

Raphael Furtado Carminate



capacidade das pessoas com
deficiência mental ou intelectual
para constituir
família

capacidade das pessoas com
deficiência mental ou intelectual
para constituir
família

Raphael Furtado Carminate

capacidade das pessoas com
deficiência mental ou intelectual
para constituir
família



Copyright © 2019, D'Plácido Editora.
Copyright © 2019, Raphael Furtado Carminate.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Editor
Tales Leon de Marco

Produtora Editorial
Bárbara Rodrigues

Capa, Projeto Gráfico
Letícia Robini
(Imagem por Gavin Allanwood, via Unsplash)

Diagramação
Bárbara Rodrigues

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

CARMINATE, Raphael Furtado.

Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

232 p.

ISBN: 978-85-60519-99-6

1. Direito. 2. Direito Civil. I. Título.

CDD342.1

CDU341.2

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Para Mariana e João, com amor.

Agradecimentos

A Deus, que guiou meus passos nesta longa jornada.

Ao meu orientador, professor Eduardo Goulart Pimenta, que com respeito e sabedoria compartilhou comigo seus conhecimentos e me proporcionou a tranquilidade necessária para o desenvolvimento deste trabalho.

À minha coorientadora, Professora Taisa Maria Macena de Lima, pela confiança em mim depositada e pronta disponibilidade em aceitar a coorientação. Obrigado pelos preciosos ensinamentos, apoio, amizade e convivência.

Ao professor Walsir Edson Rodrigues Júnior, meu orientador no mestrado, pelo incentivo, ponderações e sábios questionamentos.

Aos demais professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas pela colaboração durante todo o curso.

Aos amigos e familiares, pelo incentivo e contribuição direta ou indireta para a conclusão deste objetivo.

Aos meus pais, irmãos e sobrinhos, pela torcida e apoio.

À Mariana, minha esposa, e ao meu filho, João, meus grandes amores, maiores incentivadores nesta caminhada, agradeço pela simples razão de existirem.

Enfim, agradeço a todos aqueles que fizeram parte deste grande sonho. Espero retribuir tudo o que fizeram, e ainda fazem, por mim.

Sumário

<i>Lista de abreviaturas e siglas</i>	13
<i>Prefácio</i>	15
<i>1. Introdução</i>	17
<i>2. Conceito legal de deficiência mental e de deficiência intelectual</i>	21
2.1. Notas sobre a evolução do tratamento jurídico conferido às pessoas com deficiência mental ou intelectual no Brasil.....	31
<i>3. Capacidade</i>	43
<i>4. Evolução do regime das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro</i>	51
4.1. Do “Esboço do Código Civil” ao Código Civil de 2002.....	51
4.2. Críticas ao regime das incapacidades estabelecido pela redação originária do Código Civil de 2002.....	58
4.3. Alterações no regime das incapacidades promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus efeitos diretos e indiretos.....	61
4.3.1. Críticas às alterações no regime das incapacidades promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência	71
<i>5. Fatos jurídicos</i>	79
5.1. Apresentação sucinta das espécies lícitas de fatos jurídicos.....	80

5.1.1. Fato jurídico “stricto sensu” (em sentido estrito).....	80
5.1.2. Ato-fato jurídico.....	81
5.1.3. Ato jurídico “lato sensu”.....	83
5.1.3.1. Ato jurídico “stricto sensu”.....	84
5.1.3.2. Negócio jurídico.....	85
5.1.3.3. Plano da existência do negócio jurídico.....	87

6. A constituição de família no ordenamento jurídico brasileiro.....	91
6.1. Breve evolução histórica do Direito das Famílias no Brasil.....	91
6.2. Casamento.....	98
6.2.1. Natureza jurídica do casamento.....	101
6.2.1.1. Contratualista.....	102
6.2.1.2. Teoria institucionalista.....	103
6.2.1.3. Mista ou eclética.....	104
6.2.1.4. Negócio jurídico existencial “sui generis”.....	104
6.2.2. Capacidade matrimonial.....	108
6.2.2.1. Do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002.....	108
6.2.2.2. Alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – atribuição de capacidade para o casamento às pessoas com deficiência mental e intelectual.....	114
6.3. União estável.....	120
6.3.1. Pressupostos para a configuração da união estável.....	125
6.3.1.1. Diversidade de sexos.....	126
6.3.1.2. Ausência de impedimentos matrimoniais.....	127
6.3.1.3. Estabilidade e continuidade.....	130
6.3.1.4. Ostensibilidade ou notoriedade.....	132
6.3.1.5. Objetivo de constituir família.....	133
6.3.2. Natureza jurídica da união estável.....	135
6.3.2.1. Enquadramento da união estável dentre as espécies lícitas de fatos jurídicos.....	136
6.3.2.1.1. Fato jurídico stricto sensu.....	136

6.3.2.1.2. Ato jurídico stricto sensu.....	138
6.3.2.1.3. Negócio jurídico.....	138
6.3.2.1.4. Ato-fato.....	148
7. Experiência Argentina.....	155
7.1. Breve exposição do regime de capacidade jurídica instituído pelo novo “Código Civil y Comercial de la Nación”.....	156
7.2. Casamento.....	165
7.2.1. Inexistência do casamento.....	171
7.3. União estável.....	174
8. Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para o casamento.....	177
8.1. Pessoa com deficiência mental ou intelectual com discernimento para a celebração do casamento.....	180
8.2. Pessoa com deficiência mental ou intelectual sem discernimento para a celebração do casamento.....	182
8.2.1. Relativização excepcional do alcance da curatela.....	182
8.2.2. Casamento inexistente.....	188
9. Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para a constituição de união estável.....	197
9.1. A união estável como ato-fato jurídico.....	197
9.2. A união estável como negócio jurídico.....	201
10. Conclusão.....	205
Referências.....	213

Lista de abreviaturas e siglas

AAIDD.....	American Association on Intellectual and Developmental Disabilities
AAMR.....	American Association on Mental Retardation
CAPS.....	Centros de Atenção Psicossocial
CC.....	Código Civil
CC/2002.....	Código Civil de 2002
CCyN.....	Código Civil y Comercial de la Nación
CIF.....	Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde
CPC.....	Código de Processo Civil
EPD.....	Estatuto da Pessoa com Deficiência
IBGE.....	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
OMS.....	Organização Mundial da Saúde
ONU.....	Organização das Nações Unidas
PL.....	Projeto de Lei
PLS.....	Projeto de Lei do Senado
PNS.....	Pesquisa Nacional de Saúde
PSB/RJ.....	Partido Socialista Brasileiro / Rio de Janeiro
PT/RS.....	Partido dos Trabalhadores / Rio Grande do Sul
SCD.....	Substitutivo da Câmara dos Deputados
SUS.....	Sistema Único de Saúde

Prefácio

A promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência significou alteração de normas legais, desconstrução de entendimentos jurisprudenciais e quebra de paradigmas no Direito. Calorosos e profundos são os debates sobre o novo *status* e sobre as possibilidades de ser e de atuar da pessoa humana, com deficiência física, sensorial, mental ou intelectual, visando a promoção da sua mais completa inclusão na vida social, no trabalho e na família.

Neste contexto, vem a público o texto escrito pelo Prof. Dr. Raphael Carminate - inicialmente apresentado como tese de doutorado, no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, aprovada como nota máxima e como louvor.

O trabalho acadêmico foi desenvolvido sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta, dentro da linha de pesquisa Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado à Luz do Estado Democrático de Direito. Na condição de coorientadora, integrei a Banca Examinadora e participei, com muita alegria e entusiasmo, de todo o processo criativo: da ideia à defesa.

Agora, a academia compartilha com a comunidade jurídica, o resultado de anos de investigação e reflexão, com o livro intitulado *Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família*.

De início, o autor discorre sobre o conceito legal de deficiência mental e de deficiência intelectual, delineando o tratamento jurídico conferido às pessoas com deficiência mental ou deficiência intelectual no Brasil.

O Capítulo seguinte - investigação preparatória ao capítulo sobre a evolução do regime das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro - centra-se na análise crítica da capacidade civil.

A abordagem do regime das incapacidades na legislação brasileira inicia-se pelo Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas e finda com a versão vigente do Código Civil de 2002. Neste Capítulo, estão concentradas

as críticas às alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das incapacidades.

Logo em sequência, as categorias clássicas (fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico) são revisitadas no Capítulo sobre os fatos jurídicos.

No Capítulo dedicado à constituição de família no ordenamento jurídico brasileiro, o casamento e a união estável (heteroafetiva ou homoafetiva) são dissecados. A autor desenvolve temas como, a natureza jurídica do casamento, a capacidade matrimonial, a natureza da união estável e pressupostos para a sua configuração.

A aplicação do método comparativo revela-se no segmento que cuida da “experiência argentina”. Este Capítulo oferece uma breve exposição do regime de capacidade jurídica, implementado pelo novo Código Civil da Argentina, e as soluções previstas para o casamento e a união estável de pessoa com deficiência mental ou intelectual, diversas daquelas adotadas no Brasil.

O núcleo da tese encontra-se distribuído nos Capítulos 7 e 8 do livro.

A capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para casar é enfrentada no Capítulo 7. Defendendo o entendimento de que o casamento é negócio jurídico, o autor procede a análise, em separado, do casamento de pessoa *com* discernimento e de pessoa *sem* discernimento, apontando soluções jurídicas numa e noutra hipótese.

A temática se completa com o estudo da união estável que, na visão do autor, é ato-fato jurídico, o que importa mitigar o papel do discernimento na sua configuração.

Conquanto sejam muitos os textos jurídicos sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, poucos focam na delicada e complexa questão atinente à capacidade para constituir família.

A leitura atenta deste livro revelará a sua densidade, atualidade e contribuição para a Teoria do Direito e para o Direito Civil.

Táisa Maria Macena De Lima

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UFMG.
Professora no Curso de Graduação em Direito e no Programas de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito na PUC Minas.
Desembargadora do Trabalho. Ex-bolsista do DAAD – Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico.

Introdução

As pessoas com deficiência, especialmente mental e intelectual, historicamente foram estigmatizadas, segregadas da participação na vida social, vítimas de preconceito e impedidas de tomar decisões a respeito de questões atinentes às suas vidas privadas, independentemente da natureza do ato e da presença de discernimento para tal.

Nesta perspectiva, a teoria das incapacidades originalmente desenvolvida no Brasil considerava as pessoas com deficiência mental ou intelectual incapazes para os atos da vida civil, nomeando-se curadores para representá-las ou assisti-las, conforme se tratasse de incapacidade absoluta ou relativa, respectivamente. Este sistema era estático e não representava a realidade concreta, na qual uma pessoa com deficiência mental ou intelectual mantém, muitas vezes, o discernimento para alguns atos, embora o tenha prejudicado para outros. Além disso, tratavam-se os atos de cunho patrimonial da mesma forma que os de natureza existencial, sem se atentar para as substanciais diferenças entre a natureza dos direitos envolvidos.

Em regra, os direitos existenciais são exercidos por atos praticados pelo próprio interessado, sendo admitida excepcionalmente a atuação de representante voluntário com poderes específicos, razão pela qual não admitem a atuação de um curador. Logo, ao não se reconhecer capacidade plena às pessoas com deficiência mental ou intelectual, o ordenamento jurídico acabava por diminuir, sem qualquer justificativa, a capacidade de direito dessas, pois a incapacidade de exercício, quando se trata de atos desta natureza, implica negativa do direito. Assim, as pessoas com este tipo de deficiência, eis que presumidamente considerados incapazes, eram privadas do direito de constituírem família, reputando-se nulo o casamento e a união estável eventualmente contraído ou constituída por elas.

Com a promulgação da Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das incapacidades,

historicamente adotada, fora revista, estabelecendo a referida norma que a deficiência não afetará a plena capacidade civil da pessoa, dentre outras coisas, para “casar-se e constituir união estável” (BRASIL, 2015a). Uma das finalidades da norma foi romper com o criticado regime anterior e assegurar às pessoas com deficiência mental ou intelectual a possibilidade de exercer pessoalmente seus direitos, reconhecendo sua autonomia.

Todavia, apesar da louvável finalidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência repetiu o principal erro existente no sistema anterior, que era a demasiada abstração e generalidade, pressupondo serem exatamente iguais as situações de todos os indivíduos com deficiência, ignorando as limitações efetivamente vivenciadas pelo sujeito concreto. No mundo real, observa-se que as pessoas com deficiência mental ou intelectual, às vezes, não têm o discernimento prejudicado e, noutras situações, embora haja prejuízo, este varia em intensidade e compromete atos da vida civil diferentes.

Esta alteração no regime das incapacidades suscitou inúmeros questionamentos, entretanto, aquele a que se propõe analisar-se neste trabalho é especificamente o seguinte: o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao conferir às pessoas com deficiência mental ou intelectual a capacidade para casar e constituir união estável, independentemente de discernimento específico, deixa de proteger estas pessoas e amplia sua vulnerabilidade, rompendo com a finalidade protetiva do regime das incapacidades? É possível a interpretação desta norma em conformidade com os ditames da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e com a teoria geral do Direito Privado, evitando-se as distorções decorrentes de sua interpretação literal?

Para a solução do problema proposto, adotou-se como referencial teórico a teoria dos fatos jurídicos formulada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello, os quais utilizam, como critério para classificação e preenchimento do plano da existência, os elementos nucleares do suporte fático. Recorreu-se ao estudo da doutrina e legislação correlatas, destacando-se que, por se tratar de um questionamento decorrente de alteração legislativa recente, são escassas as obras que se destinam à análise deste tema específico, evidenciando-se a importância e relevância deste estudo. O trabalho é, assim, fracionado em nove etapas, iniciando-se pela presente introdução.

No capítulo 2, apresenta-se o conceito legal de deficiência mental e de deficiência intelectual, demonstrando-se a importância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como instrumento de assegurar dos direitos destas pessoas no âmbito internacional, o que resultou na superação do modelo médico e a consolidação do modelo social de deficiência. Neste mesmo capítulo, é apresentado, de forma sucinta, o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas com deficiência mental ou

intelectual, desde as Ordenações até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em seguida, no capítulo 3, expõe-se o conceito de capacidade adotado no estudo, bem como as distinções entre personalidade, capacidade de direito (gozo) e capacidade de fato (exercício), observando-se que a incapacidade de fato para atos existenciais implica em diminuição da capacidade de direito.

Dedica-se, no capítulo 4, ao estudo da evolução do regime das incapacidades no Direito brasileiro, demonstrando-se o regime abstrato adotado até as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e as críticas a ele formuladas. Posteriormente, apresentam-se os principais reflexos da revisão do regime das incapacidades promovida pela legislação em vigor no Direito Civil, assim como suas falhas apontadas pela doutrina.

No capítulo 5, dedica-se à análise das espécies de fatos jurídicos lícitos, constituindo o mesmo substrato teórico para a correta categorização do casamento e da união estável, indispensável para a submissão de tais entidades familiares ao regime jurídico adequado.

Por sua vez, no capítulo 6, analisa-se a constituição de família no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-se inicialmente a evolução dos modelos de família historicamente aceitos pela legislação. Em seguida, dedica-se ao estudo do casamento, investigando-se sua natureza jurídica e, posteriormente, dá-se enfoque à disciplina da capacidade matrimonial ao longo do tempo, uma vez ter esta entidade familiar natureza negocial. Por fim, analisa-se a evolução do tratamento jurídico conferido à família informal, apresentam-se seus pressupostos de existência e, na sequência, define-se a natureza jurídica da união estável, a fim de se concluir se a ela se aplica, ou não, o regime das incapacidades.

Como as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na capacidade para a constituição de família foram motivadas pela efetivação normativa dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil, na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e seu protocolo facultativo, a análise da disciplina conferida a esta matéria por outros países signatários certamente contribui para a solução do problema apresentado. Assim, no capítulo 7, estuda-se o tratamento que a Argentina conferiu a este tema no recentemente promulgado “Código Civil y Comercial de la Nación” (Lei n. 26.994, publicada em 08 de outubro de 2014).

Finalmente, os capítulos 8 e 9 dedicam-se ao tema central deste trabalho, qual seja, a capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para casar e para constituir união estável, respectivamente, apresentando-se, a partir de uma interpretação conforme a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e com fulcro na teoria geral do Direito Privado, as soluções para o problema apresentado.

“

A promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência significou alteração de normas legais, desconstrução de entendimentos jurisprudenciais e quebra de paradigmas no Direito. Calorosos e profundos são os debates sobre o novo status e sobre as possibilidades de ser e de atuar da pessoa humana, com deficiência física, sensorial, mental ou intelectual, visando a promoção da sua mais completa inclusão na vida social, no trabalho e na família. Neste contexto, vem a público o texto escrito pelo Prof. Dr. Raphael Carminate - inicialmente apresentado como tese de doutorado, no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, aprovada como nota máxima e como louvor”.

**Taisa Maria
Macena de Lima**



ISBN 978-85-60519-99-6



9 788560 519996