas. Dessa forma, a previsão do Estatuto, retira-lhes a proteção assegurada pela suspensão da prescrição.

Com a mudança da legislação com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a necessidade de expressão de vontade no âmbito da relação contratual no contrato de doação traz prejuízos para as pessoas com deficiência. Cria um obstáculo à execução de um benefício ao próprio sujeito. Ribeiro (2015, p. 61):

No campo do direito dos contratos, [...] sendo o deficiente, o enfermo ou o excepcional, pessoa plenamente capaz, para receber doação terá de exprimir sua vontade, o que, atualmente, não é necessário em sendo absolutamente incapaz (art. 543 do CC). Hoje, a doação se aperfeiçoa sem que este manifeste sua vontade (há uma presunção da vontade). Com o Estatuto, essa pessoa, plenamente capaz, precisará aceitar a doação.

No caso da responsabilidade civil, o incapaz responde pelos prejuízos de acordo com o artigo 928 e §único do Código Civil de 2002 se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Não haverá o pagamento da indenização se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependerem. Ribeiro (2015, p. 61):

Na seara da responsabilidade civil, sendo o deficiente, o enfermo ou o excepcional, pessoa plenamente capaz passará a responder exclusivamente com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do Código Civil.

Diante das reflexões abordadas acima, a dignidade da pessoa humana deve norteá-las. O operador do direito ganha importância em seus desafios na aplicação casuística. E, com a evolução das discussões e dificuldades da aplicação do direito, ter esperança em uma resposta legislativa que repare possíveis injustiças.

3.5 Curatela

Com a formação de um novo sujeito de direito em pleno exercício de sua capacidade, a curatela se limitou aos atos de natureza patrimonial, de forma temporária e extraordinária. Além do mais, a repersonalização da pessoa com deficiência tornou os atos existenciais indisponíveis tutelados pela dignidade da pessoa humana e direito da personalidade. Segundo Pedrini e Carvalho (2016, p. 48):

O Estatuto também restringe a curatela somente aos atos de natureza patrimonial e negocial, em seu artigo 85. Nesse sentido, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto continuam inerentes, invioláveis ao próprio indivíduo, representando tal modificação uma tentativa para a concretização das garantias já positivadas em nossa Constituição Federal, sob a égide da igualdade entre todos e do fundamento da República Brasileira: a dignidade da pessoa humana.

Com o ingresso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento interno, as pessoas com *Síndrome de Down* passam por um processo de desenvolvimento de sua personalidade, saindo de um sistema de proteção ou paternalismo, assistencialista, de supressão de direitos fundamentais para um processo de inclusão social, de capacidade civil plena, no qual a interdição perde sua importância com a promoção da autonomia da vontade e da valorização das aspirações do sujeito. Segundo Diehl (2016a, p. 35): “O Estatuto afirma, expressamente, que a curatela é extraordinária, restrita aos atos de conteúdo patrimonial ou econômico, desaparecendo a figura da interdição completa, que significava, simbolicamente, uma morte civil”.

Mesmo diante da instituição de uma curatela, o direito da personalidade deve ser preservado. O direito ao casamento é um reflexo do processo da repersonalização, de ganho de autonomia da vontade e de afirmação de sua capacidade, decorre do direito da intimidade e da vida privada.

“Mesmo com o reconhecimento quanto à necessidade da instituição de uma curatela, há de se resguardar os direitos personalíssimos do indivíduo [...], a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para se casar [...] conforme o artigo 6º do Estatuto” (KIM; BOLZAM, 2016, p. 110).

A relação entre curatelado e curador é controlada pela boa-fé objetiva, instrumento de controle nas relações jurídicas de validade e eficácia. Este instrumento é importante por promover o bem-estar e o desenvolvimento do curatelado em uma relação de lealdade e confiança. Segundo Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 246):

A boa-fé objetiva como instrumento de controle da validade e eficácia de atos praticados pelo curatelado – Consubstanciando ideias de lealdade e confiança, a boa-fé objetiva é visivelmente comportamental, valorativa. Por isso, conquanto os atos existenciais praticados pelo curatelado sejam válidos, nada impedirá que, havendo afronta à boa-fé objetiva, venham a ser reconhecidos como inválidos ou ineficazes. Ou seja, os atos praticados pelos curatelados podem sofrer outros níveis de controle, judicial ou extrajudicial. Nada impede, por exemplo, que em uma entrevista sobre aspectos pessoais, o entrevistador, violando a boa-fé, viole a personalidade do curatelado, embora ele possa livremente abordar a sua vida privada.

Diante de uma nova orientação normativa e pela não mais aceita interdição total mecânica e automática, a definição da extensão da curatela passa a considerar, no primeiro momento, a capacidade do sujeito, o respeito pela sua intimidade, individualidade, atos existenciais, considerando o caso concreto e o grau de deficiência. Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 242):

A depender do grau de deficiência (física, mental ou intelectual) a curatela pode ter diferentes extensões. Isso porque, naturalmente, diversas são as consequências de uma determinada deficiência. É possível apresentar as seguintes espécies de curatela: i) o curador pode se apresentar como um representante do relativamente incapaz para todos os atos jurídicos, porque este não possui qualquer condição de praticá-los, sequer em conjunto. Seria o caso de alguém que se encontra no coma ou a quem falta qualquer discernimento; ii) o curador pode ser um representante para certos e específicos atos e assistente para outros, em um regime misto, quando se percebe que o curatelado tem condições de praticar alguns atos, devidamente assistido, mas não possui qualquer possibilidade de praticar outros, como exemplos, os atos patrimoniais; iii) o curador será sempre um assistente, na hipótese em que o curatelado tem condições de praticar todo e qualquer ato, dès que devidamente acompanhado, para sua proteção.

Já no caso específico da necessidade de uma curatela de uma pessoa em situação de institucionalização, pode-se lançar mão da curatela compartilhada, os autores Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 248) relatam:

Com vistas a garantir a presença constante do curador no dia a dia do curatelado, em especial quando estiver institucionalizado, é possível o juiz, de ofício ou a requerimento, estabelecer curatela compartilhada, nomeando duas ou mais pessoas para exercerem o múnus, simultaneamente.

Com a vigência da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a curatela são mecanismos de apoio e salvaguarda de promoção de autonomia da pessoa com deficiência, tornando-a ativa no seu processo de repersonalização, livre para o exercício pleno de sua capacidade. Além da curatela, é facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada (artigo 84, §2º, da Lei 13.146/2015).

3.6 Direito ao matrimônio

“O casamento civil, para o direito de família contemporâneo, pode ser definido com um ato de vontade” (ARAÚJO; ARAÚJO, 2014, p. 6). “[...] A despeito de ser um ato solene, é um ato de amor, de afeto. A família atual tem como base o respeito e o carinho de seus membros” (ARAÚJO; ARAÚJO, 2014, p. 9).

Amar é singular para esses sujeitos, sua afetividade se manifesta pelo carinho, sentimentos puros distantes das pessoas sem a *Síndrome de Down* (SCHAEFER et al, 2011).

O desenvolvimento da afetividade da pessoa com *Síndrome de Down* é intrínseco à sua existência. Para seu desenvolvimento, é essencial um grupo familiar que cultive amor, respeito à individualidade da pessoa com deficiência, aceite seus limites, acompanhe suas vitórias e derrotas. E só, assim, em pleno exercício de sua capacidade, a pessoa com *Síndrome de Down* poderá constituir sua família e viver com dignidade. Segundo Graziuso (2016, p.12):

Nas situações que envolvem afetividade, não há que se falar em representação, mas em responsabilidade pelo cuidado com o deficiente mental. De uma forma geral, o afeto é expressado de forma ainda mais intensa por este, em decorrência da sua imaturidade, devendo a pessoa que recebe o afeto deste ter ainda mais responsabilidade e cuidado, em um espaço de desenvolvimento mental precário, onde impulsos e sentimentos se confundem.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Caput do artigo 23 (RESENDE; VITAL, 2008) reprime a discriminação contra pessoas com *Síndrome de Down* nos aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos. Segundo Araújo e Araújo (2014, p. 13):

Isso porque a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual impede qualquer ato discriminatório em relação às pessoas portadoras de deficiência no país, acaba por tornar inviável a proibição do casamento dessas pessoas, a menos que tal medida encontre uma justificativa plausível, ou seja, que venha a se mostrar prejudicial para o próprio portador da doença.

Em sua plena capacidade, com promoção de autonomia, os atos existenciais são indisponíveis e tutelados pela dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade. O casamento é expressão do direito da personalidade, do direito da intimidade e da vida privada. Segundo Menezes (2015, p. 9):

Enquanto os atos civis patrimoniais impactam na esfera disponível do sujeito, os atos civis que operam no âmbito não-patrimonial tocam em interesses indisponíveis, intransmissíveis e, em geral, irrenunciáveis. Dada a proximidade entre esses últimos e os princípios da dignidade da pessoa, integridade psicofísica, igualdade a autonomia decisória do sujeito nessa área recebe proteção constitucional mais intensa. As escolhas realizáveis nessa esfera não são passíveis de se concretizar por meio da

representação, com a substituição de vontade; o agente (do ato civil que impacta nessa ordem de interesses) não pode ser pessoa diferente daquela que titulariza o direito. Assim é que o casamento não requer representação ou assistência.

O direito ao casamento é reflexo do direito da personalidade, advém do direito à intimidade e vida privada, está previsto no artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A vontade, elemento essencial no casamento, deve ser interpretada restritivamente considerando sua natureza personalíssima. Simão (2015, p. 3):

Segundo o artigo 85 do Estatuto o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, mas o parágrafo segundo que receberá o artigo 1550 do Código Civil prevê que vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Clara contradição entre dispositivos. A vontade é elemento essencial ao casamento e ninguém se casa senão por vontade própria. Admitir a vontade do curador como elemento suficiente para o casamento do deficiente é algo ilógico e contraria a personalidade do casamento, além de permitir fraudes perpetradas pelo casamento decorrente apenas da vontade do curador. O dispositivo deve ser interpretado restritivamente de acordo com a natureza personalíssima do casamento.

Em decorrência da nova teoria das incapacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência altera o Código Civil de forma promocional ao desenvolvimento da autonomia e à manifestação de vontade do novo sujeito de direito, preservando os atos existenciais. Segundo Dias (2016, p. 845):

O Estatuto da Pessoa com Deficiência autoriza o casamento de pessoas com deficiência mental ou intelectual. A manifestação de vontade pode ser expressa diretamente ou por meio de responsável ou curador (CC 1550 §2º). A pessoa com deficiência não necessita da autorização do curador para casar. A ausência de capacidade não faz nulo o casamento. É somente anulável se o noivo for incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco, o consentimento. A ignorância de deficiência não configura erro essencial por vício de vontade (CC 1550 IV, 1556 e 1557 III).

Com a alteração na teoria das incapacidades jurídicas, só existe a hipótese do absolutamente incapaz ser menores de 16 anos e, assim, afasta o enfermo mental da nulidade do casamento preservando os atos existenciais e sua autonomia da vontade. Trata-se de manifestação de suas vontades, afetos e amores.

O casamento do enfermo mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil foi abolido do artigo 1.548 do Código Civil, sendo, conseqüentemente, considerado como válido. Nesta oportunidade, somente o casamento contraído por infringência de impedimento restou como hipótese de nulidade (RODRIGUES, 2016, p. 361).

As críticas ao casamento se originam da perda da proteção ou paternalismo, que visava o patrimônio da pessoa com *Síndrome de Down*, e da, conseqüente, perda da segurança jurídica com a validade dos seus atos negociais com a nova teoria das incapacidades. Segundo Araújo e Araújo (2014, p. 15):

Os críticos ao reconhecimento do casamento entre pessoas portadoras de deficiência mental poderão argumentar que estas poderão estar sendo expostas a riscos caso tais uniões passem a ser permitidas pela lei. Além disso, colocam a prova a eficiência de uma relação cuja necessidade de intervenção de curadores se mostre necessária. Questionam ainda a questão de uma possível prole, e de como esta poderá ser devidamente cuidada por pessoas que talvez não consigam nem mesmo tomar conta de si mesmas.

O desejo de constituir família, de construção de vínculos afetivos, reflete dignidade, é dever do Estado a proteção da família, base da sociedade (Caput do artigo 226 da Constituição Federal de 1988).

As pessoas com a *Síndrome de Down* passam por um processo de desenvolvimento de sua personalidade, saindo de um sistema de proteção, de supressão de direitos fundamentais para um processo de inclusão social, de capacidade civil plena. E a curatela se torna medida extraordinária, temporária, restrita aos atos patrimoniais sem extensão aos atos existenciais. E, assim, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, surge o instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada como mecanismo de apoio e salvaguarda à plena capacidade civil e ao desenvolvimento de sua afetividade em uma sociedade participativa no processo de inclusão social no qual o grupo familiar e o Estado são a base para o pleno desenvolvimento do sujeito.

E, por fim, no próximo capítulo, vem demonstrar a importância da tomada de decisão apoiada como meio de maior autonomia da vontade da Pessoa com Deficiência para usufruir de sua capacidade plena e, assim, levar a uma viabilidade jurídica do casamento civil da pessoa com a síndrome.

4 A IMPORTÂNCIA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA PREVISTA NA LEI 13.146/ 2015 NO DIREITO AO MATRIMÔNIO DA PESSOA COM *SÍNDROME DE DOWN*

Diante de uma nova orientação normativa de inclusão social, de desenvolvimento do direito da personalidade, de dignidade da pessoa humana e de igualdade material, surgiu a responsabilidade de criação de instrumentos promotores de desenvolvimento humano, de empoderamento de sujeitos, preservação de autonomia da vontade.

Mesmo ainda muito recente toda essa mudança legislativa e ainda muito discutida por toda comunidade acadêmica, a pessoa com *Síndrome de Down* não está só na luta por seus direitos, seus familiares, o Estado e a sociedade precisam estar integrados e possuem o dever do cuidado isonômico de seus sujeitos. E, assim, vencendo todo seu processo mais lento de desenvolvimento biopsicossocial, deseja também exercer o direito ao matrimônio.

4.1 Tomada de decisão apoiada

Sob influência dos princípios da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) - “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima” -, o artigo 12, número 3, da CDPD (RESENDE; VITAL, 2008) determina a criação de instrumentos jurídicos de promoção de autonomia da pessoa com deficiência, tornando-a proativa no desenvolvimento de sua personalidade, livre para o exercício dos seus atos existenciais, livre para casar-se, desenvolver sua afetividade.

A CDPD também influencia outros ordenamentos jurídicos como o da Itália e o da Argentina, a discussão sobre capacidade civil da pessoa natural em consonância com os direitos humanos, os direitos da personalidade e a tomada de decisão apoiada se torna instrumento eficaz de proteção da pessoa na prática de atos da vida civil.

Tem-se apontado como fonte de inspiração do legislador para a criação do instituto, o *amministratore di sostegno* (administrador de apoio) inserido no direito italiano pela Lei nº 06, de 09 de janeiro de 2004 e /ou o artigo 43 do Novo Código Civil Argentino que define como apoio, “*qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que necessite, na tomada de decisão apoiada para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral*” (tradução nossa), o qual o legislador argentino denominou de “sistema de apoio ao exercício da capacidade” (RIBEIRO, 2016, p. 64, grifo do autor).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (artigo 116 da Lei nº 13.146/2015 c/c artigo 1.783 – A do Código Civil de 2002) institui o instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada, o qual valoriza a confiança e a voluntariedade nas suas relações entre apoiado e apoiadores. Segundo Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 243):

A partir do sistema implantado pelo Estatuto, a pessoa com deficiência que pode exprimir a sua vontade não está submetida ao regime das incapacidades jurídica - o que se mostra absolutamente pertinente e razoável. Somente as pessoas com deficiência que não puderem exprimir a sua própria vontade é que se emolduram nas compreensões da incapacidade jurídica (CC, art. 4, III). Todavia, as pessoas com deficiência (física, mental ou intelectual) que podem exprimir vontade - e que, por conseguinte, estão abrangidas pela plena capacidade - podem, eventualmente, precisar de cuidado, proteção. Exsurge, nessa arquitetura, a tomada de decisão apoiada, como um procedimento especial de jurisdição voluntária destinado à nomeação de dois apoiadores que assumem a missão de auxiliar a pessoa em seu cotidiano. Não se trata de incapacidade e, por isso, não são representantes ou assistentes.

Em seu processo de jurisdição voluntária, este instrumento jurídico recebe a crítica no sentido de não ser mais flexível o acesso ao apoio de promoção de autonomia. Poderia ser um tramite mais célere caso fosse possível se formalizar o termo de apoio em uma instância extrajudicial. Sendo assim, Reicher (2016, p. 19):

A necessidade de submeter o termo de apoio à aprovação de um juiz já foi objeto de críticas, pois mais uma vez uma chancela judicial seria necessária para que a pessoa com deficiência pudesse exercer seus direitos. Uma possível alternativa seria permitir que a formalização desse termo se desse em instância extrajudicial, como um cartório. Na prática, hoje tudo deve ocorrer no Judiciário. Outro ponto que ainda suscita dúvidas é se o juiz poderá se manifestar contrariamente à formalização do termo de apoio e os limites de uma eventual decisão nesse sentido.

E com o intuito de se privilegiar a autonomia da vontade da pessoa com deficiência, sua dignidade e seu direito da personalidade, deve-se evitar a imposição de um curador à sua revelia ou até mesmo contrário aos seus interesses. E, assim, Diniz (2016, p. 1008) relata: “o portador de deficiência conta, com o advento da Lei nº 13.146/2015, com um novel regime alternativo à curatela: a tomada de decisão apoiada (art. 84, parágrafo 2), que se diferencia da curatela porque possibilita que o deficiente decida sobre sua vida [...]”. Pedrini e Carvalho (2016, p. 50) também seguem esta ideia de promoção de autonomia em um exercício pleno de sua capacidade: “A tomada de decisão apoiada difere da curatela porque não retira ou interfere na capacidade civil da pessoa, apenas estabelecendo-lhe auxílio para prática de determinado ato”.

Ainda em defesa da preservação dos atos existenciais no processo de tomada de decisão apoiada, Tartuce (2017b, p. 77):

Com as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, será plenamente capaz, em regra, sujeito ao instituto da tomada de decisão apoiada, para os atos patrimoniais (novo art. 1.783-A do Código Civil). Para os atos existenciais familiares, o portador da *síndrome de Down* tem capacidade civil plena (art. 6º da Lei 13.146/2015).

A tomada de decisão apoiada é um modelo protecionista para pessoas plenamente capazes, porém em situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência. Ela estimula a plena capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016).

O respeito à autonomia do apoiado, à sua dignidade, à sua individualidade se manifesta na legitimidade para requerer o pedido de tomada de decisão apoiada (§2º do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002), mas também, na apresentação do termo firmado entre apoiado e apoiadores (§1º do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002), onde deve prevalecer a voluntariedade e a confiança do ato envolvido (§9º e §10º do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002). Isso porque “a tomada de decisão apoiada poderá ser diferente para cada sujeito, já que o termo que for apresentado é que especificará os limites do apoio” (REQUIÃO, 2016, p. 10). Além disso, os apoiadores deverão prestar contas de seus atos conforme o §11º do artigo 1.783 – A do Código Civil de 2002.

Segundo o §1 do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002:

Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (BRASIL, 2002).

No processo de conhecimento do pedido, o juiz inicialmente realizará um estudo sobre o caso em tela assistido por “equipe multidisciplinar, formada por psicólogo, assistente sociais, médicos e psiquiatras, se tanto exigir a situação” (DUARTE, 2016, p. 17). Após oitiva do Ministério Público e escuta pessoal do requerente e das pessoas que prestarão apoio, decidirá, levando-se em consideração o melhor interesse da pessoa com deficiência e sua dignidade, sobre o pedido de tomada de decisão apoiada (§3º do artigo 1.783 – A do Código Civil de 2002).

A voluntariedade neste instrumento jurídico se manifesta na relação entre apoiado e apoiador, tanto o apoiado possui o direito de, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo

firmado, quanto o apoiador pode solicitar ao juiz sua exclusão na participação do processo condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria (§9º e §10º do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002).

A tomada de decisão apoiada também “possibilita a prática de ato negocial em condição de igualdade com as demais pessoas e a preservação de seus bens. [...] Conduz [...] à validade do negócio efetuado pelo deficiente” (DINIZ, 2016, p. 1008). Isso nos termos dos §4º e §5º do artigo 1.783 – A do Código Civil de 2002. “Mesmo que apurado posteriormente algum grau de limitação da vontade, por doença física, mental e intelectual, ou sensorial, não se invalida o negócio, se tiver havido o apoio” (DUARTE, 2016, p. 17).

Agora, “caso o negócio jurídico venha a trazer algum risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão” (§6º do artigo 1.783 – A do Código Civil de 2002) (BRASIL, 2002). Já Ribeiro (2016, p. 67) “considera que a intervenção judicial para resolver a divergência entre a opinião dos apoiadores e apoiado é excessiva, vez que o instituto é um procedimento facultativo, proposto por pessoa capaz”.

Assim, em outra situação diferente da prevista neste parágrafo 6º do artigo 1.783 – A do CC/ 2002 deve prevalecer a escolha do apoiado em detrimento das manifestações dos apoiadores (REQUIÃO, 2016).

Caso o apoiador for negligente, não cumpra com seus deveres firmados em termo, não preste as contas devidas, a pessoa apoiada ou qualquer pessoa pode apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Se procedente, o juiz destituía o apoiador e, levando em consideração a escolha do apoiado, nomeará outro apoiador (§7º e §8º do artigo 1.783 – A do Código Civil de 2002).

A pessoa com *Síndrome de Down* possui na família sua base para seu desenvolvimento, mas almeja sua supervisão com preservação de autonomia, de sua dignidade, de seu direito de fazer escolhas. E, assim, conquistar sua independência, podendo exercer seu direito ao matrimônio. Segundo Lopes (2017, p. 67), a família é essencial no processo de tomada de decisão apoiada:

Faz-se notório, portanto, que a família, seguida de amigos e cuidadores comporão, de certo, o rol de apoiadores, razão pela qual se evidencia a importância da família no processo de empoderamento do portador de transtorno mental nesse novo modelo de capacidade civil trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A pessoa com deficiência possui a iniciativa de escolher seus dois apoiadores, sua escolha natural provém de seu ambiente sócio-afetivo, do seu grupo familiar, onde se cultivam vínculos de elo familiar favorável ao desenvolvimento humano. E, assim, “privilegia-se o espaço de escolha do portador de transtorno mental, que pode constituir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para auxiliar nos atos da vida” (REQUIÃO, 2016, p. 9). Neste mesmo sentido Sá e Cardoso (2017, p. 1341): “a tomada de decisão apoiada é um importante mecanismo de empoderamento das pessoas com necessidades especiais, permitindo-as exercer os atos da vida civil com o apoio de pessoas que gozem de sua confiança, sem, contudo, tolher-lhes a capacidade”.

Em um ambiente familiar estável, em equilíbrio psicossocial, onde se cultive amor, determinação e perseverança em suas conquistas e nas suas derrotas, mesmo diante do determinismo social, a família é capaz de irradiar acolhimento, valores humanos, culturais e de desenvolvimento humano. “A família é compreendida como um sistema onde cada membro influencia e afeta os outros. Ela, enquanto um grupo, tem seu funcionamento regular que permite uma certa estabilidade e regularidade para garantir o bem-estar dos membros” (PADUA; RODRIGUES, 2013, p. 2323).

Dessa forma, o sujeito cresce e se fortalece, podendo fazer uso de um instrumento empoderador, a tomada de decisão apoiada, que favorece seu progresso lado a lado a seus apoiadores, envolvidos pelo elo da afetividade. Assim, o grupo sócio afetivo é determinante para a liberdade, individualidade, autonomia da pessoa com *Síndrome de Down*. Seu desenvolvimento afetivo depende desse contexto familiar para seu sucesso enquanto novo sujeito de direito.

Toda uma orientação normativa que consagra os direitos humanos, os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana preserva a capacidade e incentiva seu exercício do autogoverno com aptidão de expressar sua vontade. Esta liberdade, voluntariedade e confiança expressa na tomada de decisão apoiada na relação entre apoiado e apoiadores é essencial para o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência no exercício de seus direitos personalíssimos como o direito ao matrimônio.

4.2 Evolução do pensamento jurisprudencial

4.2.1 Deficiência mental ou intelectual

Antes da nova redação do Código Civil de 2002 com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o casamento do absolutamente incapaz – enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil – era nulo conforme o Inciso I do artigo 1.548 do Código Civil de 2002. Por analogia se estendeu a nulidade do dispositivo à união estável. “Quer se considere a união estável um negócio jurídico, quer ato jurídico, a higidez mental é requisito essencial ao seu reconhecimento” (GRAZIUSO, 2016, p. 7) (§3º do artigo 226 da CF/1988; Caput do artigo 1723 do Código Civil).

O entendimento majoritário antes do Estatuto a respeito do casamento e/ou união estável do absolutamente incapaz consiste em não se reconhecer a união estável quando inviável juridicamente o casamento. Segue a jurisprudência do REsp 1201462/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA - ALTERAÇÃO DA BASE FÁTICA SOB A QUAL SE FUNDOU O ARESTO A QUO - IMPOSSIBILIDADE NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.7/STJ - PRETENSO COMPANHEIRO DESPROVIDO DO NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO PRETENDIDA (UNIÃO ESTÁVEL) - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não existe negativa de prestação jurisdicional no acórdão que, a despeito de adotar fundamento diverso daquele pretendido pela parte, efetivamente decide de forma fundamentada toda a controvérsia, como sucede in casu. 2. O recurso especial presta-se a denir a interpretação da lei federal e não a rediscutir a base fática sobre a qual se fundou o acórdão recorrido. 3. Se o “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (artigo 1.548, inciso I, do Código Civil) não pode contrair núpcias, sob pena de nulidade, pela mesma razão não poderá conviver em união estável, a qual, neste caso, jamais será convertida em casamento. A adoção de entendimento diverso, data venia, contrariaria o próprio espírito da Constituição Federal, a qual foi expressa ao determinar a facilitação da transmutação da união estável em casamento. 4. A lei civil exige, como requisito da validade tanto dos negócios jurídicos, quanto dos atos jurídicos - no que couber -, a capacidade civil (artigo 104, 166 e 185, todos do Código Civil). 5. Não só pela impossibilidade de constatar-se o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável, tem-se que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob tal vínculo. 6. Recurso especial desprovido (BRASIL, 2011b).

De outro lado, diante de casos particulares, quando se observava a existência de união de fato, contínua e prolongada e a existência de filhos da relação, os magistrados

aplicavam a normativa constitucional que determina a facilitação da conversão das uniões estáveis em casamento, bem como, preservavam a saúde psíquica dos interditados. E, assim, davam provimento ao feito.

Os julgados reconheceram que diante de situações peculiares que indiquem a existência de união de fato, contínua e prolongada, deve-se dar primazia para a normativa constitucional que determina a facilitação da conversão das uniões estáveis em casamento; bem como observaram que eventual negativa à pretensão do casal poderia prejudicar a saúde psíquica dos interditados.

Ademais, foi ressaltado que, se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, o Juízo não estaria obrigado a observar a legalidade estrita, consoante autoriza o art. 1.109 do Código de Processo Civil (MPPR, 2013, p. 8).

Com a nova Teoria da Incapacidade Civil do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foram revogados os incisos do artigo 3º e o inciso I do artigo 1.548 do Código Civil de 2002 e, assim, afastou-se a nulidade do casamento do enfermo mental - sem o necessário discernimento para os atos da vida civil – pois o mesmo não é mais absolutamente incapaz, restando o entendimento por sua validade.

“Decorrência natural da possibilidade de a pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, desapareceu o interesse de agir do apelante, que pode proceder à sua habilitação diretamente no Ofício de Registro Civil, mesmo escudado no curador” (BRASIL, 2016a, p. 5).

Na presente situação fática da Apelação Cível nº 70070435912 de pedido de autorização para casamento de um deficiente mental (Transtorno Esquizofrênico), o Desembargador Relator Rui Portanova do TJRS reconhece em seu voto as dificuldades sofridas e as peculiaridades do caso para a obtenção do alvará de habilitação para o casamento.

“Todavia, as peculiaridades do caso, as dificuldades até então sofridas, os embargos oficiais ao casamento, impelem a que se outorgue em Grau Recursal o alvará que permita promover a habilitação para o casamento” (BRASIL, 2016a, p. 5).

Tomando-se como base a aplicação casuística da dignidade da pessoa humana, do direito da personalidade e do princípio da igualdade, deve-se definir o grau de limite de incapacidade da pessoa com deficiência no processo de interdição para estabelecer “[...] uma "zona" de preservação da liberdade, imune à intervenção estatal, em nome do valor da preservação da individualidade [...]” (MAROTTA, 2018, p. 18, grifo do autor), da intimidade, da autonomia preservando atos existenciais no exercício dos seus direitos do artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Não existe mais a interdição total de forma mecânica e imediata, a regra inicial é a capacidade.

“A partir deste marco de explicitude legal não há reconhecimento pleno, total e absoluto de incapacidade da pessoa, não se embargam todos os atos da vida civil, senão apenas para alguns atos da vida civil, ou seja, a interdição há de ter limites plausíveis” (BRASIL, 2016a, p. 4).

Além do mais, assegurar a manifestação de vontade pessoal do curatelado em interpretação restritiva, não se aceitando a interpretação do §2º do artigo 1.550 do Código Civil de 2002, no exercício de seu Direito ao Matrimônio é essencial para confirmação do ato personalíssimo, para proteção do sujeito de direito e para se evitar possíveis fraudes.

4.2.2 Pessoa com *Síndrome de Down*

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com *Síndrome de Down* estava inserida no inciso III do artigo 4º do Código Civil de 2002 – excepcionais sem desenvolvimento completo. Inseridas no grupo dos relativamente incapazes, a pessoa com deficiência necessitaria de um curador para o exercício dos atos da vida civil (RORIGUES, 2016).

Dessa forma, a hipótese de uma posição negativa do representante legal levava à nulidade dos negócios jurídicos praticados por esses sujeitos. Nesse contexto, o casamento da pessoa com Síndrome de Down só se tornaria viável juridicamente caso fosse interditada (MPPR, 2013; RORIGUES, 2016). De acordo com o poder judiciário, elas não possuíam capacidade para compreender os atos da vida civil, o que as impedia de manifestar sua vontade (RORIGUES, 2016).

As pessoas com *Síndrome de Down*, após longos anos de luta e de políticas de inclusão, demonstraram possuir o discernimento para compreender a importância do matrimônio. Assim, o grau de incapacidade da pessoa com *Síndrome de Down* deveria ser definido de forma casuística no próprio processo de interdição (TOMAZETTE; ARAÚJO, 2015). No mesmo sentido Rodrigues (2016, p. 361) entende que “há a possibilidade da interdição [...] ser concedida através de uma curatela parcial. Sob esta perspectiva, coube ao Poder Judiciário identificar os graus de desenvolvimento das pessoas portadoras da *Síndrome de Down*”.

A interdição da pessoa com deficiência como regra absoluta reflete supressão de direitos fundamentais e de perda de autonomia de sua própria manifestação de vontade para seu representante legal. A preocupação patrimonial está acima da preocupação com o próprio desenvolvimento do sujeito.

A doutrina majoritária rechaça o casamento de pessoa interditada, mas admite que os indivíduos relativamente incapazes contraíam núpcias, desde que haja outorga de autorização do curador ou suprimento judicial. Parcela da jurisprudência apoia essa restrição de forma absoluta, sem distinção entre as pessoas totalmente ou relativamente incapazes, porém há julgados que excepcionam o impedimento diante de situações peculiares que apontam para a existência de prévia união de fato (MPPR, 2013, p. 14).

No processo de interdição deveria ser definida o real limite de sua incapacidade, ou seja, em qual situação o incapaz precisaria ou não da assistência do curador, inclusive para casar. Certamente o matrimônio não estaria entre as restrições impostas ao interditado, se ele mostrasse ter consciência da importância do ato (TOMAZETTE; ARAÚJO, 2015).

“Antes, para se casarem no cartório, os noivos dependiam do consentimento de seus pais ou responsáveis legais, além da elaboração de uma ação judicial, que exigia a autenticação de um juiz, não concedida por magistrados mais conservadores” (IBDFAM, 2016).

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não há mais que se falar em restrições dos interditados sob a figura da curatela. Diante disso, a pessoa com *Síndrome de Down* se tornou plenamente capaz e apta para a prática dos atos da vida civil (RODRIGUES, 2016).

“Contudo, a autorização legal para a celebração do casamento [...] tornou-se um ato desnecessário, bastando [...] afeto e o alcance da idade núbil pelos nubentes. Todavia, [...] as restrições patrimoniais foram mantidas de acordo [...] o artigo 1.783 do Código Civil de 2002” (RODRIGUES, 2016, p. 361). “Agora, basta que o casal leve os documentos ao Cartório de Registro Civil, apresente as testemunhas e assine um papel que atesta a espontânea vontade de ambos de se tornarem cônjuges” (IBDFAM, 2016).

Diante de uma luta constante contra a discriminação e a cerca dos questionamentos sobre a real capacidade dos sujeitos, a sempre presente preocupação sobre a exposição do patrimônio do incapaz na evolução de pensamento jurisprudencial aniquila a sua existência em favor da vontade do representante legal. Nesse contexto, a sociedade patrimonialista pouco aprofunda estes temas existenciais na jurisprudência nacional. “Em pesquisa na jurisprudência nacional indentificamos que o tema é pouco explorado e profundamente debatido” (MPPR, 2013, p. 4).

Agora com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a não mais necessária autorização legal para o casamento desde janeiro de 2016, espera-se uma ampla discussão da aplicação da dignidade da pessoa humana e igualdade material com a finalidade

de garantia de desenvolvimento humano da pessoa com deficiência. Assim, a família, a sociedade e o Estado possuem responsabilidades no cuidado isonômico destes sujeitos.

“Em 29 de julho, o Cartório de Registro Civil de Umuarama – cidade paranaense – oficializou a união entre um casal com *Síndrome de Down*. Juntos há três anos, os jovens se decidiram pelo matrimônio no início do ano” (IBDFAM, 2016).

A supressão ou restrição do direito ao matrimônio restringe a existência humana de todas as pessoas com deficiência. Avanços são observados no caminho da garantia da dignidade da pessoa humana.

Como mecanismo de avanço de dignidade, a tomada de decisão apoiada - instrumento jurídico voluntário de apoio ao pleno desenvolvimento e ao exercício de seus direitos - surgiu como empoderadora de sujeitos proativos em plena participação na sociedade. Para este fim, um ambiente de grupo familiar com estabilidade emocional, irradiando pelo amor e aceitação, é essencial tanto para o desenvolvimento humano enquanto sujeito, quanto para o desenvolvimento afetivo de relações sociais, amorosas e de constituição de família.

4.3 Análise do caso apelação cível nº 20100710240789APC

4.3.1 Exposição fática e de direito da decisão

O caso em tela - recurso de Apelação Cível nº 20100710240789APC do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Anexo A) - se apresenta o pedido de suprimento judicial – procedimento de jurisdição voluntária – postulado por S. A. C., rep. por D. A. S., e S. A. C., objetivando autorização para contrair matrimônio. Poder o curador do deficiente mental representá-lo na decisão de contrair núpcias.

A procuradoria de Justiça deu conhecimento e provimento ao recurso (BRASIL, 2011a).

O apelante S. A. C. convive maritalmente com a interessada desde 2006, relacionamento do qual adveio uma filha menor impúbere, havendo notícias de estarem esperando gêmeos. Relação essa que já perdura há aproximadamente cinco anos. Manifestam o interesse de contrair núpcias, destacando que o regime a ser adotado seria o da separação total de bens (BRASIL, 2011a).

O apelante é deficiente mental e interditado devidamente representado por curadora nomeada, a sra. D.A.S., sua genitora, responsável pela prática de “quaisquer atos legais”, ressalvado apenas a alienação e a oneração de seus bens. Sendo assim, a curadora assumiu o

múnus público de administrar toda a vida do interditado, a exceção de seus bens. Ademais não se vislumbra interesses conflitantes (BRASIL, 2011a).

O Relator Senhor Desembargador passa a fundamentar seu voto que foi seguido por unanimidade pelos nobres pares da 6º Turma Cível.

O magistrado considerou o convívio marital de cinco anos e a existência de uma filha da relação para levar em consideração a tutela constitucional e a legislação infraconstitucional em facilitar a conversão da união estável em casamento (§3º da CF/1988 e artigo 1726 do CC/2002) (BRASIL, 2011a).

Além disso, o pedido de habilitação de casamento envolve direitos além do direito de contrair núpcias. O fato de não estarem legalmente casados e de praticarem a relação sexual sem a benção da Igreja Evangélica causava constrangimento – pressões do pastor da igreja para regularizar civilmente a situação -, violação da honra objetiva e subjetiva e até certa restrição ao exercício da fé (BRASIL, 2011a).

Assim, deve-se levar em conta os direitos da personalidade de inviolabilidade da honra das pessoas e na liberdade de consciência e de crença, assegurados pelo artigo 5º, incisos X e IV da CF/1988 (BRASIL, 2011a).

A vedação de qualquer forma de discriminação está presente também na fundamentação levando em consideração os fundamentos republicanos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011a).

Diante do exposto em fundamentação, o Relator não enxerga ser razoável o indeferimento da supressão de consentimento. Lembrando que em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar conveniente ou oportuna nos termos do artigo 1.109 do CPC/1973. Assim, foi concedida o provimento do recurso por unanimidade na 6º Turma Cível, a fim de autorizar o postulado casamento (BRASIL, 2011a).

4.3.2 Análise crítica

O caso em tela se observa a existência de união de fato, contínua e prolongada com a existência de uma filha advinda da relação e esperando gêmeos, onde deve-se dar prioridade à normativa de conversão de união estável em casamento (MPPR, 2013). Isso segundo o §3º do artigo 226 da CF/1988 e artigo 1726 do Código Civil de 2002. Além disso, há casos em que a jurisprudência é favorável ao casamento caso haja “[...] outorga de autorização do curador

[...]” (MPPR, 2013, p. 14). Essa exigência pela autorização do curador reflete preocupação patrimonial, supressão de direitos fundamentais do deficiente mental e perda de autonomia.

“O casamento constitui na união legal, formal e solene, entre homem e mulher, com o propósito de constuir família, a partir da comunhão plena de vida, e com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2011a, p. 3).

Enquanto entidade familiar, o casal possui o livre direito ao planejamento familiar (§7º do artigo 226 da Constituição Federal), respeitados os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, e o de exercer direitos sexuais e reprodutivos (inciso II do artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência). O exercício do planejamento familiar é direito assegurado a todos os cidadãos através da Lei nº 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar.

Em consequência da não regulamentação civil do casamento, o pastor da Igreja Evangélica pela “não bênção da relação” não autorizava a relação sexual fora do casamento e, assim, pressionava o casal pela regularização da situação.

Expôr a pessoa com deficiência ao constrangimento - violação a direitos da personalidade assegurados pelo artigo 5, inciso X e IV, da CF/1988 – em meio a seu grupo social religioso onde se desenvolvem relações sociais de amizade e familiar traz indiretamente consequências ao direito de inclusão social (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD) desses sujeitos, inibindo de certa forma sua participação em eventos sociais e religiosos. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal regulamentar a proteção e integração social da pessoa com deficiência (Inciso XIV do artigo 24 da CF/1988).

A decisão também combateu a discriminação, mas não tomou como orientação normativa a força constitucional da CDPD recepcionada como emenda constitucional pelo ordenamento jurídico e, sim uma linha alternativa de argumentação, a dignidade da pessoa humana e os fundamentos republicanos da cidadania.

Na mesma linha de pensamento, a CDPD no Caput do artigo 23 (RESENDE; VITAL, 2008) reprime a discriminação contra pessoas com deficiência nos aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos.

O apoio da curadora D. A. S., sua genitora, ao deficiente mental S. A. C. no caso concreto para a confirmação do exercício de seu direito ao matrimônio refletiu um ambiente de entendimento entre os integrantes do grupo sócio afetivo com o intuito de o casal assumir seu compromisso com a sociedade e se integrar ainda mais aos espaços sociais dos quais participa. “A família é compreendida como um sistema onde cada membro influencia e afeta os outros. Ela, enquanto um grupo, tem seu funcionamento regular que permite uma certa estabilidade e

regularidade para garantir o bem-estar dos membros” (PADUA; RODRIGUES, 2013, p. 2323). Isso mostra que o direito ao matrimônio possui também essa função de inclusão social já que o grupo social do qual participa valoriza essa condição da benção da Igreja Evangélica.

Hoje, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, preservando os atos existências e personalíssimos como o direito ao matrimônio. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (Caput do artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Decorrência natural da possibilidade de a pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, desapareceu o interesse de agir do apelante, que pode proceder à sua habilitação diretamente no Ofício de Registro Civil, mesmo escudado no curador. Todavia, as peculiaridades do caso, as dificuldades até então sofridas, os embargos oficiais ao casamento, impelem a que se outorgue em Grau Recursal o alvará que permita promover a habilitação para o casamento (BRASIL, 2016a, p. 5).

Em alternativa à curatela, pode-se lançar mão do instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada, baseada na confiança e voluntariedade, como meio empoderador, de liberdade, autonomia e de desenvolvimento humano. A pessoa com deficiência em um meio familiar estável pode escolher os dois apoiadores de seu grupo sócio afetivo para auxiliá-la na vida cotidiana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tinha por objetivo analisar a tomada de decisão apoiada prevista na Lei nº 13.146/2015 como meio que possibilite a autonomia da vontade à pessoa com Síndrome de Down - baseada na dignidade da pessoa humana e no processo de repersonalização do modelo social da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência - e assegure a prática do ato negocial em uma relação de confiança e voluntariedade para a concretização de sua afetividade no casamento civil e na vida em sociedade.

Dessa maneira, no primeiro momento, buscou-se analisar aspectos da *Síndrome de Down*, suas limitações biológicas, e os desafios ao processo de inclusão relatando a discriminação enfrentada para sua consolidação tanto em relação à sua sexualidade quanto ao planejamento familiar e ao desenvolvimento de sua afetividade no plano familiar.

Tomando como base o que foi proposto acima, pode-se apresentar como resultado que a pessoa com *Síndrome de Down*, vítima dos determinantes sociais e, em menor grau, de sua herança genética, sofre o preconceito junto com sua família no momento mais vulnerável e crucial para seu desenvolvimento mental e físico: o seu nascimento. No decorrer de suas relações sociais dentro e fora de sua família, o grupo sócio afetivo e o Estado devem garantir dignidade, combater a discriminação e integrar estes sujeitos em suas relações sociais, afetivas na escola, na sociedade. O desenvolvimento de sua sexualidade deve ser tratado com naturalidade e com orientação sexual, respeitando sua autonomia. E, assim, viabilizar um ambiente favorável ao desejo de se constituir família. O sucesso de uma vida digna para a pessoa com *Síndrome de Down* passa pelo amor, pelo respeito.

Em meio aos desafios ao processo de inclusão, constatou-se, também, a importância de uma estabilidade na convivência entre os integrantes do grupo sócio afetivo, uma estabilidade emocional para a plena inclusão da pessoa com deficiência nos espaços sociais e, assim, desenvolver sua afetividade.

Em seguida, com o advento da Lei nº 13.146/2015, avaliaram-se as alterações de dispositivos no Código Civil de 2002 na órbita da capacidade civil da pessoa com a *Síndrome de Down*, conferindo que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Do estudo realizado a cerca do que foi proposto acima, pode-se apresentar como resultado que as pessoas com a *Síndrome de Down* passam por um processo de desenvolvimento de sua personalidade, saindo de um sistema de proteção, de supressão de direitos fundamentais

para um processo de inclusão social, de capacidade civil plena - não há mais correlação entre incapacidade e deficiência. Decorrente da plena capacidade da pessoa com Síndrome de Down não há impedimentos legais para o casamento civil. E, assim, a curatela se torna medida extraordinária, temporária, restrita aos atos patrimoniais sem extensão aos atos existenciais. Já com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, surge o instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada como mecanismo de apoio e salvaguarda à plena capacidade civil e ao desenvolvimento de sua afetividade em uma sociedade participativa no processo de inclusão social no qual o grupo familiar e o Estado são a base para o pleno desenvolvimento do sujeito.

E, por fim, passou a demonstrar a importância da tomada de decisão apoiada como meio de maior autonomia da vontade da Pessoa com Deficiência para usufruir de sua capacidade plena e, assim, levar a uma viabilidade jurídica do casamento civil da pessoa com a síndrome.

Do objeto do estudo proposto acima, toda uma orientação normativa que consagra os direitos humanos, os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana preserva a capacidade e incentiva seu exercício do autogoverno com aptidão de expressar sua vontade. Esta liberdade, voluntariedade e confiança expressa na tomada de decisão apoiada na relação entre apoiado e apoiadores são essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência no exercício de seus direitos personalíssimos como o direito ao matrimônio.

Ainda neste momento, buscou-se trabalhar o pensamento jurídico de forma casuística sobre o pedido de habilitação do casamento da pessoa com Síndrome de Down. E foi observado durante o estudo uma resistência inicial à concessão deste direito por uma questão de proteção patrimonial e de questionamentos a cerca de sua real capacidade de compreender o ato de casar-se. Dessa forma, determinou-se como regra absoluta a outorga do representante legal para o provimento da habilitação do casamento, e, mesmo com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a autorização legal para o casamento civil tornar-se ato desnecessário, a discriminação continua a ser observada. Agora, basta afeto e alcance de idade núbil. Os nubentes bastam levar os documentos e testemunhas ao Cartório de Registro Civil.

Pretendeu-se como hipótese afirmar que a pessoa com a *Síndrome de Down* pode lançar mão do instrumento jurídico da tomada de decisão apoiada como meio de garantia de maior autonomia da vontade, viabilizando o direito ao matrimônio e o desenvolvimento de sua afetividade no plano familiar. Assim, assegurar o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (Caput do artigo 84 da Lei 13146/2015).

A hipótese foi alcançada mesmo com toda resistência da sociedade e do pensamento jurídico encontrada ao longo da realização do presente trabalho. A sociedade e o Estado não

acompanharam a evolução legislativa, ainda há presença de discriminação, de dificuldade de inclusão e de acolhimento das famílias e seus filhos com deficiência mental. Sem um avanço no processo de inclusão, existe o risco do aumento da discriminação e do preconceito desses sujeitos e suas famílias. E, assim, o não alcance de uma estabilidade emocional entre os integrantes do grupo sócio afetivo, uma não aceitação mútua, leva a não eficiência de instrumentos jurídicos como a tomada de decisão apoiada.

Diante de toda uma reflexão de inclusão social para alcance de direitos personalíssimos, o combate a desinformação a respeito da *Síndrome de Down* é essencial para um futuro de respeito à diversidade. Dessa forma, o acesso à informação pode eliminar a discriminação. Só uma sociedade bem informada e consciente do valor humano das pessoas com deficiência pode transformar essa realidade e acolhê-las na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Entende-se que o casamento da pessoa com *Síndrome de Down* reflete um avanço no caminho da garantia da dignidade da pessoa humana, do direito e da justiça. A supressão ou restrição deste direito restringe a humanidade de todas as pessoas.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, A. Esterilização compulsória de pessoas com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. **Revista Bioethikos**, São Camilo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013.

ALVES, J. F. O incapaz casado. **Blogger Professor Flávio Tartuce**, 2015. Disponível em <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/08/o-incapaz-casado-por-jones-figueiredo.html>>. Acesso em: 11/05/2017.

ARAÚJO, Y. R. S. de; ARAÚJO, A. T. S. de. A viabilidade jurídica do casamento dos portadores de síndrome de down como forma de inclusão social. **III Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas – III CONAPE**. Francisco Beltrão/ PR, Outubro, 2014. Disponível em <http://cac-php.unioeste.br/eventos/conape/anais/iii_conape/Arquivos/Artigos/Artigoscompletos/DIREITO/5.pdf> Acesso em: 11/05/2017.

BARROS, S. R. de. A tutela constitucional do feto. In: Pereira, R. da C. **Família e dignidade humana**. Belo Horizonte: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf>. Acesso em: 06/03/2018.

BASTIAN, I. O. **A capacidade jurídica da pessoa com deficiência**: da tutela institucional a tomada de decisão apoiada. 2016. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná – Curso de Direito, Curitiba, 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 01/05/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível** nº 20100710240789APC. Apelante: S. A. C. rep. Por D. A. S. E OUTROS. Apelado: N. H. Relator: Desembargador José Divino de Oliveira. Revisora: Desembargadora Vera Andrichi. 6º Turma Cível. Acórdão 491.959. Brasília, 2011a. Julgado em 23/03/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. **Recurso Especial** nº 1.201.462 - MG. Ação declaratória de reconhecimento de união estável. Recorrente: S. S. R. Recorrido: A. P. C. B. E. Outros. Relator: Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, Brasília, 2011b. Julgado em 14/04/2011, Dje 27/04/2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº 70070435912. Apelante: M. G. S. Apelado: A. J. Interessado: G. P. G. Relator: Desembargador Rui Portanova. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado. Porto Alegre, 2016a. Julgado em 13/10/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa. **Ação direta de inconstitucionalidade** nº 5357 MC- REF/ DF. Medida cautelar. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Amicus Curiae. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Brasília, 2016b. Julgado em 09/06/2016. Processo Eletrônico DJe-240. Divulgação: 10-11-2016. Publicação: 11-11-2016.

BONOMO, L. M. M.; GARCIA, A.; ROSSETTI, C. B. O adolescente com síndrome de down e sua rede de relacionamentos: um estudo exploratório sobre suas amizades. **Psicologia: Teoria e Prática**, Vitória, v. 11, n. 3, p. 114-130, 2009.

CASTRO, A. S. A.; PIMENTEL, S. C. Síndrome de Down: desafios e perspectivas na inclusão escolar. In: DÍAZ, F. et al. **Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas** [online]. Salvador: EDUFBA, 2009.

COSTA, A. M. G. M. da; BRANDÃO, E. S. C. As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. **TJRJ**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>>. Acesso em: 13/02/2018.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIEHL, F. **A constituição de família por indivíduos com síndrome de down – considerações acerca do estatuto da pessoa com deficiência (Lei n.º 13146/2015)**. 2016a. Monografia (Graduação) - Centro Universitário UNIVATES - Curso de Direito, Lajeado, 2016a.

_____. O planejamento familiar das pessoas com deficiência. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, 2016b. Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17719>. Acesso em: 01/11/2017.

_____.; HAMMES, L.V. S. A preservação do direito fundamental à vida e o instituto da capacidade civil relativa das pessoas com deficiência. **XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/15792/3691>>. Acesso em: 01/11/2017.

DINIZ, M H. Influência da Lei nº 13.146/2015 na teoria das incapacidades do direito civil brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Ano 2, n. 5, p. 981-1014, 2016.

DONIZETTI, E.; QUINTELLA, F. **Curso didático de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUARTE, R. S. **A legalidade do casamento entre portadores de síndrome de down**. 2016. Monografia (Graduação) – Ciências Aplicadas Sociais da Universidade Camilo Castelo Branco – Curso de Direito, Fernandópolis, 2016.

FARIAS, C. C. de; CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRAZIUSO, B. K. A impossibilidade da união estável do deficiente mental: uma crítica ao estatuto da pessoa com deficiência. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-15, 2016.

GUSMÃO, F. AF.; MOREIRA, L.MA. Aspectos genéticos e sociais da sexualidade em pessoas com síndrome de Down. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, Salvador, v. 24, n. 2, p. 94-99, 2002.

HOLLERWEGER, S.; CATARINA, M. B. S. A importância da família na aprendizagem da criança especial. **Revista de educação do IDEAU**, Erechim, v. 9, n. 19, p. 1 – 12, 2014.

IBDFAM. **Deficiência intelectual deixa de ser um impeditivo para o casamento**, 2016.

Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/noticias/6081/Defici%C3%Aancia%20intelectual%20deixa%20de%20ser%20um%20impeditivo%20para%20o%20casamento>>. Acesso em 07/05/2018.

JORNAL DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **Casal com síndrome de Down completa 23 anos de cassados**, 2017. Disponível em

<http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/mundo/2017/03/21/interna_mundo,695152/casal-com-sindrome-de-down-completa-23-anos-de-casado.shtml>. Acesso em: 01/11/2017.

JORNAL DO SENADO. **Lei facilita casamento de deficiente intelectual**, 2016. Disponível em

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522917/cidadania563.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25/10/2017.

JORNAL O POPULAR. **Casal com síndrome de Down realiza sonho de subir ao altar**,

2014. Disponível em <<https://www.opopular.com.br/editorias/cidade/casal-com-s%C3%ADndrome-de-down-realiza-sonho-de-subir-ao-altar-1.740479>>. Acesso em: 25/10/2017.

JÚNIOR, A. L.; BARBOSA, A. S. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 8, 2016.

KIM, R. P.; BOLZAM, A. C. Paradoxos decorrentes da interpretação do estatuto da pessoa com deficiência sobre a capacidade civil. In: KIM, R. P.; MAFRA, T. C. M. **Direito civil constitucional** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: CONPEDI, p. 98 – 118, 2016.

LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99 – 109, 1999.

_____. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 11/05/2017.

LOPES, A. S. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo modelo de capacidade civil dos portadores de transtorno mental: o desafio de empoderar.** 2017. Monografia (Graduação) - Universidade Federal da Bahia – Curso de Direito, Salvador, 2017.

LIMONGI, V. C. de S. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental.** 2017. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Curso de Direito. São Paulo, 2017.

MAROTTA, W. Voto desembargador. In: BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Arguição inconstitucionalidade** n° 1.0000.17.034419-6/002 – Comarca de Uberaba. Relatora: Desembargadora Márcia Milanez. Requerentes: Desembargadores da 4º Câmara Cível. Requeridos: Desembargadores do Órgão especial de Belo Horizonte. Interessado: Carlos Humberto Azevedo Cury, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. D.ata de Julgamento: 14/03/2018. Data da Publicação: 23/03/2018.

MARQUES, P. Mãe de criança com Síndrome de Down narra experiência de luta e amor. **Revista Conecta TJPE**, 2018. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/web/revista-conecta-tjpe/-/mae-de-crianca-com-sindrome-de-down-narra-experiencia-de-luta-e-amor?inheritRedirect=true>>. Acesso em: 28/04/2018.

MARTIN, A. G.; GONÇALVES, A. C. P. A nova capacidade jurídica da pessoa com deficiência e o exercício do direito ao casamento e à sexualidade: a necessária revisão do instituto da curatela. In: BEZERRA, E. V.; TEIXEIRA, J. P. A.; FEITOSA, M. L. P. DE A. M. **Direito civil constitucional** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: CONPEDI, p. 5 – 24, 2016.

MENEZES, J. B. 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. **Civilista.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 02/11/2017.

MOREIRA, L. M. A.; EL-HANIB, C. N.; GUSMÃO, F. A. F. A síndrome de Down e sua patogênese: considerações sobre o determinismo genético. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 22, n. 2, p. 96-99, 2000. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v22n2/a11v22n2.pdf>>. Acesso em: 01/11/2017.

MPPR. CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA CÍVEIS FALIMENTARES, DE LIQUIDAÇÕES EXTRAJUDICIAIS, DAS FUNDAÇÕES E DO TERCEIRO SETOR. **CONSULTA N° 57/2013** – CAOP Cível. OBJETO: Procedimento de Habilitação de Casamento – Nubente Incapaz e Interditado em razão de Doença Mental – Matéria Controvertida na Doutrina e na Jurisprudência – Necessidade de Análise do Caso Concreto. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/consulta_57_Antonina_habilitacao_casamento_interditado.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

PADUA, E. S. P. de; RODRIGUES, L. Família e deficiência: reflexões sobre o papel do psicólogo no apoio aos familiares de pessoas com deficiência. **VIII Encontro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Educação Especial**, Londrina, 2013.

PEDRINI, T. F.; CARVALHO, L. A modificação da teoria das capacidades diante da aprovação do estatuto da pessoa com deficiência no direito processual civil. **Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil**. Itajaí/ SC, 2016. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10175>> Acesso em: 12/02/2018.

PIRES, A. B. M.; BONFIM, D.; BIANCHI, L. C. A. P. Inclusão social da pessoa com Síndrome de Down: uma questão de profissionalização. **Revista Arquivos de Ciências da Saúde**, v. 14, n. 4, p. 203 – 210, 2007.

REICHER, S. C. A capacidade legal das pessoas com deficiência: novo marco regulatório propõe um panorama de maior autonomia e emancipação para as pessoas com deficiência intelectual. In: LOPES, A. C. Caminhos para inclusão: convenção da ONU e novo marco regulatório do Brasil estabelecem um panorama de maior autonomia e emancipação para as pessoas com deficiência intelectual. **Revista Deficiência Intelectual**, São Paulo, ano 6, n. 10, p. 1 – 56, 2016. Disponível em < <http://pt.calameo.com/read/001347252ccac991698df> >. Acesso em 18/04/2018.

REQUIÃO, M. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, v. 6, p. 37 – 54, 2016.

RESENDE, A. P. C. de; VITAL, F. M. de P. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

RIBEIRO, I. P. A capacidade civil de exercício de direitos e a tomada de decisão apoiada. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 58 – 73, 2016.

RIBEIRO, M. P. de Á. Estatuto da pessoa com deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 58-64, 2015.

RODRIGUES, M. M. As alterações do código civil de 2002 pela lei 13146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – e seus reflexos no casamento. **Letras Jurídicas**, n. 6, p. 356 – 363, 2016.

ROSENVALD, N. Aplicação no Brasil da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, Portugal, n.4, p. 123-143, 2016.

SÁ, M. O. de; CARDOSO, F. C. L. A tomada de decisão apoiada: um instituto para o empoderamento das pessoas com deficiência. In: COSTA, B. S.; CAMPELLO, L. G. B.; LANNES, Y. N. da COSTA. **Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI** [Recurso eletrônico on-line]. Organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito – FEPODI. Belo Horizonte: ESDH, p. 1335 – 1342, 2017.

SAAD, S. N. Preparando o caminho da inclusão: dissolvendo mitos e preconceitos em relação à pessoa com síndrome de down. **Revista Brasileira de Educação Especial**, Marília, v. 9, n. 1, p. 57-78, 2003.

SAMPAIO, A. M. A Síndrome de Down no contexto familiar e social. **Revista Eventos Pedagógicos**, v.3, n.1, p. 276 – 286, 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988** [livro eletrônico]. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHAEFER, A. S. et al. Auto - percepção de um portador de síndrome de down sobre relacionamento amoroso. **Revista eletrônica da Univar**, Vale do Araguaia, n. 6, p. 207 – 212, 2011.

SCHREIBER, A. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUBERT, R. **Sexualidade e síndrome de Down**, 2010. Disponível em <<http://wp.clicrbs.com.br/sembarreiras/?s=Down&topo=13%2C1%2C1%2C%2C%2C13&status=encerrado>>. Acesso em: 22/10/2017.

SILVA, N. L. P.; DESSEN, M. A. Deficiência mental e família: implicações para o desenvolvimento da criança. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, DF, vol. 17, n. 2, p. 133 – 141, 2001.

_____. Síndrome de Down: etiologia, caracterização e impacto na família. **Interação em Psicologia**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 167-176, 2002.

SIMÃO, J. F. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas?>>. Acesso em: 25/02/2018.

TARTUCE, F. Alterações do código civil pela Lei 13146/2015: repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Primeira parte. **Jusbrasil.com.br**, 2017a. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015>>. Acesso em: 11/05/2017.

_____. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017b.

TOMAZETTE, M; ARAÚJO, R. A. C. Estatuto da Pessoa com Deficiência: crítica à incapacidade de fato. **Revista Jus Navigandi**, a. 20, n. 4449, p. 1 – 11, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>. Acesso em: 06/05/2018.

VIEIRA, K. V. **A esterilização compulsória das mulheres portadoras de síndrome de Down**: uma violação aos seus direitos fundamentais. 2015. Monografia (Graduação) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC – Curso de Direito, Criciúma, 2015.

WERNECK, C. **Sou humano**, 2003. Disponível em: <<http://www.ame-sp.org.br/noticias/jornal/novas/tejournal41.shtml>>. Acesso em: 07/05/2018.

WUO, A. S. A construção social da Síndrome de Down. **Cadernos de Psicopedagogia**, São Paulo, v. 6, n. 11, 2007. Disponível em

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-10492007000100002&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em: 21/10/2017.

7. ANEXOS

7.1 Anexo A

Órgão	6ª Turma Cível
Processo N.	Apelação Cível 20100710240789APC
Apelante(s)	S. A. C. rep. por D. A. S. E OUTROS
Apelado(s)	N. H.
Relator	Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA
Revisora	Desembargadora VERA ANDRIGHI
Acórdão N°	491.959

E M E N T A

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. ALVARÁ JUDICIAL. SUPRESSÃO DE CONSENTIMENTO. CASAMENTO. INCAPAZ. REPRESENTADO POR CURADOR. LEGALIDADE. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

I – O casamento constitui na união legal, formal e solene, entre homem e mulher, com o propósito de constituir família, a partir da comunhão plena de vida, e com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

II – Estando o interessado incapaz devidamente representado por curador legal, não há razões para se indeferir pedido de supressão de consentimento para casamento, mormente se já convive maritalmente com a interessada por aproximadamente cinco anos, possuindo prole em comum, até porque a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional impõem a facilitação da conversão da união estável em casamento. Além disso, entendimento contrário poderia implicar em violação dos princípios da igualdade, da liberdade de consciência e de crença e de inviolabilidade da honra das pessoas, bem como dos fundamentos republicanos da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

III – Deu-se provimento ao recurso.

A C Ó R D Ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA - Relator, VERA ANDRIGHI - Revisora, ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, em proferir a seguinte decisão: **DEU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de março de 2011



Certificado nº: 11 43 BF 99 00 04 00 00 0C EF
28/03/2011 - 19:11

Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de suprimimento judicial - procedimento de jurisdição voluntária - postulado por S. A. C., rep. por D. A. S., e S. A. C., objetivando autorização para contrair matrimônio.

Os interessados informam que o varão está sob curatela de sua genitora, posto que fora civilmente interdito por decisão judicial em setembro/2004. Afirmam conviver maritalmente desde 2006, advindo dessa relação uma filha menor impúbere. Alegam que o fato de serem primos não obsta tal concessão. Manifestam o interesse de contrair núpcias, destacando que o regime a ser adotado seria o da separação total de bens.

O pedido foi julgado improcedente (fls. 23/24)

Inconformados, os interessados apelam ao Tribunal, alegando poder o curador do deficiente mental representá-lo na decisão de contrair núpcias; constituir o casamento entre deficientes uma realidade mundial e uma expressão da dignidade da pessoa humana; além de já conviverem maritalmente desde 2006. Requerem a reforma.

Apelo regularmente preparado, conforme guia de fls. 30v.

A Procuradoria de Justiça ofertou substancioso parecer, concluindo pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 37/41).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O casamento constitui na união legal, formal e solene, entre homem e mulher, com o propósito de constituir família, a partir da comunhão plena de vida, e com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

No presente caso, os requerentes pretendem o enlace matrimonial, sendo um deles incapaz interdito devidamente representado por curadora nomeada (fls. 16/18).

Com efeito, em 29/09/2004, foi decretada a interdição de S.A.C., tendo sido declarada a sua incapacidade para gerir os atos da vida civil, ficando sua genitora, a sra. D.A.S., responsável pela prática de “quaisquer atos legais”, ressalvado apenas a alienação e a oneração de seus bens (fls. 16).

Sendo assim, a curadora assumiu o *múnus público* de administrar toda a vida do interdito, a exceção de seus bens.

Nesse contexto, convém destacar que os interessados pleiteiam o alvará judicial para celebrarem casamento, sob o regime de separação total de bens, de tal sorte que legítimo o exercício da curatela pela curadora nomeada, já que tal regime evita consequências de cunho patrimonial.

Ademais, não se vislumbra interesses conflitantes, não havendo motivo para nomear curador especial para tal ato.

Não obstante a legitimidade da curadora para representar o requerente em “*quaisquer atos legais*”, os interessados convivem maritalmente desde 2006, relacionamento do qual adveio uma filha menor impúbere (fls. 12), havendo notícias de estarem esperando gêmeos, conforme anuncia o representante do Ministério Público às fls. 38/39.

Convivem, pois, como se casados fossem, há aproximadamente cinco anos.

Diante dessa realidade, há se lembrar que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional erigiram à condição de entidade familiar a união estável, impondo a facilitação da sua conversão em casamento (Constituição Federal, art. 226, § 3º; Código Civil, art. 1726; e outros).

No caso, não se pode olvidar, ademais, que a requerente afirma ser evangélica, e estar sofrendo pressões do pastor da igreja que frequenta para regularizar civilmente sua situação.

De fato, a Igreja Evangélica não autoriza, ou “*não abençoa*”, a relação sexual fora do casamento, situação que pode gerar constrangimentos, violação da honra objetiva e subjetiva, e até certa restrição ao exercício da fé.

Assim, há se ponderar também os preceitos fundamentais consubstanciados na inviolabilidade da honra das pessoas e na liberdade de consciência e de crença, assegurados pelo artigo 5º, incisos X e IV, da Constituição Federal.

Além disso, como ensina a abalizada doutrina¹, as finalidades do casamento são justamente disciplinar as relações sexuais entre os cônjuges, proteger a prole e assegurar mútua assistência entre os consortes, objetivos que se revelam nítidos no presente caso.

Ademais, o ordenamento jurídico veda qualquer forma de discriminação do ser humano, sob pena de, em última análise, malferir os fundamentos republicanos da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Por todas essas razões, não se vislumbra razoabilidade em indeferir a supressão de consentimento, lembrando, outrossim, que, em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna, nos termos do art. 1.109 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a abalizada opinião da ilustre Procuradora de Justiça:

“Não se pode aceitar como razoável que, pelo fato de ser pessoa interdita não possa expor sua vontade no exercício de determinados atos, tais como o casamento. Ainda mais quando se trata de pessoa que já tem uma filha, de acordo com certidão acostada aos autos, e segundo informação prestada por telefone pela Sra. Sílvia Assunção Carvalho, a outra requerente do alvará e companheira do requerente Sanção, já estão esperando gêmeos”

Ante o exposto, acolhendo o douto parecer ministerial, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para, reformando a respeitável sentença, julgar procedente o pedido, a fim de autorizar o postulado casamento, sob o regime de separação total de bens, devendo o apelante S.A.C. ser devidamente representado por sua curadora.

¹ PELUSO, Cézar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o código civil de 1916. Coordenador Cezar Peluso. 4ª.ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 1618.

É como voto.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Revisora

Com o Relator

A Senhora Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal

Com o Relator.

DECISÃO

DEU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME.