

A LEGALIDADE DO CASAMENTO DE PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN

THE LEGALITY OF MARRIAGE OF PEOPLE WITH DOWN SYNDROME

RODRIGUES, Tácylla Priscila de Oliveira (1); DINIZ, Murilo Pinheiro (2)

(1) Graduanda em Direito. Faculdade Alfa Unipac Aimorés. E-mail: tacylladeoliveira@gmail.com

(2) Orientador. Faculdade Alfa Unipac Aimorés. E-mail: murilostrauss@gmail.com

RESUMO

Este artigo trata da legalidade do casamento de pessoas com Síndrome de Down, com foco na capacidade civil e na tomada de decisão apoiada. Trata-se de estudo sistemático do texto constitucional e legislação federal sobre pessoas com deficiência e casamento. A partir do levantamento bibliográfico e legislativo são analisados princípios como a liberdade de expressão, a livre manifestação de vontade, a isonomia e a dignidade humana como diretrizes para avaliar a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Com os dados obtidos na pesquisa de campo em Cartórios, percebeu-se que o número de casamentos de pessoas com Síndrome de Down após o Estatuto da Pessoa com Deficiência não aumentou e os tribunais têm se posicionado no sentido de garantir a aplicação dos direitos dispostos no Estatuto. Conclui que, embora tenha a legislação abordado a capacidade civil das pessoas com deficiência de forma generalizada e presumida, é imprescindível abordagem específica para garantia dos direitos.

Palavras-chave: Direito Civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Casamento. Capacidade. Livre manifestação de vontade.

ABSTRACT

This article deals with the legality of the marriage of people with Down syndrome, focusing on civil capacity and supported decision-making. This is a systematic study of the constitutional text and federal legislation on people with disabilities and marriage. Based on the bibliographic and legislative survey, principles such as freedom of expression, free expression of will, isonomy and human dignity are analyzed as guidelines to assess the realization of the fundamental rights of people with disabilities. With the data obtained in the field research in Notaries, it was noticed that the number of marriages of people with Down syndrome after the Disabled Person Statute has not increased and the courts have been positioned to guarantee the application of the rights set forth in Statute. It concludes that, although the legislation has addressed the civil capacity of people with disabilities in a generalized and presumed manner, a specific approach to guarantee rights is essential.

Keywords: Civil Law. Status of Persons with Disabilities. Marriage. Capacity. Free expression of will.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº. 13.146/2015 uma nova perspectiva relacionada às pessoas com deficiência (PCD) foi implementada no intuito de contemplar direitos fundamentais, dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil

(CRFB/1988), bem como no Decreto nº. 6.949 de 2009, que integrou as normas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste diapasão, dentro das mudanças trazidas pela referida Lei, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, expressamente, trouxe a possibilidade do casamento de PCD, haja vista a não afetação da plena capacidade civil. Doutro modo, o Código Civil, em virtude da lei, revogou o inciso III do artigo 4º, que considerava as pessoas com Síndrome de Down relativamente incapazes para alguns atos da vida civil.

Para esta pesquisa, o estudo se atém ao que tange o casamento entre pessoas com Síndrome de Down, doença genética que provoca alterações físicas e psíquicas, que podem revelar diferentes condições, afetando a capacidade cognitiva do indivíduo. Neste sentido, a pesquisa se justifica em razão da relevância social, do debate levantado acerca da capacidade destes de se autogerirem, casarem e constituírem família. Outrossim, inicia-se também, um debate jurídico a respeito deste tema que, com o advento da legislação relativa as PCD em 2015, consagrou direitos e garantias fundamentais a elas. Deste modo, a questão norteadora da pesquisa pode ser expressa da forma seguinte: o casamento entre pessoas com Síndrome de Down é legal?

É bem verdade que, aparentemente, pode-se concluir que, com o advento da Lei nº. 13.146/2015, possibilitou-se que PCD constituam casamento e formem família. Não obstante, a pesquisa se desenvolve com o intuito de verificar a legalidade deste casamento, analisando a tomada de decisão apoiada, pautando-se pelos princípios norteadores do Direito Civil e Direito Constitucional.

Ademais, a pesquisa avalia a capacidade civil das pessoas com Síndrome de Down; caracteriza os princípios da liberdade de expressão e da manifestação da vontade, no que tange o casamento das pessoas com Síndrome de Down; apresenta as mudanças trazidas pela legislação, especificamente em relação à possibilidade do casamento; examina o instituto da tomada de decisão apoiada frente aos princípios constitucionais da isonomia e dignidade humana; aponta os efeitos da decisão apoiada, quando da divergência entre apoiadores e apoiados e verifica o impacto na quantidade de casamentos de entre pessoas com Síndrome de Down após a vigência da norma autorizadora.

Além da fonte legislativa e jurisprudencial, a pesquisa tem amparo doutrinário nos seguintes autores: Bernardo Gonçalves Fernandes (2018), Flávio Tartuce (2018), Maria Berenice Dias (2017), André de Carvalho Ramos (2018) e Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018), dentre outros.

A análise se pauta na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), em sintonia com o estudo da Lei nº. 13.146/2015 e o Código Civil (2002), além de conceitos de profissionais da Medicina e Psicologia para compreensão técnica da condição física e psíquica dos indivíduos com a Síndrome, e na área jurídica, o entendimento técnico acerca da legalidade do casamento entre pessoas com Síndrome de Down, trazendo à tona o debate da capacidade civil destes.

Por fim, busca identificar, mediante pesquisa em Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais se houve aumento no número de casamentos entre pessoas com a Síndrome de Down após a vigência do Estatuto da PCD e em jurisprudências e julgados dos Tribunais quanto à declaração da incapacidade das pessoas com a Síndrome de Down.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Atualmente muito se tem falado acerca do neoconstitucionalismo. Este que é um movimento do Direito que traz consigo, manifestamente, como núcleo de proteção os chamados direitos fundamentais (RAMOS, 2018). Em tese, o neoconstitucionalismo promoveu o desenvolvimento de uma nova interpretação de normas no ordenamento jurídico. Isto porque, trazendo vagamente os conceitos de direito positivo e direito natural, este movimento preocupou-se em garantir sob o aspecto do positivismo (direito positivo) valores inerentes do ser humano (direito natural). Essas junções de aspectos permitem que o aplicador do Direito tenha respaldo para executar as normas de maneira a preservar a dignidade humana, contudo, preservando a supremacia do texto constitucional (FERNANDES, 2018).

A CRFB/1988, vigente no Brasil, traz consigo esta visão neoconstitucionalista, isto porque em seu artigo 5º encontram-se os chamados direitos e garantias

fundamentais, privilegiando expressamente os fundamentos trazidos por esta nova concepção do Direito Constitucional.

Partindo desta premissa, entende-se que o Direito Constitucional brasileiro se preocupa em preservar os direitos humanos, e expressou tal necessidade ao estabelecer o chamado Estado Democrático de Direito, elencando direitos e garantias constitucionais, tornando-os cláusula pétrea por força de norma constitucional segundo o artigo 60, §4º da CRFB/1988.

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica (MENDES; BRANCO, 2017, p. 149).

Assim, historicamente, os direitos fundamentais foram conquistados pelos cidadãos e inseridos nos documentos jurídicos para consolidar a democracia.

2.2 O ADVENTO DA LEI Nº. 13.146/2015 SOB A ÓTICA DA CRFB/1988

A Lei nº. 13.146/2015 foi aprovada, unanimemente, na Câmara dos Deputados e no Senado em 06 de julho de 2015. A referida Lei instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência e veio a considerar expressamente o disposto na CRFB/1988 bem como incorporar as diretrizes da Convenção de Nova Iorque, que internacionalizou a necessidade de proteção e inclusão dos deficientes.

Inicialmente, a Convenção de Nova Iorque descrita no Decreto nº. 6.949 de 2009, tomou como parâmetro central os princípios consagrados na CRFB/1988 e os Direitos Humanos, cuja finalidade é a proteção ao exercício dos direitos por todas as pessoas com deficiência, conforme o artigo 1º da Convenção.

É indubitável que a necessidade da inclusão de pessoas com deficiência (PCD) é assunto mundial e por isso a imposição de regras mais severas para a aplicação de princípios constitucionais é imprescindível.

Trazendo à memória o histórico social da PCD, vê-se que em muitos momentos da história era isolada da sociedade, privada de suas liberdades e tratada com desprezo, haja vista o exemplo da Segunda Guerra Mundial (KOYAMA, 2017).

Sob essa ótica, o legislador se propôs em não mais tratar a PCD em segregação, pelo contrário, se propôs a aplicar princípios como a isonomia, a liberdade e a dignidade humana afim de que se dê acessibilidade e inclusão destes sujeitos na sociedade. Isso significa dizer que o legislador se preocupou em garantir liberdades civis, dispostas pelos direitos humanos e garantias fundamentais.

Nitidamente o Estatuto da PCD vem concretizar preceitos de não discriminação, participação e inclusão social, acessibilidade, incentivo ao desenvolvimento nos setores sociais e isonomia no tratamento (FERNANDES, 2018).

2.3 O CASAMENTO DE PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN

Diante do advento da Lei nº. 13.146/06 se introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do casamento de pessoas com deficiência. O legislador optou por deixar expressa tal possibilidade quando redigiu o artigo 6º do Estatuto. Para tanto, a legislação também trouxe o conceito de deficiência que permitiu distinguir em quais casos esta lei se aplicaria, também expresso no artigo 2º da referida legislação.

A Síndrome de Down (SD) é considerada uma desordem genética, trazendo consigo uma mutação cromossômica capaz de alterar funcionalidades do corpo humano como, por exemplo, comprometer o aspecto intelectual do indivíduo. Sendo assim, existem algumas semelhanças físicas entre as pessoas que possuem a síndrome, entretanto, é bom frisar que apesar de fisicamente serem bem parecidas, algumas pessoas desenvolvem a síndrome com características ou condições diferentes (FBASD, 2020).

As pesquisadoras Camila Foss Paiva, Camila Menezes Melo e Stephanie Paese Frank oferecem um conceito mais razoável sobre a Síndrome de Down:

Os portadores da Síndrome de Down têm características físicas típicas, e se parecem um pouco entre si. Contudo, algumas pessoas portadoras da síndrome apresentam características ou condições, enquanto outras não. Uma concepção equivocada, ainda presente em relação aos portadores da Síndrome de Down e suas características, é que todos se desenvolvem da mesma forma, apresentando as mesmas características, incapacidades e limitações orgânicas, motoras e cognitivas (PAIVA; MELO; FRANK, 2014).

Atualmente, no Brasil, segundo dados da Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down (FBASD), estima-se que em um a cada setecentos nascimentos ocorre a Síndrome de Down, totalizando uma média de 270 mil pessoas com SD (FBASD, 2020). Diante deste quadro crescente e com base em estudos, tem-se reparado que, muito embora haja uma incapacidade intelectual, as pessoas com SD reagem diferentemente em algumas situações do cotidiano. Muitos possuem independência nas resoluções das questões cotidianas, bem como no aspecto financeiro.

Fato é que a SD não afeta, em alguns casos, a capacidade do indivíduo de desenvolver-se na sociedade. Mesmo que possua dificuldades motoras, que conseqüentemente advém de uma anomalia genética, as pessoas com SD são capazes de desenvolver sentimentos e são passíveis de diferentes emoções (PAIVA, MELO, FRANK, 2014).

É possível então afirmar que a pessoa com SD é capaz de desenvolver atividades que surgem em razão da formação de uma família. Isto por que, a cada dia estas pessoas demonstram capacidade de se adaptarem ao ambiente superando suas limitações (ORTEGA, 2016).

Sendo assim, com a expressa capacidade civil plena destinada para estes indivíduos em razão do artigo 6º da Lei nº. 13.146/2015 para a indagação da legalidade do casamento entre pessoas com SD tendo em vista que o casamento disciplinado pelo Código Civil pressupõe capacidade civil dentre outras formalidades. Questiona-se a consideração da capacidade civil das PCD, especificamente neste caso as pessoas com SD, pois carecem de um estudo biopsicossocial para haver universalidade em sua aplicação.

Sendo assim, na hipótese de uma deficiência comprometer o intelectual, que, em alguns casos pode se dar pela SD, a plena capacidade para o casamento não seria afetada? O Código Civil trata da capacidade civil e espaçadamente traz alguns requisitos acerca disto ao tratar, por exemplo, da curatela. Entretanto, não será objeto de análise neste momento.

Superado este tópico é preciso investigar o instituto do casamento, tratado pelo Código Civil e que está permeado de formalidades que devem ser preenchidas a fim de dar validade ao ato civil.

Inicialmente, o casamento é marcado pela livre manifestação de vontade dos nubentes de se casarem, logo, o marco inicial da constituição de uma família é a celebração do casamento. Através do matrimônio surgem direitos e deveres entre sujeitos, seja no aspecto pessoal e no patrimonial. Contudo, deve-se perceber que, não basta apenas a liberdade na manifestação de vontade dos nubentes, há a necessidade de legislação que regulamente a união.

Neste sentido, pode-se concluir que o casamento não somente cria um estado civil – o de casados, como também evidencia a realização de um contrato uma vez que se adéquam a uma estrutura jurídica e com isso se sujeitam aos efeitos e consequências deste contrato. Maria Berenice Dias discorre acerca disso e traz como referencial o seguinte entendimento:

As pessoas são livres para casar, mas, no que diz com deveres e direitos, sujeitam-se aos "efeitos do casamento", que ocorrem independentemente da vontade dos cônjuges. Com o casamento, os nubentes aderem a uma estrutura jurídica cogente. Em face do elevado número de regras e imposições, que surgem por determinação legal e não por livre manifestação do par (DIAS, 2017, p. 372).

Tendo isso em mente, o casamento é um ato solene que pressupõe a livre manifestação de vontade, contudo, inexistente no mundo jurídico se não se enquadrar nos aspectos legais.

Como ponto de partida, transcorrendo os aspectos legais, para os efeitos desta pesquisa, considera-se apenas um requisito, que será o objeto central do trabalho, pressupondo que haja pretérita livre manifestação de vontade em casar dos nubentes, a capacidade civil.

2.3.1 A Capacidade Civil das Pessoas com Síndrome de Down

Para o Direito Civil considera-se capacidade civil plena a maioria com o atingir dos 18 (dezoito) anos, logo, a partir desta idade as pessoas podem praticar atos da vida civil sem que haja quaisquer limitações ou proibições (BRASIL, 2002).

Contudo, o legislador também se preocupou em determinar aquelas pessoas que não poderão expressar sua vontade em razão de suas condições e por força legal. Nestes casos, descreveram estes sujeitos como incapazes, situações descritas pelos artigos 3º e 4º do Código Civil. Neste diapasão, verifica-se que o legislador definiu que algumas pessoas possuem, em razão de uma disposição

legal, capacidade para atos da vida civil – chamada capacidade de direito. Entretanto, outras não possuem a aptidão para o exercício destes atos dispostos no diploma legal – chamada capacidade de fato. Obviamente é desta que surge os casos de incapacidade, ou seja, nem todos os indivíduos são capazes de compreender aquilo que advém da vida civil, logo, o exercício torna-se impossível, pois a consciência está afetada (ORTEGA, 2016).

Para descrever melhor o disposto, o ensinamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 112): “Nem toda pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas”.

Entretanto, pelo fato de a SD ser condicionada a diferentes fatores, como o psíquico-social, deve-se considerar os aspectos sociais e os aspectos familiares dos deficientes que, avaliados conjuntamente com o fator biológico (a anomalia genética) permita constatar se estas pessoas são realmente capazes de exercer os atos da vida civil – o casamento. A corroborar, Flávio Tartuce (2018, p. 102) aduz: “o portador da síndrome de Down poderia ser, ainda, plenamente capaz, o que dependeria da sua situação”.

2.3.2 A Visão da Legalidade do Casamento entre Pessoas com Síndrome de Down pelo Código Civil

O Código Civil já tratou expressamente acerca da capacidade civil das pessoas com SD quando elencava em seu artigo 4º os casos de incapacidade. Contudo, com o advento do Estatuto da PCD, revogou-se o então inciso III que mencionava acerca dos excepcionais sem desenvolvimento completo. Deste modo, aqueles que anteriormente eram considerados relativamente incapazes, atualmente são atribuídos com a plena capacidade (RESI, 2017).

A capacidade prevista no Código Civil possibilita várias situações civis e uma destas situações é o casamento. O casamento é uma das manifestações de família constitucionalmente protegida e socialmente respeitada. Entretanto, é mais coerente dizer que o casamento tem natureza híbrida e por isso se pode considerá-lo em sua natureza contratual e institucional, pois são estabelecidas expressamente regras de

cunho patrimonial e extrapatrimonial. Entretanto, percebe-se a presença de deveres mútuos para o bem-estar das relações entre os nubentes.

Partindo deste princípio, e trazendo como base as considerações a respeito da capacidade civil, o casamento somente poderá ocorrer com o atingir da maioridade (FERNANDES, 2018). Cumulativamente, somente se efetivará se ambos os nubentes manifestarem o desejo em constituir o matrimônio. Evidentemente que, verificada as idades e não havendo impedimentos legais, o casamento ganhará a sua forma perfeita: a validade. O não cumprimento de requisitos legais o torna nulo ou anulável.

Pode-se, nestes termos, dizer que antes mesmo de verificar as condições legais, é necessário atender requisitos da capacidade civil (idade e livre manifestação de vontade). No caso da liberdade na manifestação de vontade, deve-se verificar profundamente as condições psíquicas e biológicas dos sujeitos. A mera disposição dos nubentes em se casar não demonstra a consciência para exercer tal ato.

O que se vê atualmente é que, em razão das mudanças trazidas pelo Estatuto da PCD, o Código Civil se adequou ao novo posicionamento jurídico, não obstante, por mais que se tenha visto que muitos direitos fundamentais foram consagrados, não se pode aferir genericamente a condição de um deficiente sem que haja uma análise das consequências que podem ocorrer. No caso do casamento vê-se que o Estatuto não caracterizou em quais casos de deficiência se aplicaria a plena capacidade, e com isso tornou categoricamente e de maneira geral que, a regra é da plena capacidade das PCD (REIS, 2017).

Não se pode fechar os olhos para os casos que possuem peculiaridades e formas distintas de apresentação nas suas diversas condições. No caso da SD percebe-se claramente que existem sinais de um desenvolvimento mental incompleto, que não causa limitação completa, mas isso afeta a consciência para a prática de atos como o do casamento. Tratar a plena capacidade como regra nos casos de casamento é um equívoco e traz divergências com definições de institutos importantes da legislação brasileira, como no caso casamento e capacidade civil.

2.3.3 A Liberdade de Expressão e a Manifestação de Vontade das Pessoas com Síndrome de Down no Matrimônio

A liberdade de expressão é um direito constitucionalmente garantido e está elencada entre os direitos fundamentais contidos essencialmente no artigo 5º da CRFB/1988. Basicamente, a liberdade de expressão constitui-se no direito do indivíduo em expressar ideias, opiniões e sentimentos sem que haja qualquer limitação ao direito ou censura completa (RAMOS, 2018).

Nestes termos, cumpre dizer que a liberdade de expressão faz valer o fundamento do Estado Democrático de Direito, faz parte da formação digna de qualquer sujeito na sociedade e ainda compõe o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Acerca desta expressão Flávio Tartuce (2018, p. 122) complementa dizendo “a liberdade de expressão é valor fundamental na ordem democrática nacional” e ainda “a liberdade de expressão é pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais” (TARTUCE, 2018, p. 137).

Neste sentido, ao falar sobre a liberdade de expressão, não é causa de direito absoluto, sem nenhuma limitação ou restrição. Expressar-se, seja de forma escrita ou na forma falada, deve limitar-se a outros direitos e garantias fundamentais. A manifestação livre muito embora denote absolutismo, pelo contrário, deve ser exercida dentro dos limites constitucionais, como o direito à vida, à integridade física e até mesmo à dignidade humana (DUARTE; PAEZ, 2016).

Doutro modo, a manifestação de vontade é percebida em vários momentos no Código Civil. Notadamente, nestes variados momentos a manifestação de vontade é requisito para a validade de certos atos civis e diante da inexistência há a invalidade do ato. Ademais, quando da manifestação de vontade pode-se percebê-la na sua forma escrita ou tácita, ou seja, quando a manifestação de vontade for escrita, existirá um documento hábil que comprovará a consciência e vontade do indivíduo em praticar algum ato. Diante da manifestação de vontade tácita, comportamentos voluntários permitirão que o indivíduo manifeste sua vontade.

Destas considerações, entretanto, deve-se perceber que a liberdade de expressão se encontra na essência da manifestação de vontade. A garantia de que o indivíduo expresse sua vontade ou se comporte de maneira a favorecer aquilo que pensa é garantia constitucional (DUARTE; PAEZ, 2016).

A manifestação de vontade presume-se da capacidade civil do indivíduo a entender o fato e conscientemente manifestar a sua vontade. Não obstante, diante da não manifestação de vontade ou diante de algum vício nesta manifestação de vontade, pode-se afirmar então que existe invalidade do casamento.

Para o desenvolvimento de uma relação conjugal que comine no matrimônio, o afeto é fator essencial para que notadamente se verifique a existência de estímulos conscientes ou não. Fato é que, a pessoa com SD é capaz de desenvolver relacionamentos afetivos, alguns se desenvolvem em diferentes condições e variam seus estímulos, demonstrando um pouco de racionalidade no exercício de seus sentimentos.

Sendo assim, não é equívoco concluir que, ao desenvolver suas relações de maneira consciente e produzir ações sensitivas, são detentores de uma capacidade de escolha, e em alguns casos estarão aptos a exercer a capacidade civil.

2.4 A DECISÃO APOIADA

A decisão apoiada é um instituto do Direito Civil que também foi instituído pela Lei nº. 13.146/2015 e se dispõe às PCD visando auxiliá-los na prática de alguns atos civis. Neste sentido, no Código Civil a decisão apoiada consta no artigo 1.783-A, em linhas gerais:

A tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (TARTUCE, 2018, p. 1428).

Ou seja, muito embora dispuser o artigo 6º da Lei nº. 13.146/2015 que a deficiência não afeta a plena capacidade civil destes sujeitos em se casar, é a mesma lei que, com o Código Civil, atribui limitação da capacidade de agir destes sujeitos.

A decisão apoiada não limitou sua forma de ação, com isso, ao olhar para a prática do ato civil do casamento e partindo do pressuposto de que o casamento possui natureza civil mista, pode-se então concluir que em razão de sua parcial natureza contratual, é um ato civil complexo e que demanda o acionamento da decisão apoiada.

Com o Estatuto objetivou-se dar plena inclusão as PCD e um novo sistema para isso, possibilitando estas pessoas de estarem sujeitas a decisão apoiada. Resta claro, porém, que ao que se vê é uma inclusão limitada. Sutilmente avaliando, o Estatuto da PCD proporcionou que as pessoas se casassem, consagrando assim princípios como dignidade humana e isonomia. Em contrapartida, limitou a ação destes sujeitos à chamada decisão apoiada, onde inicialmente nota-se que não se considerou a livre manifestação de vontade e por consequência a liberdade de expressão.

Não obstante, diante das divergências ocasionadas pela contrariedade substancial das normas, alguns doutrinadores entendem que não se poderá aplicar a decisão apoiada em todos os atos da vida civil, para isso, entendem que somente nos atos patrimoniais é que se aplicará o disposto no Código Civil. Para os atos familiares, no caso da pessoa com SD, seguirá a regra da plena capacidade civil. É o pensamento de Flávio Tartuce:

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 de síndrome de Down tem capacidade civil plena (art. 6.º da Lei 13.146/2015) (TARTUCE, 2018, p. 102).

De antemão, embora se reconheça a razoabilidade e até mesmo validade do entendimento atual, não se pode contentar apenas com essa explanação. É nítida uma divergência não pacificada e por isso motivadora de diferentes consequências no ordenamento jurídico. Se pautar na ideia de que a decisão apoiada será apenas considerada para atos patrimoniais, partindo do pressuposto de que com o casamento surtirá efeitos na seara patrimonial dos nubentes e sendo estes biologicamente limitados, poderia, em uma concepção comparativa, dizer que em alguns casos pode-se aplicar a decisão apoiada nos casos de matrimônio entre as pessoas com a SD.

2.4.1 A Decisão Apoiada sob a Ótica da Isonomia e da Dignidade Humana

Conforme se vê pela explanação do instituto da decisão apoiada, sua introdução no ordenamento jurídico basicamente atendeu ao fundamento de criação do Estatuto da PCD, que é a inclusão. Sendo assim, a inclusão advém de princípios constitucionais: o princípio da isonomia e o da dignidade humana.

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, está elencado nos direitos e garantias fundamentais. Em linhas gerais é o princípio de maior relevância e importância no ordenamento jurídico brasileiro. Através deste princípio consegue-se extrair o puro entendimento do Estado Democrático de Direito (FERNANDES, 2018).

A igualdade como princípio constitucional é medida limitadora de ações do Estado. Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco (2018, p. 185): “o princípio da igualdade traduz-se, em boa medida, como um comando proibitivo de decisões arbitrárias, um imperativo de racionalidade de conduta”. A igualdade está conceituada no artigo 5º da CRFB/1988, embora seja citado apenas um dispositivo, existem diversos outros espalhados pelo texto constitucional que manifestam o direito à igualdade.

A igualdade é definida por Aristóteles em “tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais na medida de sua desigualdade” (*apud* MENDES; BRANCO, 2018, p. 185). Ou seja, trazer na lei a equidade entre os indivíduos que estão em desigualdade com outros e aplicar medidas de consolidação da isonomia. A lei precisa abordar situações de igualdade para que, em posteriores situações de desigualdade, o Estado possa aplicar imposições legais e ainda proporcionar equidade no tratamento de pessoas desiguais.

Não obstante, a dignidade humana é considerada o núcleo de todos os direitos fundamentais. T tamanha importância se justifica pela história da humanidade, que regimes totalitários e de supressão de direitos, violaram fundamentos mínimos da vivência humana. A dignidade humana na sua essência constitucional: “inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 153). Nesta perspectiva, a funcionalidade da dignidade humana perpetua sob a ideia de limitação à arbitrariedade e à injustiça. Correlativamente, instaura a isonomia e com isso é norteador na ponderação de normas em conflito.

Notadamente, o princípio da dignidade humana traz consigo as considerações do direito natural. Através do conceito de dignidade humana, extrai-se que existe direitos inerentes à condição humana. É através da dignidade humana que se

compreende a autonomia de vontade defendida por Kant, constituída na “faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana” (*apud* MENDES; BRANCO, 2018, p. 153).

Trazendo estas considerações frente ao instituto da decisão apoiada, não se pode olvidar que a intenção do legislador ao preconizar em lei tal possibilidade se propôs a consagrar os princípios da dignidade humana e o da isonomia. Igualmente, sob o aspecto da decisão apoiada para os casos das pessoas com SD no que tange ao casamento, sutilmente pode-se concluir a existência de uma divergência. Isso porque, ao incluir a decisão apoiada, medida limitadora da autonomia de vontade advinda da liberdade de expressão – princípio constitucional, coloca-se em xeque a dignidade humana.

O fato é que, por mais que a decisão apoiada seja de iniciativa da própria PCD e, em regra, prevalecerá a vontade desta, tão somente o auxílio e a ajuda como fatores desta decisão apoiada já demonstram que não existe plena capacidade. Segundo trata Tartuce (2018, p. 1428): “a tomada de decisão apoiada tem a função de trazer acréscimos ao antigo regime de incapacidades dos maiores, sustentado pela representação, pela assistência e pela curatela”.

2.4.2 A Curatela e a Decisão Apoiada

A curatela e a decisão apoiada são institutos disciplinados pelo Código Civil e trazem consigo algumas semelhanças, entretanto, são institutos completamente opostos. O instituto da curatela teve significativas mudanças com a introdução da Lei nº. 13.146/2015. Dentre estas mudanças podemos citar a revogação do artigo 1.780, que inicialmente previa a curatela especial.

Embora a legislação trate a PCD como sujeito possuidor de capacidade civil, ela não possui condições biológicas (físicas ou mentais) para cuidar de seus próprios interesses, o que justifica a aplicação destes institutos.

Nesta seara, conceitua-se curatela nos dizeres de Flávio Tartuce (2018, p. 1428): “a curatela igualmente é instituto de direito assistencial, para a defesa dos interesses de maiores incapazes”. Ao analisar o artigo 6º da Lei nº. 13.146/2015 e o

disposto no artigo 4º do Código Civil, conclui-se que a curatela não se aplicará aos casos de matrimônio de PCD. Ademais, a curatela, em sua nova ótica do direito civilista, compreende-se apenas na aplicação de atos patrimoniais. Sendo assim, uma pessoa com SD que necessita realizar uma compra e venda, deverá estar representada por um curador que protegerá seus interesses.

Por óbvio, a curatela reflete nas normas do Código de Processo Civil, uma vez que o trâmite para a obtenção da curatela está ali disciplinado. Sendo assim, a interdição é forma judicial para que se indique e nomeie um curador. Nota-se que há necessidade de uma ação judicial.

Não obstante, a decisão apoiada também é ação judicial, que tem caráter assistencial, entretanto, é modalidade substituível da curatela. Na tomada de decisão apoiada a ideia é que prevaleça a vontade da PCD.

Diferentemente para quem a curatela é destinada, na decisão apoiada os destinatários deste instituto são os que possuem capacidade civil. Tartuce expõe muito bem este aspecto ao dizer:

De início, conforme o *caput* da norma, a tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (TARTUCE, 2018, p. 1428).

Neste sentido, não se pode desconsiderar que a decisão apoiada é instituto legalmente previsto e que se alinha ao entendimento de capacidade civil das pessoas com SD. Contudo, ante a possibilidade de casamento destas pessoas, também não se pode desconsiderar o equívoco do legislador em conceder uma capacidade sem que antes tenha disciplinado minuciosamente este instituto, motivo de grandes divergências (RIBEIRO, 2016). A primeira porque a curatela não se destina às pessoas com capacidade – o que não é o caso das pessoas com SD, e também por somente ser admitida para fins patrimoniais – o que se poderia aplicar nestes casos de casamento entre pessoas com SD. A segunda porque a decisão apoiada não especifica seu modo de atuação e em quais casos comportaria este instituto. Então não se pode afirmar categoricamente que se aplicaria para os casos matrimoniais.

Diante de todas estas considerações pode-se concluir que o mais adequado é a aplicabilidade da decisão apoiada nos casos matrimoniais. Isto porque considera-

se o casamento um ato civil complexo, que demanda formalidades e a inobservância destas formalidades acarretará consequências nas searas patrimoniais e extrapatrimoniais.

O legislador, ao conceder capacidade civil plena para as PCD demonstrou tamanha negligência com o ordenamento jurídico brasileiro e também com o entendimento técnico de médicos especialistas. No caso da SD, esta anomalia genética, apesar de ter semelhanças físicas, pode se apresentar de diferentes modos em razão de fatores sociais e familiares. Por isso a análise do caso concreto permitirá compreender a capacidade civil destes sujeitos.

2.4.3 Os Efeitos da Decisão Apoiada Quando da Divergência entre Apoiadores e Apoiados

A decisão apoiada possui diversos aspectos e requisitos para a sua constituição no plano da legislação. Deste modo, como qualquer procedimento judicial, a decisão apoiada deverá seguir rito específico e observar limites legais. O primeiro é a necessidade de vontade do apoiado (neste caso a pessoa com SD) de ser abrangido pelo instituto. Neste sentido, a pessoa apoiada deverá indicar no mínimo duas pessoas que estejam aptas a exercerem a função de apoiador. É bom dizer que a aptidão destas pessoas faz com que o procedimento tenha validade no ordenamento jurídico (KATZ; TEDESCO, 2018).

Posteriormente, com o requerimento do apoiado e a indicação destas pessoas, já na seara jurisdicional, o juiz deverá proceder com a oitiva do requerente e dos indicados a apoiadores e Ministério Público. Somente após a fase instrutória é que o juiz procederá com a sentença que deverá ser averbada.

O segundo é a necessidade de especificação do ato civil pelo qual o apoiador deverá atuar. Com isso, pode-se afirmar que aos apoiadores caberá apenas a exteriorização da vontade do apoiado, ou seja, sua atuação deverá estar limitada à vontade da pessoa apoiada (RIBEIRO, 2016). Para Flávio Tartuce (2018, p. 1429): “a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado”.

Diante disto, podem surgir algumas divergências quanto à tomada de decisão apoiada. Isto porque em regra deverá prevalecer a vontade do apoiado, mas não se

excluí a possibilidade de haver divergências. Para os casos de posteriores divergências, o Código Civil disciplina isto ao exigir que parta do apoiado a iniciativa para o requerimento de decisão apoiada e também a necessidade de que haja unanimidade quanto à concordância dos limites da decisão apoiada. Não obstante, se houver falta de unanimidade ou divergências quanto à decisão apoiada, o apoiado deverá recorrer ao Judiciário para que possa pacificar esta lide. Entretanto, deve-se sempre preferir a opinião do apoiado frente às divergências dos apoiadores (KATZ; TEDESCO, 2018).

A ideia aqui é fazer valer o direito à liberdade de expressão e manifestação de vontade, a isonomia e a dignidade humana. Obviamente o legislador levou em consideração toda a história da PCD, suas dificuldades no processo de inclusão, e com isso trouxe uma garantia quanto a sua capacidade civil.

3 PESQUISA E ANÁLISE DE DADOS

3.1 ENTREVISTA COM ADVOGADOS

A pesquisa se baseia na análise da capacidade civil de pessoas com SD frente à possibilidade do casamento, seus efeitos e reflexos diante da nova perspectiva introduzida pelo Estatuto da PCD, sob a ótica de quatro advogados, que atuam nas áreas constitucional e civil, com experiência entre dois e vinte e cinco anos na prática advocatícia. As entrevistas ocorreram no mês de junho de 2020. Foram feitas as seguintes perguntas e obtidas as respostas que seguem.

Questão 1. Em sua opinião, a plena capacidade concedida aos deficientes para casar-se, promoveu inclusão e igualdade do deficiente na sociedade?

Advogado 1. Acredito que a inclusão e igualdade apenas ocorrem quando o deficiente está em pleno gozo de suas faculdades mentais. Existem deficiências que afetam a capacidade cognitiva e, por conseguinte, o poder de tomar decisões, nesses casos, entendo que não é adequado a permissão plena do casamento. A igualdade, que na Constituição Federal de 1988 é sinônimo de isonomia, deve promover uma igualdade polarizada, ou seja, obedecer a concepção aristotélica do termo, onde os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades. Assim sendo, desde que o deficiente tenha capacidade para tomada plena de decisões, entendo que a permissão para o casamento é forma de inclusão de igualdade.

Advogado 2. Sim, a alteração legal promove especialmente uma maior inclusão da pessoa com deficiência.

Advogado 3. Sim.

Advogado 4. Sim, na verdade creio que contribuiu para o processo de inclusão e igualdade da pessoa com deficiência, vez que com a efetiva de tal direito diminui o desnível existente, proporcionando uma melhora nas condições de igualdade.

Questão 2. Quais as implicações da possibilidade do casamento de deficientes, expressa em lei no que tange a dignidade humana?

Advogado 1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é corolário da Constituição de 1988, eis que pautada no ser humano e na proteção a ele. O casamento de deficientes demonstra-se como forma de proteger o referido princípio, proporcionando o gozo do direito à felicidade, inerentes a todos os seres humanos.

Advogado 2. A pessoa humana e sua dignidade são norte que devem orientar toda a atividade legislativa, devem ser núcleo máximo da proteção estatal. Reconhecer a pessoa com deficiência como presumidamente capaz, inclusive para o casamento, é, sem dúvida, assegurar a dignidade dessas pessoas.

Advogado 3. Sentimento de igualdade e justiça social.

Advogado 4. Além do instituto do matrimônio ser de suma importância para o processo de inserção social, ele está intimamente ligado com individualidade do ser humano, recebendo grande destaque no que tange a realização pessoal do indivíduo, e isso é respeitar e gozar do princípio da dignidade da pessoa humana.

Questão 3. A capacidade civil das pessoas com Síndrome de Down foi modificada com o advento do Estatuto do Deficiente. Quais as implicações deste fato, no que tange ao matrimônio e suas formalidades?

Advogado 1. Com o advento do Estatuto do Deficiente a capacidade civil plena da pessoa não foi mais afetada pela deficiência, inclusive para casar-se. Sendo que a vontade pode ser expressa pelo próprio deficiente, por responsável ou curador.

Advogado 2. Com as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, as formalidades da celebração do casamento civil são mitigadas a fim de assegurar proteção jurídica a um bem jurídico maior, a dignidade humana.

Advogado 3. Com a revogação do inciso III do art. 4 do CC, as pessoas com síndrome de Down saem do rol de relativamente incapazes e com isso podem contrair em matrimônio sem precisar de um curador para validar o ato.

Advogado 4. Foi objetivo da Lei a desobstrução de barreiras para a fruição dos direitos e liberdades fundamentais, uma vez que para os atos existenciais familiares o portador de síndrome de Down tem plena capacidade civil, mesmo que isso não descarte a adoção de mecanismos de auxílio na prática desses atos.

Questão 4. Na sua opinião, é possível o suprimento dos requisitos formais do Casamento, no que tange a Manifestação de Vontade, por uma pessoa com a Síndrome de Down?

Advogado 1. Trata-se de uma pergunta delicada e, dependerá muito do caso concreto. Nos casos em que a síndrome não afeta a capacidade cognitiva e tomada de decisões, entendo que a vontade pode ser expressa pelo próprio deficiente.

Advogado 2. Sim, pois o bem jurídico tutelado é de maior relevância.

Advogado 3. Sim, perfeitamente possível.

Advogado 4. Creio não se tratar de supressão, mas sim de uma adaptação às limitações físicas que possuem, podendo esta receber o auxílio necessário, pois a pessoa com deficiência é legalmente capaz, ainda que pessoalmente não exerça os direitos postos à sua disposição.

Questão 5. A tomada de decisão apoiada, é instituto descrito no Código Civil. Quais os reflexos deste instituto na liberdade de expressão, livre manifestação de vontade e igualdade?

Advogado 1. A tomada de decisão apoiada busca dar maior rigidez a decisão tomada pela pessoa com deficiência, onde as pessoas que foram escolhidas visam o melhor interesse do deficiente e resguardá-lo de qualquer situação que a ele seja negativa ou prejudicial. Aparentemente o referido instituto é uma forma de viabilizar a isonomia, de acordo com às limitações do deficiente, não havendo desrespeito a liberdade de expressão, nem a livre manifestação eis que as pessoas escolhidas serão elegidas pelo próprio deficiente.

Advogado 2. Penso que a tomada de decisão apoiada é um instituto que merece ser utilizado com bastante cautela, de forma a não anular a vontade do titular, substituindo-a pela vontade do emissor. Nessa hipótese, estaríamos diante de grave violação à liberdade de expressão, à livre manifestação da vontade e à igualdade. Para que isso não ocorra, é necessário analisar caso a caso quais são os reflexos e limitações trazidas por determinada deficiência física e a repercussão disso no discernimento e na capacidade de transmitir vontade.

Advogado 3. O reflexo é positivo, tendo em vista a inclusão social e a equiparação com as demais pessoas.

Advogado 4. É uma linha tênue, que deve ser minuciosamente analisada, tendo como fim maior a prevalência da vontade do deficiente, é imprescritível que a tomada de decisão apoiada seja apenas para um auxílio na realização de certos atos, devendo ser inteiramente respeitada a vontade do deficiente.

Questão 6. Em sua opinião, a mera disposição legal, expressa, da plena capacidade civil das pessoas com alguma deficiência faz o casamento ser legal nos termos jurídicos?

Advogado 1. Em alguns casos sim, ou seja, no caso em que a pessoa tem condições de manifestar a sua vontade, entendo que é plenamente legal o ato jurídico consistente no casamento.

Advogado 2. Sim, o casamento será presumidamente legal. Isso não impede, porém, que seja posteriormente anulado acaso identificado algum vício.

Advogado 3. Sim. Na verdade, uma vez positivada a vontade popular representada pelo Congresso, “os termos jurídicos” se adéquam a essa nova situação.

Advogado 4. Em tese não, pois há minúcias a serem observadas em cada caso para que se verifique que não houve vício na manifestação de vontade do deficiente.

Questão 7. Em sua opinião, se faz necessário a disposição de outros requisitos específicos, para que haja sintonia entre as disposições do Código Civil e da Lei nº. 13.146/2015?

Advogado 1. Entendo que o ideal seria uma avaliação por meio de uma equipe multidisciplinar quanto à possibilidade da pessoa com deficiência

poder tomar a decisão de casar-se sozinha ou necessitando da assistência de outras pessoas, visando até mesmo a proteção da pessoa, para que não corra risco de vida, entre outras situações que lhe podem ser prejudiciais.

Advogado 2. Penso que a interpretação de forma sistemática de ambas as legislações, interpretação está orientada, sempre, pelos preceitos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, pode suprir eventual necessidade de disposições específicas no Código Civil.

Advogado 3. Não.

Advogado 4. Sim. Com a desconstrução da teoria da incapacidade civil advinda com a Lei 13.146/2015, há de se fazer uma análise pormenorizada de cada caso em particular, tendo em vista que a legislação faz uma abordagem generalista.

Pelo que se extrai das entrevistas, o posicionamento técnico é de que a possibilidade do casamento prevista no Estatuto da PCD efetivamente promove a inclusão, pois se veem consagrados os princípios da isonomia e da dignidade humana. Também entendem ser possível por mera disposição legal, considerar a legalidade do casamento, haja vista o suprimento da capacidade civil.

Há, entretanto, divergência quanto ao suprimento de outras formalidades – no caso da manifestação de vontade. Isso porque, segundo o Advogado 2, existe uma mitigação quanto às formalidades da celebração do casamento em razão de um bem jurídico maior – a dignidade humana, neste sentido, entende-se que para assegurar a dignidade humana é preciso readequar as disposições infraconstitucionais. Já os demais entrevistados acreditam que a positivação normativa faz o casamento ser amplamente legal. Contudo, o Advogado 1 adverte pela análise da capacidade ao caso concreto. Ademais, os Advogados 1 e 2 concordam que há necessidade da avaliação ao caso concreto, não excluindo a possibilidade, no entanto, de que sejam disciplinadas outras normas em outros textos legais, levando também em consideração a análise biopsicossocial e demais fatores.

Ainda há de se destacar o posicionamento do Advogado 4, ressalte-se, o profissional com mais tempo de atividade jurídica, que se alinhou à necessidade de auxílio às pessoas com SD a se casarem, entretanto, defende que a manifestação de vontade, no caso em comento, não pode se dar por violada se não houver minuciosa análise de outras questões que envolvam a vontade da PCD. Ademais, fez uma colocação interessante acerca da necessidade da aplicação do Estatuto da PCD com outras disposições normativas, haja vista a generalidade da norma ao abordar tal assunto.

Em linhas gerais, o debate acerca da capacidade civil das pessoas com SD é inesgotável e permeado de divergências. O que se pode concluir, entretanto, é que a Lei, por trazer uma afirmação genérica – presumida capacidade civil plena da PCD, desconsidera casos específicos e peculiares, bem como força a adequação de outras normas ao caso prático. O que não deve acontecer, pois a sintonia entre normas deve estabelecer o Direito e facilitar sua efetividade.

Ademais, percebe-se diante das colocações dos juristas que a análise de fatores biopsicossociais é capaz de estabelecer algumas condições do sujeito com SD e podem facilitar a aplicabilidade da lei de maneira específica, sem deixar de consagrar princípios constitucionais.

3.2 LEVANTAMENTO NOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

A fim de enriquecer a pesquisa, buscou-se informações acerca da realização de cerimônias matrimoniais de pessoas com SD após a lei que facilitou o casamento. Para isso, entre os meses de maio e junho foram realizadas entrevistas com três cartórios de registro civil de pessoas naturais: o Cartório de Registro Civil de Aimorés-MG; o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais de Artur Nogueira-SP; e o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da Sé-SP.

Foram feitas as seguintes perguntas:

Questão 1. Após o Estatuto da PCD houve aumento no número de casamentos de pessoas com Síndrome de Down?

Questão 2. Caso positiva a resposta, o procedimento para a entrada no Casamento é o mesmo que para um casal que não possua deficiência?

Em resposta aos questionamentos, o Cartório de Aimorés-MG informou que no município (não souberam informar sobre os distritos) não houve a realização de nenhum casamento de pessoas com SD e por isso não saberiam como proceder se surgisse um caso desta forma.

Já o Cartório de Artur Nogueira-SP informou que realizou uma cerimônia de deficientes intelectuais, e não de pessoas com SD e que, neste caso

especificamente, a mulher já era interditada e procederam com as formalidades legais, sem nenhum tratamento desigual.

O Cartório de Sé-SP informou não ter realizado nenhum casamento de pessoas com SD.

O que se nota, no entanto, diante das respostas dos Cartórios é que ainda há um tabu acerca do casamento de PCD, isso porque, mesmo com a possibilidade expressa em lei, não há um significativo aumento de matrimônio dessas pessoas.

Doutro modo, não existe um órgão capaz de documentar esses dados, o que se houvesse, tornaria a pesquisa muito mais abrangente e demonstraria a efetividade da inclusão destas pessoas. O fato é que a possibilidade de casamento de pessoas com SD não mudou muito o cenário social desses sujeitos.

3.3 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Foi realizada a busca por jurisprudências que tratem dos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada, suas possíveis aplicações nos casos de casamento de pessoa com SD, visando conhecer o entendimento dos Tribunais.

Entretanto, há uma escassez jurisprudencial neste sentido, que pode se justificar de duas formas: a não judicialização destes casos para a realização do casamento, concluindo-se que há uma efetiva aplicação dos preceitos da inclusão e isonomia destes sujeitos; ou a falta de informação por parte dos sujeitos de direitos, em razão de se tratar de uma legislação “nova”.

Foram localizadas ocorrências no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e de Sergipe, cujas ementas seguem:

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais adota um posicionamento totalmente revestido da nova ótica de direitos fundamentais descritos no Estatuto da PCD.

Restando suficientemente comprovado que a interditanda é portadora de doença mental grave, com comprometimento parcial para os atos da vida civil, deve ser declarada a sua interdição (TJMG, 2016).

1. A curatela é medida excepcional, eis que diz respeito à capacidade da pessoa para gerir os atos da vida civil, de forma que somente poderá ser concedida caso seja demonstrado inequivocamente e de forma robusta que o interditando não possui discernimento. 2. Havendo comprovação da efetiva incapacidade da interditanda em administrar seus bens, deve ser reformada a sentença que indeferiu o pedido de curatela, sendo que o

pedido de interdição deve ser julgado parcialmente procedente, impondo-se os limites previstos na Lei Federal nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 3. Recurso ao qual se dá provimento (TJMG, 2017).

Nas duas primeiras jurisprudências percebe-se o corolário que a incapacidade somente deve ser declarada quando da suficiência probatória, ou seja, quando comprovado por meio de laudos e estudos sociais que a pessoa é impossibilitada de exercer atos da vida civil. E ainda, delimitam-se os atos pelas quais há a incapacidade, preservando-se mais uma vez a presunção de plena capacidade.

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. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente (ADI 5357, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 09/06/2016). A Lei Federal nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) estabelece que estão sujeitos à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (inciso I); os ébrios habituais e os viciados em tóxicos (inciso III); e os pródigos (inciso V). Ficando demonstrada nos autos (através de laudo pericial, relatório médico e estudo social) a incapacidade da interditanda, portadora de Síndrome de Down e de retardo mental, que a impossibilita para a prática dos atos da vida civil, deve ser decretada a sua interdição. Recurso conhecido e provido (TJMG, 2018).

Na terceira jurisprudência, a princípio, em primeira instância não se reconheceu a incapacidade da interditanda. Desta feita, o Tribunal decidiu por reformar a sentença, haja vista a comprovação nos autos mediante laudo e estudo social, de que a interditanda é incapaz de exercer atos da vida civil.

Cumprido dizer, entretanto, que o desembargador em sua fundamentação, deixou claro que, em regra, deve-se preferir pela aplicação do disposto na legislação de que a deficiência não afeta a plena capacidade, entretanto, sinalizou pelos casos de excepcionalidade, uma vez que, o próprio Estatuto da PCD não desamparou aquele que não é capaz de exprimir sua vontade, tão somente ampliou as possibilidades do exercício dos direitos e deveres inerentes aos atos da sua vida civil.

Na mesma linha se posiciona o Tribunal de Justiça do Sergipe, que traz a primazia da Convenção de Nova York como pilar de suas fundamentações, colocando sempre, em primeiro lugar a plena capacidade presumida do deficiente, e, trazendo a excepcionalidade da curatela e tomada de decisão apoiada como medida a ser comprovada para a incapacidade.

Reconhecimento da incapacidade relativa comprovada mediante laudo pericial que atesta a incapacidade do curatelando para os atos da vida civil.

Medida excepcional e restrita aos atos de natureza patrimonial e negocial, bem como ao recebimento e gerenciamento de benefício previdenciário percebido pelo curatelando – irmã do curatelado que está apta ao exercício da curadoria. Instituto da tomada de decisão apoiada que é pertinente ao caso. Prestação de contas na forma do §4º do artigo 84 do referido Estatuto. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido (TJSE, 2019).

Interditando que foi diagnosticado com retardo mental moderado. Entrevista do interditando que demonstra a sua capacidade de exprimir sua vontade. Necessária observância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional. Preservação da autonomia e liberdade de expressão/opinião das pessoas com deficiência. Após a entrada em vigor do estatuto da pessoa com deficiência, a interdição e a curatela passaram a ser medidas extraordinárias e excepcionais. Existência de outros instrumentos jurídicos que possibilitam a prática de atos da vida civil pelo interditando com maior segurança e discernimento, a exemplo da tomada de decisão apoiada. Improcedência do pedido autoral. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido, por unanimidade (TJSE, 2018).

Diante desses posicionamentos, resta nítido que os Tribunais buscaram fazer uma análise biopsicossocial, fundamentando suas decisões de declaração de incapacidade com laudos periciais e estudo de outros fatores. O que demonstra, com clareza, que não há uma consolidação quanto à capacidade das pessoas com SD, e por óbvio, isso deve ser levado em consideração quando da discussão do casamento, que é um ato solene e deve ser respeitado os requisitos formais para a sua constituição e validade.

Não obstante, a mera disposição legal deve ser disciplinada por outras fontes normativas, isto porque não se pode exaurir um assunto tão complexo com apenas uma presunção de plena capacidade. O abstrato deve se tornar concreto. O caso deve ser avaliado tão somente biológico, social e comportamental, mas, também, como sua adequação as normas de direitos e deveres.

4 CONCLUSÃO

Como se depreende do estudo até aqui, o Estatuto da PCD, Lei nº. 13.146/2015, em observância à CRFB/1988 e ao Decreto nº. 6.949 de 2009, Convenção da qual o Brasil é signatário, reforçou o dever do Estado em promover a igualdade e a inclusão social ao conceder às PCD a plena capacidade civil, possibilitando o efetivo exercício do matrimônio. Sob esta ótica é possível concluir, sem dúvidas, que o casamento de pessoas com SD é plenamente legal, uma vez que a sua positivação presume a legalidade.

Notadamente, em razão da modificação de um dos institutos mais importantes do Código Civil que é a capacidade civil, elemento precípua da constituição do matrimônio, vários debates surgem em torno da possibilidade do desenvolvimento psíquico-social da pessoa com SD em reflexo a sua capacidade de desenvolver ações afetivas que cominem na construção familiar. É importante ressaltar, no entanto, que a mera disposição legal não é capaz de atender à realidade se não houver uma interpretação sistemática, trazendo à tona a realidade da pessoa com SD.

É certo que a pessoa com SD não está totalmente limitada, isto porque se podem considerar seus fatores biológicos, familiares e sociais, capazes de influenciar nas suas atividades habituais, tornando-as independentes ou não, dependendo à quais fatores estarão sujeitos. É neste ponto que a afirmação da plena capacidade presumida se torna falível. Obviamente esta presunção poderá refletir nos diversos assuntos jurídicos seja na esfera matrimonial, patrimonial, de direitos sociais e etc.

Noutra ponta do problema, a tomada de decisão apoiada como instituto do Código Civil serviu de ferramenta para efetivar direitos fundamentais como a liberdade de expressão e manifestação de vontade, a isonomia e a dignidade humana. Interessante ressaltar que, muito embora o apoiado esteja representado, valerá, unicamente, a sua decisão, cabendo ao apoiador externá-la dentro das legalidades impostas, o que demonstra a total observância ao direito de livre manifestação de vontade e liberdade de expressão.

Não obstante, há de se destacar a negligência do legislador ao conceder plena capacidade sem que antes tenha disciplinado minuciosamente o instituto da tomada de decisão apoiada. Isso porque, como se viu, a tomada de decisão apoiada muito se assemelha à curatela, com isso, não é possível distinguir com precisão suas funcionalidades na prática.

É preciso ter em mente que o casamento é um ato civil complexo, que demanda formalidades e a inobservância de quaisquer normas refletirá nas demais searas do mundo jurídico, podendo tornar até nulo ou passível de anulação. Deste modo, a capacidade civil como elemento do casamento, deve ser tratada com mais cautela, devendo haver uma análise pormenorizada de cada caso, haja vista que a legislação abordou o tema de forma generalizada.

Sendo assim, é necessária a disposição em outras leis e regramento específico em provimentos, incentivando o estudo social, a análise pormenorizada dos fatores que compõem a vida social e afetiva da pessoa com SD, pois somente assim é possível dar proteção, promover a inclusão e consagrar a igualdade, para que não haja situações prejudiciais para a PCD.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/35YvoZf>. Acesso em: 20 set. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº. 6.949 de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência [...]. Brasília-DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3iRtddL>. Acesso em: 20 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília-DF: Senado, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/2RR0o5j>. Acesso em: 20 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº. 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília-DF: Senado, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/32WUiqp>. Acesso em: 20 set. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- DUARTE, Rafael Salioni; PAEZ, Thalita Toffoli. A legalidade do casamento entre portadores de síndrome de Down. **Jus Brasil**, 07 out. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3cnsxKR>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- FBASD. Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down. **Síndrome de Down**. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kITeg0>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 6.
- KATZ, Bruna; TEDESCO, Raquel. Capacidade civil da pessoa com deficiência: tomada de decisão apoiada e curatela. **Migalhas**, 20 abr. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/301EXmp>. Acesso em: 05 abr. 2020.
- KOYAMA, Débora Fazolin. Os reflexos da lei nº. 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência) no sistema jurídico brasileiro. **Câmara Paulista para Inclusão da**

Pessoa com Deficiência, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2G6xZ8U>. Acesso em: 28 mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

ORTEGA, Flávia. Os portadores de síndrome de Down possuem capacidade civil plena? **Jus Brasil**, 25 jan. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/301Mimc>. Acesso em: 30 mar. 2020.

PAIVA, Camila Foss; MELO, Camila Menezes; FRANK, Stephanie Paese. **Síndrome de Down: etiologia, características e impactos na família**. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3cr0KsS>. Acesso em: 31 mar. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REIS, Manuelito. A capacidade civil da pessoa com síndrome de Down: novo aspecto pós lei 13.146/2015. **Jus Brasil**, 07 abr. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3008WLu>. Acesso em: 02 abr. 2020.

RIBEIRO, Iara Pereira. A capacidade civil de exercício de direitos e a tomada de decisão apoiada. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 58-73, jul/dez. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3iVyWPS>. Acesso em: 05 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº. 1.0015.11.005530-6/001**. Primeira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte: DJe, 2016).

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº. 1.0003.14.000915-4/001**. Oitava Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte: DJe, 2017.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº. 1.0003.16.001041-3/001**. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Gilson Soares Lemes. Belo Horizonte: DJe, 2018.

TJSE. Tribunal de Justiça do Sergipe. **Apelação Cível nº. 0001276-76.2016.8.25.0085**. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Antônio Araújo Mendonça. Aracaju: DJe, 2018.

TJSE. Tribunal de Justiça do Sergipe. **Apelação Cível nº. 0001481-71.2017.8.25.0085**. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Alberto Romeu Gouveia Leite. Aracaju: DJe, 2019.