

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

EUDES VITOR BEZERRA

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, João Paulo Allain Teixeira, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-302-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Constitucional.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A teoria civilista, na contemporaneidade, encontra-se, cada vez mais, adstrita aos preceitos constitucionais, ao passo que nos dias atuais a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, nas pesquisas, nos trabalhos científicos, bem como em vários congressos de direito realizados no Brasil e no mundo.

No XXV CONGRESSO DO CONPEDI, que teve como tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado na cidade de Curitiba (Paraná) entre os 7 a 10 de dezembro de 2016, não foi diferente, porquanto o Grupo de Trabalho (GT) de Direito Civil Constitucional I, serviu de palco para calorosos e profundos debates envoltos a constitucionalização do Direito Civil.

Acreditamos que democratização da informação e a amplo acesso à rede mundial de computadores, apresenta-se como um núcleo de estabilização da relação entre cidadãos e instituições, cidadãos e seus representantes, ou seja, fomenta uma junção das relações interpessoais alicerçadas pelos direitos fundamentais, fato que viabilizar o Direito Civil Constitucional ser posto em voga.

Nesse contexto, temas como liberdade de expressão e direito da personalidade; capacidade civil das pessoas com deficiência; direito de propriedade e desapropriação; eficácia dos direitos fundamentais; responsabilidade civil e a tutela da pessoa humana; responsabilidade dos notários e registradores públicos; dignidade da pessoa humana no contexto constitucional luso-brasileiro; paradigma libertário do “right to privacy” norte americano; concepção; nascimento e vida indesejada e a possibilidade de reparação; criogenia; curatela em matéria assistencial e pessoa com deficiência; importância dos princípios constitucionais na responsabilidade civil por danos materiais e morais; discricionariedade judicial; parentalidade e o parentesco e a manutenção das famílias contemporâneas; informação e poder: proteção dos dados pessoas na internet; naturalização da família; incapacidades no direito civil brasileiro e argentino; e, saúde mental, demonstram como a constitucionalização do direito civil vem sendo abordada no nosso país e no mundo.

Sendo que o diálogo em direito privado e os direitos fundamentais norteou os exímios artigos científicos que foram apresentados no XXV CONGRESSO DO CONPEDI e que compõe a presente obra.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de um conjunto de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra, cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra - Universidade Nove de Julho – Uninove

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa - Universidade Federal da Paraíba

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

NUOVA CAPACITÀ DELLE PERSONE CON DISABILITÀ E L'ESERCIZIO DEL DIRITTO AL MATRIMONIO E SESSUALITÀ: IL NECESSARIA RECENSIONE DI ISTITUTO DELLA CURATELA

Andréia Garcia Martin ¹
Ana Catarina Piffer Gonçalves ²

Resumo

A tutela da pessoa com deficiência apresenta-se crescente, tanto em âmbito internacional, pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como nacional, pelo recém-criado Estatuto da Pessoa com Deficiência, (Lei n. 13.146/15). Outorgando, a estas, ampla capacidade jurídica para atos da vida civil e social. Este estudo pretende defender que a questão problemática funda-se na manifestação da autonomia de vontade para o exercício dos direitos ao matrimônio e sexualidade, decorrente da curatela anteriormente declarada, devendo ser revista, estabelecendo limites menos restritos aos direitos de personalidade da pessoa com deficiência, dada sua afinidade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Capacidade jurídica da pessoa com deficiência, Estatuto da pessoa com deficiência, Curatela, Direito ao matrimônio e à sexualidade, Autonomia de vontade

Abstract/Resumen/Résumé

La tutela della persona disabile presenta in aumento, sia a livello internazionale, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, ea livello nazionale, lo statuto persona appena creato con disabilità (legge n.13.146 /15). Concessione a questi, capacità giuridica per gli atti della vita civile e sociale. Lo scopo questo studio ha difendere la problematica si basa sulla espressione della volontà autonoma per l'esercizio dei diritti al matrimonio e della sessualità, a causa della curatela precedentemente dichiarato, dovrebbe essere rivisto, la definizione di limiti meno severi ai diritti della persona di disabili, la loro affinità con il principio della dignità umana.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Capacità giuridica della persona con disabilità, Stato delle persone con disabilità, Curatela, Diritto al matrimonio e la sessualità, L'autonomia della volontà

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Docente Universitária. Advogada. E-mail: draagmartin@hotmail.com

² Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Docente Universitária. Advogada. E-mail: catarinatucci@yahoo.com.br

*“É vida, vida, que amor brincadeira, à vera
Eles se amaram de qualquer maneira, à vera
Qualquer maneira de amor vale a pena
Qualquer maneira de amor vale amar.
Pena, que pena, que coisa bonita, diga
Qual a palavra que nunca foi dita, diga
Qualquer maneira de amor vale aquela
Qualquer maneira de amor vale amar
Qualquer maneira de amor vale a pena
Qualquer maneira de amor valerá [...]”
(Caetano Veloso e Milton Nascimento)*

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito o povo é parte integrante na efetivação dos direitos fundamentais. Efetivação esta que deve estar sempre centrada na ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Todos, agentes do Estado e particulares devem zelar pela efetivação dos direitos. Assim, o Estado se engaja no cumprimento de sua meta, zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, cuidando de envolver todos os cidadãos na tarefa de preservação e efetivação desses direitos.

Para a compreensão adequada da questão da pessoa com deficiência e seu direito da personalidade de manter relacionamento afetivo formal, será necessário buscarmos apoio não só no texto constitucional, dos tratados internacionais ou de leis, que nos dará os primeiros caminhos para a análise da questão, mas também de outras ciências, já que o tema demanda uma abordagem *transdisciplinar*.

Assim, apresenta-se dificultoso avançarmos, nesse particular, sem buscar conceitos da Psicologia, Medicina, dentre outras áreas. Portanto, o fundamento do trabalho não será encontrado apenas em uma interpretação do Texto Maior, mas será necessária uma abordagem com apoio em outras áreas.

Talvez a dificuldade que apontamos, da efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, dentre outros motivos, encontra-se na falta de diálogo entre os diversos saberes. A posição isolada do jurista, sem o olhar necessário para outras áreas não nos permite chegar à conclusão de que seria possível, prestigiando o princípio da dignidade humana e o direito à autonomia das pessoas, avançarmos no tema.

Neste texto pretendemos analisar a possibilidade de a pessoa com deficiência mental realizar seu direito de contrair matrimônio e à sexualidade. Para isso, faz-se necessário um corte metodológico delimitando o grupo de pessoas em análise nesse estudo. O objeto do nosso estudo será, a partir da principiologia constitucional, trazer alguns elementos para corroborar a hipótese de que, a existência de curatela anterior a vigência do Estatuto deve ser revisada, vez que esta enseja resultados divergente diante de situações fáticas equivalentes, já que a anterior previa a impossibilidade completa do exercício de direitos.

Para a presente pesquisa utilizou-se o método de raciocínio dedutivo, o tipo de procedimento comparativo e o tipo de pesquisa a doutrinária.

Assim, feitas estas considerações preliminares, o problema que pretendemos analisar envolve a questão de como será dada eficácia social à capacidade jurídica plena introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante de situações que envolvem o instituto da curatela e os limites da atuação do curatelado.

Convém frisarmos que as discussões aqui trazidas têm o intuito de apenas parametrizar algumas hipóteses, já que é jurisprudência que nos aclarará a melhor prática. Passemos a algumas ideias concretas sobre o tema.

1 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O primeiro passo, para a abordagem do tema, é buscar uma delimitação no conceito de pessoa com deficiência. O nosso sistema constitucional não chegou ao detalhamento da definição de pessoa com deficiência.

A Constituição de 1988 outorgou ampla proteção às pessoas com deficiência¹⁻², possibilitando a garantia de diversos direitos. No entanto, não há qualquer definição de quem esteja ou não enquadrado nesse grupo.

A expressão com acento constitucional é “pessoa portadora de deficiência”, terminologia anterior à adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, servia para garantir uma série de direitos a esse grupo de pessoas. No entanto, não havia definição. Boa parte da doutrina buscava um conceito - a Administração Pública durante muito tempo assim o fez -, no Decreto Regulamentar n. 5296/2004 trazia de forma específica quais eram os motivos ensejadores da deficiência, limitando o seu enquadramento.

Evidentemente, sabemos que um decreto regulamentar não pode criar direitos e obrigações, à luz do importante princípio da legalidade.

Assim, apesar deste Decreto ter sido empregado pela Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, ele só poderia ser utilizado para delimitar quem seria abrangido, servindo apenas de base para o enquadramento, e não para o sentido inverso, ou seja, o não enquadramento.

Outrossim, havia uma série de outras situações que não estavam abarcadas pelo Decreto, porém, estariam dentro do conceito de pessoa com deficiência. Desta forma, vislumbramos que este Decreto excluía boa parte daquelas pessoas que tem deficiência.

Ora, se fizéssemos uma interpretação conforme a Constituição, diríamos que o Decreto é constitucional apenas e tão somente quando há a subsunção do fato à norma. Quando essa não ocorrer, o decreto não poderia ser aplicado. Excluída a pretensão de enquadramento do caso concreto à norma secundária, o

¹ Vide GUGEL, Maria Aparecida, MACIEIRA, Valdir e RIBEIRO Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

² A terminologia usada “pessoa com deficiência” está fundada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O texto constitucional formalmente ainda usa a expressão “pessoa portadora de deficiência”. Entendemos que já houve a mudança da terminologia pela internalização da Convenção, com caráter equivalente a Emenda. Portanto, já houve a mudança da terminologia, apesar de os textos continuarem a usar a expressão “pessoa portadora de deficiência”.

decreto deveria ser abandonado, buscando seu fundamento em outros conceitos, incluindo aí, o princípio da inclusão social e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O decreto, portanto, é um guia inicial para aplicação da norma. Caso a pessoa se encaixasse na hipótese, era considerada pessoa com deficiência; não se encaixando, outros critérios deveriam ser seguidos. Isso não quer dizer, como é evidente, que qualquer situação deva estar incluída como determinante de uma deficiência e, portanto, que permita que alguém venha a se valer dos benefícios próprios desse grupo de pessoas (salário mínimo existencial- artigo 203, V; vagas reservadas em concursos, artigo 37, inciso VIII, dentre outros, CF/88).

Com a incorporação, pelo Congresso Nacional, da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, que ocorreu pelo Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, e pela promulgação pelo Presidente da República do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, o conceito adotado passou a ser o convencional. E isso, porque não limita (como faz o decreto) a hipóteses determinadas as causas da deficiência, criando um critério aberto.

Cumprе salientar que esta Convenção foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos a ser incorporado pelo procedimento constante do art. 5º, §3º, CF/88. Desta forma, este Decreto n. 6949/09 tem *status* de norma constitucional.

Posteriormente, com base, nos Decretos supracitados, em 6 de julho de 2015, é instituída a Lei n. 13.146, chamada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual apesar de não trazer grandes inovações quanto a abordagem da classificação da deficiência, vez que basicamente trata-se de uma cópia da Convenção, vem regulamentar o Decreto de incorporação desta Convenção, dando maior especificidade às questões ligadas à pessoa com deficiência, como o fez ao mensurar o grau de compreensão e aferição da capacidade jurídica.

O artigo 2º do referido Estatuto da Pessoa com Deficiência, seguindo o texto do artigo 1º da Convenção, cuida de definir pessoa com deficiência de forma mais dilatada, fixando-a muito mais na dificuldade de inclusão social do que na relação de limitações que a pessoa é dotada, como fazia o decreto regulamentar. Assim, o decreto pode continuar a ser utilizado, apenas na tarefa de incluir, ou seja, serve para caracterizar, não para *descaracterizar* uma pessoa com deficiência. Vejamos o conceito adotado tanto pela Convenção como pelo Estatuto:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A admissão do conceito acima transcrito traz uma gama enorme de variantes que se encaixam no termo pessoa com deficiência, fato que confirma a superação do modelo médico de deficiência, com a, conseqüente, adoção do modelo social de deficiência.

No campo da deficiência mental, podemos encontrar situações ora mais profundas, ora mais leves, de maneira que haja necessidade de uma análise caso a caso. Nesse trabalho, não pretendemos discutir a possibilidade de casamento de uma pessoa com uma deficiência mental profunda.

Ademais, devemos considerar que o Estatuto adota como regra a capacidade jurídica plena da pessoa com deficiência, sendo apenas, em casos excepcionais, em que será declarada a incapacidade, e diante da situação acima, uma deficiência mental que afete profundamente a capacidade de discernimento ou mesmo consciência, é que poderá ser impedida a realização do matrimônio.

O artigo 227, § 1º, inciso II da Constituição Federal, determina que o Poder Público crie programas de prevenção e atendimento especializado para pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.

Tanto a deficiência mental congênita, quanto as patologias adquiridas podem ensejar limitações na autonomia pessoal, inclusive quanto ao esclarecimento de direitos. Neste aspecto está a importância dos estudos e avanços da conceituação da pessoa com deficiência adotados pela Convenção e Estatuto. Lilia Pinto Martins, no artigo 2º da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada, explica o significado de uma interpretação mais abrangente ao dizer:

Muito mais atual e dinâmica é a compreensão da deficiência como parte da área de desenvolvimento social e de direitos humanos, conferindo-lhe uma dimensão mais personalizada e social. Esta concepção traduz a noção de que a pessoa, antes de sua deficiência, é o principal foco a ser observado e valorizado, assim como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas, decisões e determinações sobre sua própria vida. Portanto, a pessoa com deficiência, é, antes de mais nada, uma pessoa com uma história de vida que lhe confere a realidade de possuir uma deficiência, além de outras experiências de vida, como estrutura familiar, contexto sócio-cultural e nível econômico. E como pessoa, é ela quem vai gerir sua própria vida, mesmo que a deficiência, ou física, ou sensorial, ou intelectual, imponha limites. Esta compreensão devolve à pessoa com deficiência uma posição ativa, que normalmente é desconsiderada social e culturalmente, representando-a com uma mobilidade que lhe é negada, e retirando-a da condição de precisar ser tutelada pela família, pelas instituições e/ou pelo Estado. (RESENDE; VITAL, 2008, p. 27).

No mesmo sentido, Luiz Alberto David Araujo, aduz que:

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzida. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é o grau de dificuldade de se relacionar, o grau de dificuldade de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência [...] se o deficiente mental leve convive em meio social simples, que exige dele comportamentos rotineiros, sem qualquer complexidade, que o faça integrado na sociedade, não se pode afirmar que, para aquela situação, estaríamos diante de pessoa portadora de deficiência. A deficiência de certos indivíduos, muitas vezes, passa até despercebida, diante do grau mínimo de conflito e decisões a que eles devem ser submetidos, tratando-se de meio social de pouca complexidade. (ARAUJO, 2011, p. 25-26).

Neste ínterim, constatada a dificuldade de “fazer parte” de algum ambiente, devido ao fato deste não estar preparado para receber alguém que possua uma incapacidade, haverá a configuração da deficiência, caso contrário, mesmo que esteticamente certa pessoa aparente ser deficiente, se ela exerce perfeitamente todos os atos que deseja em sociedade, sem qualquer barreira, entrave ou discriminação, ela não deverá ser considerada pessoa com deficiência.

Nos estudos, observamos que não se encontra uma definição universal. O que existem são posições predominantes ou consensuais. Constatamos que, o presente Estatuto, igualmente a Convenção,

[...] procura fazer um giro linguístico e conceitual ao adotar o modelo biopsicossocial de deficiência, ao direcionar que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só, e sim que estas barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidos socialmente, sendo fundamental estratégias políticas, jurídicas e sociais que excluam esses obstáculos e discriminações negativas permitindo aos deficientes demonstrar suas capacidades e usufruir de autonomia e independência para uma real inclusão social. (ARAUJO; COSTA FILHO, 2015, p. 69).

O conceito de pessoa com deficiência deve ser compreendido *mesclando* o Direito e as demais ciências, de modo que tal classificação receba informações de outros sistemas, tendo em vista se tratar de sistema jurídico normativo aberto. (ASSIS, 2005, p. 257)

Com efeito, a ausência da necessária ponderação entre: impedimentos e lesões *versus* barreiras, preconceitos, discriminação ou entraves, para a definição de pessoa com deficiência e, conseqüentemente, para a concessão ou o reconhecimento de direitos, proporcionará situações de exclusão e de violação de direitos, como desejamos demonstrar quanto ao exercício do direito da personalidade da pessoa com deficiência em contrair matrimônio.

2 DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

2.1 Documentos internacionais

Na virada do século XX, com o surgimento do Estado Social, foram consagradas novas categorias de direitos que, de forma mais ampla, visavam garantir condições essenciais às pessoas, proporcionando direito ao trabalho, à saúde e à educação dentre outros.

As teses sociais ganharam grandes proporções e se expandiram em quase todas as Constituições. Entretanto, os direitos assegurados só faziam sentido à pessoa com deficiência se acoplados a outros direitos, tais como obrigatoriedade de ensino em braile; de remoção das barreiras arquitetônicas; de educação especial; de habilitação para o trabalho e assim por diante.

A visão triste desta história é que para cumprir os direitos fundamentais fundados no pacto social, o Estado moderno se vale das normas programáticas, que permitem adiar *sine die* a concessão destes direitos. (ASSIS, 2005, p. 163) Desta forma, nos deparamos com um mar de direitos sem qualquer eficácia social.

A humanidade, sensibilizada pelas sequelas deixadas pela Primeira e pela Segunda Guerras Mundiais, exigiu amparo legal para as necessidades das pessoas com deficiência, deixando de ser apenas responsabilidade familiar.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução n. 37/52, aprovou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência (PAM – *World Programme of Action Concerning Disabled*

Persons). Este programa reflete na luta pelos Direitos Humanos, para adoção de medidas no sentido de evitar ou minimizar muitas deficiências.

Os textos citados deram início à composição da política voltada para as pessoas com deficiência. A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1975 significa importante ganho com relação aos Direitos Humanos na esfera dos direitos das pessoas com deficiência, refletindo diretamente no Brasil, um de seus Estados signatários. (PIOVESAN, 2003, p. 304).

A Constituição Portuguesa de 1976 tratou especificamente no artigo 71 sobre os direitos dos cidadãos deficientes físicos e mentais, obrigando o Estado a realizar obras no sentido de prevenção, reabilitação e integração destas pessoas no seio da sociedade.

Em termos semelhantes, esta mesma proteção, é encontrada no artigo 49 da Constituição Espanhola de 1978. Já na Constituição da Itália, o assunto é mais detalhado pelo artigo 38 que trata tanto dos cidadãos impossibilitados de trabalhar por causa de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego involuntário, como dos inaptos e deficientes.

Por meio da Resolução n. 31.123, a ONU declarou o ano de 1981, como o ano internacional da pessoa portadora de deficiência.

Na China, a Constituição da República Popular de 1982, no artigo 45, garante apoio do Estado e da sociedade nos casos de velhice, doença e deficiência.

A Constituição da Alemanha não aborda em seu texto especificamente os direitos das pessoas com deficiência, podendo estes ser extraídos dos princípios fundamentais da dignidade humana, previsto no artigo 1º; direito ao livre desenvolvimento da personalidade, contido no artigo 2º e por fim, o direito à igualdade tratado no artigo 3º do mesmo dispositivo legal.

2.2 Constituições brasileiras anteriores e o ordenamento jurídico atual

No Brasil, a conscientização sobre a necessidade de proteção das pessoas com deficiência se deu de modo tardio, talvez, pelo fato da grande maioria de ocorrência se dar por falta de disciplina no trânsito, falta de saneamento básico e falta de boa alimentação.

Os artigos 179, inciso XIII da Constituição de 1824 e 72, parágrafo 2º da Constituição de 1891, apenas consagravam o direito à igualdade. Permitiu-se a possibilidade de concessão de aposentadoria no caso de invalidez por serviços prestados ao País.

O artigo 113, inciso I da Constituição de 1934 manteve o direito à igualdade e no artigo 138, foram previstos alguns direitos sociais relacionados às pessoas com deficiência.

O artigo 122, inciso I da Constituição de 1937 assegurou o princípio da igualdade e o artigo 127 mencionou a proteção à infância e juventude. Já a Constituição de 1946, além de assegurar o princípio da igualdade no artigo 141, §1º, tratou do direito à previdência ao trabalhador que se tornasse inválido em função de atividade exercida, conforme artigo 157, inciso XVI.

A Constituição de 1967, além destas previsões anteriores, assegurou de modo especial a igualdade de todos perante a lei, o que foi complementado pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969, que garantiu expressamente a necessidade de tratamento legislativo sobre a educação do excepcional e pela Emenda Constitucional nº 12 de 1978 que assegurou melhores condições de vida social e econômica aos deficientes. A Emenda Constitucional nº 12/78 dispôs:

Artigo único. É assegurada aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

- I – educação especial e gratuita;
- II – assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;
- III – proibição de discriminação inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Com a queda de alguns regimes ditatoriais, na década de 1970, foram elaborados novos textos constitucionais democráticos que disciplinaram a proteção específica às pessoas com deficiência.

Ao contrário das Constituições anteriores, regidas pelo autoritarismo de suas respectivas épocas e governantes, a Constituição de 1988 foi a primeira que se destacou pelo aspecto democrático, vez que trouxe pela primeira vez ao texto constitucional, as ações afirmativas. As metas a serem seguidas pelo Estado estão contidas em seu artigo 3º, da seguinte forma:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste diapasão, as palavras de Marco Aurélio Mello, aduzem que:

Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – preste-se atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, o que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça e sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam em si, mudanças de ótica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar e encontrar, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas

oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. (MELLO, 2002, p. 39).

Ademais, o núcleo essencial que norteia todos os outros direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio, o qual foi erigido como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III da Constituição, trata o ser humano como elemento essencial à própria existência do Estado.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 225), manifesta-se no sentido de que tais conteúdos simbolizam a ideia de comunidade constitucional inclusiva garantindo às pessoas a condição de membro normal e atuante na sociedade. Observamos que a dignidade humana deve ser condição primordial na prática dos princípios constitucionais positivados e estar presente em todo ordenamento jurídico de forma harmônica nas normas infraconstitucionais. Segundo Onley Queiroz :

As normas constitucionais específicas estabelecem, em relação às pessoas portadoras de deficiência: a) as competências dos entes federativos; b) a proibição de discriminação no que diz respeito a salários e critérios de admissão; c) a reserva de vagas em concursos públicos; d) o direito à educação especial; e) o direito à integração social; f) o direito à habilitação e reabilitação; g) o direito a uma renda mensal de um salário mínimo; h) o direito de acesso a logradouros e edifícios de uso público; i) o direito de locomoção; j) o direito a tratamento adequado; l) outros direitos decorrentes ou conexos a estes. (ASSIS, 2005, p. 203).

Considerando a dignidade da pessoa humana como o marco, o fundamento do Estado brasileiro e a fonte de todos os outros direitos fundamentais, é de se ressaltar que dentre os direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas, há alguns que são específicos das pessoas com deficiência, tais como artigos 37, VIII e 203, V da Constituição Federal.

Garantem-se os direitos das pessoas com deficiência, conforme se verificou acima, porém, não se prevê, nem se protege o respeito ao sentimento destas pessoas.

3 DIREITO DA PERSONALIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM FACE DO EXERCÍCIO DO DIREITO AO MATRIMÔNIO E À SEXUALIDADE

O homem, por ser um ser social e, assim, viver em sociedade, tem suas relações direcionadas por normas e princípios que garantem e protegem seus direitos e, por outro lado, impõem determinadas condutas a serem seguidas.

Dentre os denominados “direitos primeiros”, encontram-se os direitos fundamentais, que tem por objetivo primordial, proteger o ser humano de forma individual, alcançando, desta maneira, o direito à personalidade. (SZANIAWSKI, 1993, p. 11).

A personalidade é algo inerente ao ser humano. Cada ser possui características peculiares a si mesmo e desenvolve pensamentos e atitudes próprias, o que permite diferenciá-lo dos demais.

Nem mesmo nos dias atuais, pode-se dizer que exista um conceito fechado dos direitos da personalidade, visto que a doutrina e a jurisprudência não adotaram uma definição precisa acerca do tema. Embora existam constantes divergências quanto à sua existência, sua natureza e seu alcance, a Lei Federal n. 10.406 de janeiro de 2002, Código Civil em vigor, preconizou no artigo 11 que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária.

Segundo Artur Marques da Silva Filho, o regime jurídico dos direitos da personalidade possui as seguintes características: são intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios. Além disso, são oponíveis “*erga omnes*” e transcendem o ordenamento jurídico. Podem se tornar disponíveis por meio de adesão a contratos. (SILVA FILHO, 2005, p. 11).

A ideia dos direitos da personalidade surgiu a partir do século XIX. Em Roma, não tão evidente como hoje, já havia a tutela de diversas manifestações da personalidade.

Ademais, vislumbramos que “o homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando, por isso, novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade” (SOUZA, 1995, p. 47).

Nos séculos XVII e XVIII, foi desenvolvida a teoria dos direitos subjetivos que consagra a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana. Esta proteção foi consagrada em textos fundamentais como o *Bill of Rights*, em 1689, a Declaração de Independência das Colônias inglesas, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, com a Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, alicerce da construção dos direitos da personalidade.

O Código Civil Italiano de 1942, nos artigos 6º, 7º, 8º e 9º tratou do direito ao nome e no artigo 10 do direito à imagem. Com referência a tais dispositivos, manifesta-se Sílvio Rodrigues, dizendo que “se encontram as duas medidas básicas de proteção aos direitos da personalidade, ou seja, a possibilidade de se obter judicialmente, de um lado, a cessação da perturbação e, de outro, o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima” (RODRIGUES, 2002, p. 63).

Entretanto, cabe ressaltar que também de grande valia foram os textos constitucionais da Alemanha de 1949, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Já no Brasil, a Constituição do Império, previa discretos aspectos sobre os direitos da personalidade referentes à inviolabilidade da liberdade, igualdade e sigilo de correspondência. Mais tarde com o advento da Constituição de 1891, outros direitos foram abordados, tais como, direitos à propriedade industrial e direito autoral. Os mencionados direitos não foram contemplados no Código Civil de 1916.

Porém, a Constituição Federal de 1988, acolheu como princípio fundamental da República Federativa a dignidade humana incorporando de forma especial os direitos da personalidade, expressos no art. 5º, X.

O Projeto do Código Civil de 1962 não angariou sucesso, restando apenas como ideias lançadas. Mais tarde, em 1975, Miguel Reale, delineou o projeto de Lei n. 635, o qual sofreu inúmeras reformas, sendo aprovado somente em meados de 2002, transformando-se na Lei n. 10.406.

No intuito de gerar proteção plena, o direito à personalidade, passou a ser tutelado pela Constituição Federal, pelo Código Civil, Código Penal, bem como pelas leis especiais que dispõem sobre direitos autorais, de imprensa e transplantes, dentre outros.

O direito à personalidade, como parte da estrutura normativa de nosso sistema, integra-se com os demais poderes jurídicos e seus respectivos interesses e valorações, necessitando, portanto, de limites intrínsecos e extrínsecos, para que haja harmonização no sistema.

São núcleos essenciais dos direitos de personalidade, de acordo com a Constituição Federal a vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade e vida privada. O direito ao casamento, foco do presente trabalho, é uma ramificação do direito à intimidade e vida privada, previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência no art. 6º, segundo consta: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável”.

O novo Código Civil dedicou o capítulo II, do Livro I, aos Direitos da Personalidade, tratados nos artigos 11 a 21. Protegeu de forma efetiva os direitos ao nome, à imagem, à vida privada e ainda, cuidou da possibilidade de o ser humano dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos, para depois da morte (art. 14, Código Civil).

O sujeito ativo do direito de personalidade possui não apenas o direito de usar e usufruir de sua personalidade como também, paralelamente, a este, exigir que os demais respeitem tal direito, permitindo que todos participem da vida social com as mesmas condições de igualdade.

Em regra, o respeito é garantido por *non facere* atos que ofendam tais direitos. Raramente, circunstâncias tipificadas determinam que alguém faça algo para preservar bens de personalidade de outro.

O limite ao direito de personalidade não decorre apenas da extensão do objeto e dos poderes e deveres jurídicos presentes em seu conteúdo como também do fim socioeconômico visado. Em caso de abuso de direito de personalidade, as sanções variam de acordo com as circunstâncias específicas do comportamento abusivo.

Com relação aos limites extrínsecos, os quais mais pertinência encontram nas nossas inquietações, o contrato constitui um dos mais importantes limites externos do direito subjetivo, sobretudo com relação à liberdade jurídica de ação, como no caso do casamento, que num certo plano, o direito geral de personalidade condiciona-se e restringe-se ao compromisso firmado com o cônjuge.

O âmbito da proteção normativa do direito geral de personalidade de cada indivíduo possui limitações quanto aos valores estruturantes dos direitos fundamentais pessoais, conforme orientam os incisos XXVII, XXVIII e XXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

A justificativa da imposição de limites ao direito à personalidade encontra respaldo no aspecto social do mundo. Num mundo cada vez mais complexo há necessidade de limitações para salvaguardar o desenvolvimento e a dignidade humana. Cabe ressaltar que estas limitações devem encontrar amparo legal, visto que o direito geral de personalidade é considerado um direito fundamental, conforme regulamentação constante no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.

O direito de personalidade é pessoal, ou seja, incide sobre a personalidade que cada um possui e não sobre a de terceiros, sendo assim, surgem problemas quando este direito colide com o direito de outros, face à multiplicidade e complexidade das situações, efetivamente, frente à necessidade de defesa e proteção da personalidade humana durante a convivência social.

Muitas vezes, o exercício do direito geral de personalidade colide com os direitos especiais de personalidade de outras pessoas. Verificados os pressupostos de existência de ambos os direitos e não apenas se tratando de colisão aparente de direitos, há necessidade de se recorrer ao ordenamento jurídico para que sane tal situação.

Esta análise deve ocorrer em consonância com os incisos X, XXVII, XXVIII e XXIX do artigo 5º da Constituição Federal e artigos 14 e 15 do Código Civil, de forma que o tratamento seja dado de acordo com a situação fática. De modo que, as situações de interesses iguais recebam tratamento igualitário e os interesses desiguais sejam tratados de forma correspondente as suas peculiaridades.

O momento de maior preocupação nas colisões entre direitos à personalidade reside nas posições hierárquicas que estes bens ou valores possuem dentro do conjunto do ordenamento jurídico. Assim, quando um direito de personalidade e um direito pessoal não personalíssimo se chocam, por exemplo, o direito de um filho menor de 18 anos expressar seus pensamentos e o direito funcional dos pais de propiciar uma boa educação, necessário se faz observar o peso dos valores normativos quanto à predominância individual e às regras familiares gerais, as quais atendem de forma genérica toda a sociedade.

Cabe trazer o pensamento de Santos Cifuentes que mesclando o direito à intimidade com o direito à personalidade, traz palavras pertinentes ao raciocínio a ser desenvolvido neste trabalho. Relata, o autor, que:

La persona desarrolla la vida em varios planos. Uno de ellos, y que le es muy caro, se proyecta sobre aquellos aspectos que desea ocultar a los demás y que no importan otra cosa que el reducto intransferible de la soledad. El ser espiritual del hombre no puede prescindir de dicha soledad. La necesita desde que también requiere poder expandirse, doblarse sobre si y profundizarse. Quiero decir que, um aspecto constitutivo de ese ser espiritual es la soledad radical y la reserva dentro del cerrado ambiente de lo próprio y familiar. El ser humano dejaría de serlo como es si se viera, em todas sus proyecciones, deplegado por la publicidad, por el conocimiento invasor y masivo, la curiosidad ajena. Esa soledad, por tanto, es una manifestación propia del hombre, de la persona. Como tal, uno de los derechos personalísimos innatos, esencial, inherente, privado, absoluto e interior. (CIFUENTES, 1995, p. 543-544).

A partir destas afirmações, chega-se ao ponto que permite o desdobramento do estudo partindo da indagação a seguir:

Quando a pessoa com deficiência mental quer exercer seus direitos de personalidade, no aspecto afetivo de seus sentimentos, e seus interesses colidem com os interesses de seus respectivos curadores, qual direito deve prevalecer?

Para responder à indagação, é necessário reconhecer o direito de contrair matrimônio como um direito de personalidade, ligado à intimidade e à vida privada. A Constituição Federal garante os direitos de personalidade a todos, sem distinção de qualquer natureza.

Ademais, faz-se *mister* reconhecer que seu exercício deve ser observado em função do requisito atinente à capacidade. Requisito este que as pessoas com deficiência mental detêm de forma plena, segundo a Convenção (art. 12) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, art. 6º, inciso II e art. 84 e 85.

Neste sentido, é o entendimento de Glauber Salomão Leite, segundo o qual:

É possível que uma pessoa com deficiência mental ou intelectual não tenha condições de gerir seus bens, por ausência ou redução de seu discernimento, sem que lhe falte, entretanto, condições para, de forma, segura, expressar a sua vontade a respeito de questões de outra ordem, afetivas, familiares, culturais, corporais, educacionais, afeitas, em sua, à sua dignidade. (LEITE, 2012, p. 315).

Desta forma, somando-se ao questionamento acima, indagamos: Como ficará a eficácia deste novo dispositivo, ou seja, o exercício do direito ao casamento, diante de curatelas existentes antes do Estatuto?

A eficácia da capacidade é imediata, havendo a revogação tácita da declaração judicial de curatela?

Logo, verifica-se que as pessoas com deficiência devem ter seus direitos amplamente resguardados e tutelados se o que se pretende é uma sociedade livre, justa e solidária que fomenta a igualdade de oportunidades aos membros desse grupo, especialmente quanto o assunto infere-se sobre sua manifestação de vontade. Deparamo-nos, pois, com uma questão de direito intertemporal, que enseja algumas observações e hipóteses práticas que o legislador não se ateu.

4 HIPÓTESES PRÁTICAS RELACIONADAS À CURATELA DIANTE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

No direito processual, a função do curador especial assume forma mais clara e sem problemas de grandes proporções. No entanto, quando pensamos no conflito de interesses no direito material, o estudo se torna mais minucioso.

Após explanarmos sobre direito à personalidade, cabe trazer à baila algo conexo e essencial ao exercício do direito de contrair matrimônio na hipótese que haja curatela já declarada anteriormente ao Estatuto e o direito ao amplo exercício da autonomia de vontade, decorrente da capacidade plena e, no caso, de divergência de vontade entre a pessoa com deficiência mental e seu curador.

A curatela, como se sabe, é o encargo atribuído a alguém, por meio de lei, para que esta pessoa cuide de outra e de seus respectivos bens, tendo em vista que a pessoa que necessita de ajuda, não possui condições de fazê-lo, em razão de alguma enfermidade ou deficiência mental. (DINIZ, 2007, p. 602).

O inciso I, do artigo 1548 Código Civil de 2002, revogado pela Lei n. 13.146/2015 considerava nulo o casamento realizado “pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”. Hodiernamente, segundo o inciso IV, do artigo 1550, do mesmo dispositivo legal, considera-se anulável o casamento contraído por “incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento”.

Ainda, merece destaque o §2º, do dispositivo em comento, pois foi acrescido pela Lei n. 13.146/2015, estabelecendo “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”.

O inciso I, do artigo 1.767, do Código Civil assim diz que: “Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

De modo geral, o pressuposto fático da curatela é a incapacidade. A curatela se dá por decisão proferida por juiz, mediante processo de interdição, não se admitindo o pronunciamento da interdição em processo comum.³⁻⁴ Aqui, cumpre destacar, a inversão na interpretação quanto ao grau de capacidade civil trazida pela Lei n. 13.146/2015, pois, antes de seu nascimento, o artigo 3º, CC/02, assim era regido:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Porém, com o advento da Lei n. 13.146/2015, II e III do artigo 3º do Código Civil, foram revogados. Passando a vigorar a capacidade jurídica plena da pessoa com deficiência, sendo que a decretação de curatela será medida excepcional, somente será possível diante da constatação de ausência total ou parcial da capacidade de discernimento.

Ademais, nesta nova ideia de capacidade, conjectura-se que a restrição ao exercício de direitos, por meio da curatela, somente diz respeito aos atos que envolvem direitos patrimoniais e negociais, perdurando o pleno exercício dos demais direitos decorrentes da personalidade, que se fundam na existência do ser humano⁵.

³ Vide artigos 747 a 758 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015.

⁴ A título de demonstração histórica-evolutiva da capacidade no direito civil temos que O Novo Código Civil alterou a classificação do artigo 5º, II do Código Civil de 1916 (MONTEIRO, 2004, p. 401), em que os enfermos mentais eram considerados absolutamente incapazes e pelo novo dispositivo legal, o juiz fixa a incapacidade do interdito e assim, determina o alcance da atuação do curador, podendo desta forma, ser considerado o enfermo mental como relativamente ou absolutamente incapaz.

⁵ Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto; § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado”.

Com efeito, questionamos: Que natureza de curatela deve prevalecer? A anterior ao Estatuto, que impedia a realização de qualquer, por ser interditada a pessoa com deficiência, ou a atual que não impede a realização de todos os atos da vida civil e social?

A regra anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência era da incapacidade absoluta ou relativa, e, segundo Maria Helena Diniz, a interdição é medida protetiva de incapaz para evitar dano a si e ao seu patrimônio (DINIZ, 2007, p. 612)⁶.

Portanto, a vontade da pessoa com deficiência ficava condicionada a vontade de seu curador, já que a grande maioria da legislação anterior vigente tinha cunho protetivo e assistencialista em face da pessoa com deficiência, fato que ensejava sua não participação da sociedade e, conseqüentemente, a não realização de seus direitos, especialmente ligados a sua personalidade e vontade.

4.1 Revisão quanto ao Conflito entre a Vontade do Curador e da Pessoa com Deficiência quanto ao Exercício do Direito ao matrimônio e à Sexualidade

A controvérsia não está em admitir o direito ou a existência de sentimentos por parte da pessoa com deficiência, uma vez que não seria prudente julgar a capacidade de um ser humano com relação a seus sentimentos, mas sim, em permitir que estes ganhem forma e expressão.

A diminuição da capacidade intelectual e adaptativa à sociedade poderá afetar o desenvolvimento pleno dos relacionamentos afetivos. Isto pode estar diretamente ligado à ideia padronizada e embutida em nossos inconscientes.

Este problema se agrava na medida em que a família, amigos e profissionais que lidam com a pessoa com deficiência colocam suas próprias expectativas para enfrentar a situação sem atinarem que isto não se desenvolve de forma mecânica, mas sim num contexto diferenciado.

As dificuldades que as pessoas com deficiência podem apresentar para estabelecer uma relação sexual estável estão ligadas não tanto à limitação intelectual, mas sim a outras dimensões da personalidade. Nesse sentido, fomenta-se que:

Las dificultades específicas que las personas con retraso puedan tener para establecer una relación sexual estable – y en relación con ello, la posible incapacidad jurídica para contraer matrimonio eclesiástico o civil – se relacionan no tanto con su limitación intelectual, cognitiva, en sentido estricto, cuanto con otras dimensiones de personalidad asociadas, ellas sí, al déficit intelectual. Ni la “edad mental”, ni el “cociente intelectual”, escasamente útiles para otros fines, educativos o laborales, resultan de especial utilidad tampoco aquí. No es tanto el nivel de inteligencia, cuanto otro conjunto de rasgos, de madurez personal, lo que hace posible no ya una relación sexual estable, sino incluso la demanda de esa relación y aun más

⁶ Decretada a interdição, o juiz nomeará, na mesma sentença, o curador para o interdito, observando o artigo 1.775 do Código Civil, que diz: “O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. § 1º - Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto; § 2º - Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos; § 3º - Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador”.

la demanda de su reconocimiento social en el vinculo del matrimonio. De todos modos, al considerar en serio el matrimonio o simplemente el emparejamiento de hecho, se está pensando em personas con deficiência ligera o moderada. (GAFO; AMOR, 1997, p. 75).

As pessoas mais próximas criam e tornam cada vez mais eficientes seus meios de controle e proteção. Este instinto é inato a qualquer ser vivo, de proteger o “pequenino” ou quem requer mais cuidados. É dosado quanto às pessoas que necessitam de tratamento especial.

O segundo grande empecilho de progresso nesta área é o disfarçado preconceito. Não podemos pensar com preconceito, sob pena de impedirmos, em muitos casos, a inclusão de determinada pessoa. Criar constrangimento ao diagnosticar manifestações sentimentais por parte da pessoa com deficiência mental pode desencadear confronto tanto no aspecto pessoal como na relação com as demais pessoas.

O vínculo afetivo que criamos com os demais é necessário ao desenvolvimento das potencialidades de cada indivíduo. Por meio do contato que o recém-nascido tem com os pais e irmãos é que experimentam sensações de alegria e tristeza, desenvolvendo suas emoções, o que, certamente, pode ser considerada a alavanca para o seu desenvolvimento.

Um dos maiores tabus enfrentados pelas pessoas com deficiência mental dentro dos sentimentos é com relação à sexualidade. Frequentemente, pais e educadores manifestam-se no sentido de inibir o desenvolvimento sexual destas pessoas como se a permissão a isto fosse um mal irreparável. Trata-se, na verdade, do medo de exposição, da falta de conhecimento sobre o assunto que os próprios responsáveis por eles possuem.

A sexualidade está diretamente ligada às questões afetivas, integrando o direito à privacidade. Faz parte da ideia que cada um possui de seu corpo, é um dos principais instrumentos relacionais. Não existe um modelo a ser seguido. Cada um manifesta e desenvolve seus sentimentos de maneiras e idades diferenciadas. É uma consequência natural do desenvolvimento do ser humano. Neste ponto, cabe colacionar as palavras de Maria Helena Brandão Vilela Gherpelli,

A nossa cultura tem uma tendência a reduzir a sexualidade à sua função reprodutiva e genital, sem levar em conta a importância dos sentimentos e emoções decorrentes do processo educacional e vivencial do indivíduo na vida sexual. O fato é que cada um pode viver muito bem, e plenamente, de acordo com o que suas circunstâncias lhe permitem. Sem dúvida, as pessoas que puderam ter mais experiências de vida e ampliar seus conhecimentos alcançam uma riqueza maior nas suas relações. Mas isso não significa que sejam mais ou menos felizes sexualmente do que outros que não tiveram as mesmas oportunidades. (GHERPELLI, 1995, p. 16)

Outra observação fundamental, neste campo, está relacionada aos chamados três pilares da sexualidade: o potencial biológico, o processo de socialização e a capacidade psicoemocional. Destes elementos primordiais, surge a colisão entre a necessidade sexual básica e a adaptação às regras de convivência.

Estudos demonstram que na pessoa com deficiência mental, a sexualidade não se desenvolve por fatores biológicos. Encontram-se diferenças no desenvolvimento sexual dentro das diversas deficiências mentais existentes.

Balbino Povedano Ortega, entretanto, no artigo “*Biología de la sexualidad, la sexualidad del deficiente mental*”, entende que o sexo biológico da pessoa com deficiência está estruturado, ainda que com alguma exceção, com normalidade. A dificuldade não se apresenta no sexo, e sim em sua sexualidade, ou seja, o modo como o indivíduo assume e dimensiona o sexo. Nesse sentido:

El sexo biológico del deficiente mental está estructurado, aunque con alguna excepción, con normalidad. La estructura de los núcleos hipotalámicos y área límbica y su capacidad de respuesta a los estímulos procedentes de los genitales es correcta. Lo único que se ve afectado es la influencia de la corteza cerebral, lo que podríamos llamar el nivel psíquico del sexo, como factor de estímulo de los núcleos de la base y como parámetro que afecta a la capacidad de expresividad y relación. Así pues, no el sexo, pero si la sexualidad, entendida como el modo en que un individuo asume y dimensiona su sexo, está dificultada. (GAFO; AMOR, 1997, p. 67).

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.

Porém, cabe ressaltar que os estudos ainda são inconclusivos sobre todos estes aspectos, visto que os modelos e as teorias ainda são incompletos. A maioria das pesquisas utiliza testes psicométricos para averiguar o grau da deficiência. Mais difícil de lidar do que as situações de intimidade vivenciadas dentro do lar é a aceitação de convivência e de experiências afetivas com pessoas fora deste círculo.

A maioria dos parentes ainda apresenta dificuldade para enfrentar a situação. Dois exemplos chamam atenção no Brasil. Um dos exemplos é dos pais que permitiram o casamento de seus filhos portadores de Síndrome de Down e a mãe ainda dividiu esta experiência com os demais, por meio de seu filme lançado com nome “Do Luto à Luta” (2005). Esta obra rompe as barreiras do medo e do preconceito e evidencia a compreensão que as famílias tiveram e a preocupação que demonstraram em proporcionar felicidade para seus filhos.

A segunda história, muito relevante no país com relação às pessoas com síndrome de Down, diz respeito ao fato de Maria Gabriela Andrade Demate, 27 (vinte e sete) anos, com síndrome de Down, engravidar do marido Fábio Marchete de Moraes, pessoa com deficiência intelectual, e dar a luz a Valentina, cuja criança não herdou nem a síndrome da mãe e nem a deficiência intelectual do pai. (GARCIA, 2016)

Já visualizamos, pela apresentação de teorias contraditórias, que poderá haver uma divergência entre representado e seu curador.

De um lado, devem-se levar em conta os direitos de personalidade desse grupo de pessoas. De outro, o papel do curador em protegê-las. Entretanto, parece que não há contraposição nessas duas situações, tendo em vista que ambas caminham na mesma direção. Ou seja, é possível que seja apenas uma contradição aparente.

Na realização dos direitos de personalidade, encontra-se a busca pela felicidade, objetivo almejado tanto pelas pessoas com deficiência quanto por aquelas que querem protegê-las. O direito à felicidade está amparado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal),

princípio máximo do ordenamento jurídico. Portanto, ambos os interesses devem buscar o pleno alcance da dignidade humana e, conseqüentemente, da felicidade.

A divergência encontra-se no lapso temporal que se afigura a curatela, qual seja, antes do Estatuto, em que a interdição era completa, impedindo-se a realização de qualquer ato da vida civil ou social; ou após o Estatuto, em que a curatela somente se dá em casos excepcionais, tutelando apenas as situações de âmbito patrimonial ou negocial.

Assim, haverá soluções divergentes para o mesmo assunto, vez que na primeira a aquiescência do curador com a autonomia da vontade da pessoa com deficiência mental será incontestável, enquanto que no segundo caso o curatelado poderá requerer o auxílio do curador e, portanto, esta é temperada por limites. Fator que justifica a necessidade de revisão da implementação do citado instituto.

Deve-se ressaltar que a proteção da dignidade humana também é permeada por outros valores além da busca pela felicidade. Também integram a dignidade humana a proteção à vida, à segurança, à saúde, dentre outros direitos fundamentais.

É evidente que, a autonomia da vontade do curatelado e o interesse do curador deveriam convergir qualquer seja o tempo da declaração da curatela, para se resolver de forma tranquila, desde que não houvesse risco a outros direitos fundamentais (e igualmente importantes) da pessoa com deficiência mental.

Contudo, é patente que a ideia inclusiva trazida pelo Estatuto nem sempre permeia a ideologia da sociedade e das famílias que tem pessoas com deficiência como um de seus membros, tornando, por vezes, dificultosa o pleno exercício da capacidade jurídica que as pessoas com deficiência atualmente são dotadas.

Quando se fala em direito ao sentimento, refere-se a direito ao afeto, “atributo essencial das relações familiares”. E é com base também no afeto que se deve resguardar a prevalência do interesse do curador em face dos interesses do curatelado, na medida em que a proteção ampla do conjunto de direitos da pessoa com deficiência mental também é um ato de afeto por parte do curador.

Não pretendemos aqui exaurir o tema, inclusive pelo fato da legislação ser recente e não possuir estudos doutrinários suficientes para responder tal problemática, muito menos decisões judiciais que preveem solução pacífica ao tema em análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas com deficiência, incluindo a deficiência mental, foco do presente trabalho, constituem grupo com ampla proteção na Constituição de 1988, que se preocupou com o tema da inclusão social.

A definição não foi tratada pela Constituição Federal, que deixou a tarefa ao legislador infraconstitucional e ao intérprete, que deve observar os vetores traçados no Texto Constitucional. Não há uma definição universal. Apresentado conceito mais fechado ou mais maleável, é importante que ela se paut

principalmente pelo grau de dificuldade de se integrar na sociedade. A preocupação é com a proteção de um grupo mais vulnerável de pessoas.

Apesar de previsões expressas, alguns direitos podem ser objetos de conflitos de interesses entre a pessoa com deficiência e seu responsável, no caso, denominado de curador, segundo artigo 1.767 do Código Civil.

Esta situação agrava-se quando se trata de direitos intransponíveis e irrenunciáveis, como o direito à personalidade, previsto no artigo 11 do mesmo dispositivo legal.

O Código Civil prevê no artigo 1.767, as pessoas sujeitas à curatela, onde se encaixam as pessoas com deficiência. Em princípio, a lei age de forma protetiva, tentando abarcar todas as situações que possam constringer ou prejudicar de alguma forma os interesses das pessoas com deficiência, atribuindo, assim, a uma pessoa denominada de curador, o dever de agir de forma a preservar estes interesses.

Ao pensar na figura do curador, normalmente, pensa-se em alguém que preserve o patrimônio e a integridade física da pessoa com deficiência. Mas, ao aprofundar a análise na vida afetiva desta pessoa, questiona-se o poder de decisão que o curador pode desempenhar.

O direito à personalidade é assegurado pelo artigo 11 do Código Civil, que preconiza ser intransmissível e irrenunciável, e cujo exercício não pode sofrer limitação voluntária.

Essa reflexão ganha contexto ao imaginarmos situações supostamente possíveis, como no caso de uma pessoa com deficiência mental possuir recursos financeiros próprios, capazes de suprir suas necessidades, ter o desejo de ser mãe e encontrar a proibição por um preconceito familiar. Em outro sentido, discutiria o direito à maternidade a uma pessoa com deficiência cujo grau de entendimento intelectual não lhe permita realizar sozinho algumas atividades básicas, agravado pelo fato da família ser extremamente desprovida de recursos financeiros e também humanos para auxiliar na criação de mais um membro.

Desta forma, questiona-se, à luz da forma de implementação anterior do instituto da curatela: será justificável haver a manifestação, no sentido de intromissão ou impedimento na realização, do curador quando a situação envolva direitos fundamentais da personalidade, como o desejo de casar-se?

Acreditamos que as curatelas declaradas anteriormente à vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência devam ser revistas, com o intuito de garantir plenamente à pessoa com deficiência mental sua inclusão na sociedade, especialmente por lhe permitir que seus desejos sejam concretizados, seja no casamento ou na sexualidade, fator fundamentação para a convivência em sociedade em condições dignas e em igualdade as demais pessoas.

O respeito ao sentimento é uma das formas de respeito ao princípio da dignidade humana, que também estará assegurado através do resguardo à vida, integridade física, saúde, segurança, dentre outros direitos fundamentais igualmente importantes e que, também, tem por destinatários as pessoas com deficiência mental.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional da Pessoa com Deficiência**. 4 ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna do Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Barrados**. Pessoas com Deficiência Sem Acessibilidade: Como, o que e de Quem Cobrar. Petrópolis: KBR Digital, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**, vol. 962, p. 65-80, Dez/2015.

ASSIS, Olney Queiroz; Pozzoli, Lafayette. **Pessoa Portadora de deficiência**: direitos e garantias. 2 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BERNARDI, Lígia Maria. **O curador especial no Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. 215 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Bueno Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume, 22. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DO luto a Luta. Direção: Evaldo Mocarzel. Produção: Leila Bourdoukan. Roteiro: Evaldo Mocarzel. Estúdio: Circuito Espaço de Cinema / Casa Azul Produções. 2005. 1 filme (75 min).

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência**: Garantia de Igualdade na Diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GAFO, Javier y AMOR, José Ramón (Eds.). **Matrimonio y Deficiencia Mental**. Madrid: Coimbra. 1997.

GARCIA, Vera. Três anos após dar à luz, mãe com síndrome de down revela detalhes de seu dia a dia. Deficiente Ciente. **O blog da Inclusão e Cidadania**. Disponível em: <http://www.deficienteciente.com.br/tres->

anos-apos-dar-a-luz-mae-portadora-de-sindrome-de-down-revela-detalhes-de-seu-dia-a-dia.html#comments.
Acesso em: 18 maio 2016.

GHERPELLI, Maria Helena Brandão Vilela. **Diferente, mas não desigual**: a sexualidade no deficiente mental. São Paulo: Gente, 1995.

GURGEL, Maria Aparecida; Costa Filho, Waldir Macieira da; Ribeiro, Lauro Luiz Gomes. **Deficiência no Brasil**: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LEITE, Glauber Salomão. O Regime Jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional: A Igualdade e as Ações Afirmativas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil**. 2. vol. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Cood.) **A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Civil**: direito de família, 6. vol. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Por Falar em Classificação de Deficiências. **Revista Brasileira de Tradução Visual**. v. 12, n. 12, 2012. Disponível em:
<http://www.rbtv.associadodainclusão.com.br/index.php/principal/article/view/157/265>. Acesso em: 30 ago. 2016.

SILVA FILHO, Artur Marques. Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica** (PUCCAMP). Campinas, v. 21, n 1. 2005.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.