

A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência

Débora GOZZO*

Juliano Ralo MONTEIRO**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo tratar da possibilidade - ou não -, de um deficiente mental ou intelectual, de acordo com a Lei n. 13.146/15 (“Estatuto da Pessoa com Deficiência”), casar-se validamente, uma vez que ela pôs fim à incapacidade absoluta, exceto em razão da faixa etária. Para se chegar a uma conclusão consistente, faz-se necessário analisar, historicamente, os papéis da autonomia da vontade, da autonomia privada, assim como da autonomia existencial, categoria introduzida pelo Estatuto no ordenamento jurídico brasileiro. Ela trata da liberdade da pessoa em relação ao seu corpo, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição de 1988. Em razão dela, a pessoa absolutamente incapaz poderia casar-se, independente de seu consentimento livre e espontâneo. A Convenção de Nova Iorque sobre pessoas deficientes, que deu origem ao Estatuto, todavia, não prevê o casamento para pessoas absolutamente incapazes. Muito pelo contrário, para efeitos de casamento, exige o consentimento livre e esclarecido da pessoa. Os autores utilizaram o método da revisão bibliográfica para o desenvolvimento do texto.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência; autonomia existencial; incapacidade absoluta; casamento da pessoa deficiente.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A evolução da autonomia: da autonomia da vontade à autonomia existencial; – 3. Bases normativas da autonomia existencial: as inovações trazidas pela Lei n. 13.146/15; – 4. A concretização do exercício da autonomia existencial no casamento.

TITLE: The Ascertainment of Autonomy and the Law n. 13.145/15: Some Notes on the Marriage of Disabled Persons

ABSTRACT: The present article aims to deal with the (im)possible prospect for mentally or intellectually disabled persons to get married in a legally valid way. The Law 13.146/15 (Statute of the disabled person) has put an end to the notion of “absolute incapacity” with the necessary exceptions for minors of age. In order to come to a consistent conclusion, it is necessary to analyze, historically, the role of the autonomy of will, the freedom of contract and the so-called “existential autonomy” which is a category introduced into the Brazilian legal order by the aforementioned Statute. This type of autonomy deals with the indispensable freedom of the person to dispose of the own body, thus taking into account the principle of human dignity as imbedded in the Brazilian Constitution of 1988. According to the principle of existential autonomy even absolutely incapable

* Pós-doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha e pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista da *Alexander von Humboldt Stiftung*. Professora Titular de Direito Civil da USJT. Ex-Professora Titular do Mestrado em Direito e da Graduação do UNIFIEO. *Fellow* do *Käte-Hamburger-Kolleg* (Center for Advanced Studies in the Humanities) da Universidade de Bonn/Alemanha. *Visiting professor* do *Rerefenzentrum für Bioethik in den Biowissenschaften*, da Universidade de Bonn/Alemanha. *Visiting professor* da *Bucerius Law School/Alemanha*. E-mail: deboragozzo@gmail.com.

** Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, subárea de concentração em Direito Civil (2013) Professor da Universidade Nilton Lins; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Professor da Faculdade Martha Falcão-Devry. E-mail: ralोजuliano@gmail.com.

individuals must be allowed to get married, notwithstanding a lack of free and spontaneous consent. The New York Convention on the rights of disabled persons, however, on which the Statute was based, does not include such rights for absolutely incapable individuals. On the contrary, it requires the free and informed consent of the future spouse. The authors made use of the method of bibliographical review for the development of the text.

KEYWORDS: *The Statute of Disabled Persons; existential autonomy; absolute incapacity; marriage of disabled persons.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The evolution of autonomy: from the autonomy of will to the existential autonomy; – 3. Normative reasons for existential autonomy: innovations introduced by the Law 13.146/15; – 4. Concretization of the exercise of the existential autonomy in the act of marriage.*

1. Introdução

Desde os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, terminada em 1945, primeira metade do século XX, o mundo passou a vivenciar a valorização da pessoa humana, o que resultou, ao longo dos últimos setenta anos, na tomada de consciência das sociedades e de seus respectivos legisladores, na proteção aos mais vulneráveis. Assim é que documentos internacionais sobre os direitos humanos foram editados, na busca de garantir a efetivação da dignidade humana, nos seus mais diversos aspectos.

No Brasil a história não foi diferente, em especial depois da entrada em vigor da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, em razão do longo rol de direitos fundamentais nela previstos. Afinal, saía-se de uma ditadura militar, depois de vinte e um anos, em que tais direitos foram totalmente desconsiderados, o que não foi incomum na América Latina, em especial durante a década de 70 do século passado. Desse modo, a partir do texto constitucional, surgiram o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, enfim, exemplos do que o legislador tem feito para dar voz aos vulneráveis.

Em 2015 é aprovada a Lei n. 13.146 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente -, que teve como *leitmotiv* a Convenção da ONU sobre os Direitos sobre Pessoas com Deficiências, de 2007, e que foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. A implementação desta Convenção, outro documento internacional no campo dos direitos humanos, tem por objetivo a integração das pessoas deficientes na sociedade em que vivem, sem que possam sofrer discriminação por conta de sua deficiência física, mental, intelectual ou sensorial.

A Lei Brasileira de Inclusão, porém, modificou todo o sistema de incapacidades previsto anteriormente no Código Civil, pondo termo à incapacidade absoluta, exceto no que concerne à idade, o que tem causado perplexidade no mundo jurídico. Isto porque, nem sempre a tentativa de não discriminação não resultará na ausência de proteção do incapaz.

A partir daí fato, o objetivo deste artigo, será o de, num primeiro momento, cuidar dos aspectos da evolução da autonomia da vontade, passando-se pela autonomia privada e seu viés patrimonial, até chegar-se à autonomia existencial, que tem a ver com a capacidade de toda e qualquer pessoa, de exercitar livremente seus direitos pessoais, como o de casar-se. Este, aliás, será o ponto central, no fundo, da análise que ora será aqui desenvolvida, como uma forma de demonstrar alguns problemas que emergiram a partir da revogação da incapacidade absoluta por motivo de ausência de discernimento ou ausência de condições de exprimir sua vontade (CC, art. 3º, II e III em sua redação original).

2. A evolução da autonomia: da autonomia da vontade à autonomia existencial

O vocábulo *autonomia* deriva do grego *autos* (“próprio”) e *nomos* (“regra”, “governo”, “lei”), que foi inicialmente empregada para designar a possibilidade das cidades-estados gregas se autogestarem, autodeterminarem ou autogovernarem¹.

O termo *autonomia* naturalmente adquiriu diversos sentidos, sendo utilizado pelos indivíduos como autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo².

Antes de mais nada não se deve confundir autonomia da vontade com a autonomia privada, tema que será aqui aprofundado. A doutrina remete à ideia de que a autonomia da vontade e a autonomia privada diferem, pois foram forjadas em momentos históricos diferentes, sendo esta uma evolução daquela³. Para tanto, importante visualizar o contexto histórico, político e social em que os termos *autonomia da vontade* e *autonomia privada* encontram-se sedimentados.

¹ BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi, São Paulo: Loyola, 2002, p. 137.

² BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. de Luciana Pudenzi, São Paulo: Loyola, 2002, p. 137.

³ SANTOS, Eduardo Sens. *A função social do contrato*. Florianópolis: OABSC, 2002, p. 47.

Pode-se dizer que a autonomia da vontade surge, tendo como pano de fundo as transformações político-econômicas, quando do advento do liberalismo econômico e da filosofia jusracionalista no século XIX. Nesse período, imperava a filosofia individualista dos direitos subjetivos, tão desejada pela classe burguesa para que pudesse praticar os atos de comércio com a maior liberdade possível. Particularmente na França, deixava-se para traz o *ancién regime* - modelo Absolutista de Governo representativo de toda a Europa Moderna – mediante a ascensão da classe burguesa que culminou com a Revolução de 1789.

Sobreveio a Revolução Francesa e com ela o ideal do *laissez-faire*, segundo o qual as desigualdades somente poderiam ser amenizadas nas relações privadas, ao alvedrio da vontade individual⁴. O vocábulo “liberdade” foi erigido como princípio basilar do sistema.

O surgimento do Código de Napoleão de 1804 veio então a prestigiar a liberdade ampla e irrestrita de contratação, a isonomia formal e a boa-fé nos atos de comércio. Consagrou, assim, a ideia de vontade como expressão superior e inderrogável do indivíduo. Conforme Enzo Roppo, “liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto, os pilares - que se completavam reciprocamente - sobre os quais se formava a asserção peremptória segundo a qual o dizer ‘contratual’ equivale a dizer ‘justo’ (*qui dit contractuel dit juste*)”⁵.

A posição ocupada pelo Estado passou a ter menor interferência na esfera particular do indivíduo uma vez que, como ressalta Roberta Elzy Simiqueli de Faria, “ao homem seria concedida a plena liberdade de realizar negócios jurídicos, no que se refletiu uma ampla liberdade contratual, seja na fixação do conteúdo dos contratos, seja na escolha de parceiros contratuais”⁶.

Trata-se da exacerbação do primado da *pacta sunt servanda*, de caráter inflexível e necessário em face da crescente *mercantilização do direito privado*⁷, expressão cunhada por Federico Castro y Bravo. Assim, tudo era permitido dentro da esfera contratual, posto que se protegeria a *vontade* enquanto *autônoma*, o que garantiria,

⁴ SANTOS, Eduardo Sens. *A função social do contrato*. Florianópolis: OABSC, 2002, p. 39.

⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 35.

⁶ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária, in: FIÚZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.). *Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 56.

⁷ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 14.

por certo, a isonomia entre as partes. Por isso Fernando Noronha entende que as partes poderiam determinar tudo o que bem entendessem no contrato, posto ser lei entre elas⁸.

No início do século XIX, se assistia na Europa o desenvolvimento de um capitalismo desenfreado, baseado na absoluta exploração do trabalho. Conforme Luciana Coutinho há relatos que no capitalismo europeu “o trabalhador labutava de 14 a 16 horas por dia, sem direito a descanso, o que mostrava uma exploração forçada do trabalho para acumular, originalmente, massas de capital”⁹.

Na prática, o que se mostrou é que a liberdade não era uma fonte de justiça contratual. As partes, na formação do contrato, não estavam no mesmo patamar de igualdade. Assim a Europa testemunhou que essa mesma liberdade conquistada, traduzia-se em uma nova forma de escravidão que aviltava a dignidade do ser humano¹⁰. Jacques Ghestin menciona que naquele período a desigualdade entre as partes, se apresentou sob diversos aspectos – desigualdade entre patrões e empregados, entre produtores e distribuidores, além da inferioridade dos consumidores perante a diversidade de produtos e serviços e suas complexidades técnicas – fatores a exigir maior proteção¹¹.

Verificando as condições desumanas que sofria o proletariado face ao desmedido liberalismo econômico e crescimento capitalista, surgiram as primeiras reações na doutrina marxista, que estabeleceu as linhas iniciais do pensamento da “*depauperação progressiva do proletariado*”. A Igreja Católica passou a reagir, sob o pontificado do Papa Leão XIII. Elaborou-se uma carta aberta que pretendeu debater a condição das classes trabalhadoras do final do século XIX, o que deu início ao movimento da Doutrina Social da Igreja¹². O sofrimento da classe operária foi precisamente diagnosticado pelo Pontífice no trecho n. 2 da Encíclica *Rerum Novarum*: “os

⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

⁹ COUTINHO, Luciana. Capitalismo, desigualdade e o papel do Estado, in: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. SALOMÃO FILHO, Calixto. NUSDEO, Fábio. (Org). *Poder econômico: direito, pobreza, violência e corrupção*. Barueri: Manole, 2009, p. 67. Na literatura, v. o magistral romance de Émile Zola, *Germinal*, em que o autor retrata as agruras dessa classe trabalhadora. ZOLA, Émile. *Germinal*. São Paulo: Seguinte, 2016.

¹⁰ Conforme Orlando Gomes: Na passagem do século XIX para o atual, com efeito, pôs-se em xeque o principal ponto de sustentação da ampla autonomia de vontade nos domínios do contrato. Com efeito, enquanto dominaram absolutas as ideias do liberalismo puro, tinha-se como dogma a *igualdade* dos contratantes, ligado umbilicalmente com a *liberdade de contratar*. Acontece que a experiência dos regimes liberais nascidos da Revolução Francesa acabou por impor o reconhecimento da irrealidade de semelhante dogma, pelas notórias e inegáveis diferenças, entre as pessoas, na ordem econômica, social e até mesmo jurídica GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 30-31.

¹¹ GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: les obligations, le contrat*. Paris: LGDJ, 1980, p. 85 e s.

¹² MONTEIRO, Juliano Ralo. TREVISAN, Elisaide. Direitos sociais e o desafio do trabalho análogo à condição de escravo no Brasil contemporâneo, in: *Revista da Pós-Graduação Unifiefio*. Osasco: Edifio, vol. 5, 2011, p. 88.

*trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada.*¹³

Dessa feita, enxerga-se de forma cristalina a máxima conhecida de Jean Baptiste Henri Dominique Lacordaire pronunciada há dois séculos: “entre o grande e o pequeno, entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza, a lei liberta”¹⁴. Como consequência, apenas a lei poderia garantir a existência de uma isonomia material entre as partes. A partir de então se iniciou o questionamento do princípio da autonomia da vontade.

Uma nova forma de ver os negócios jurídicos foi concebida. A liberdade ampla e irrestrita de contratação, comum perante a ótica liberal da autonomia da vontade, foi paulatinamente substituída pela autonomia privada.

Luigi Ferri conceitua a autonomia privada como “um poder normativo, concedido ao indivíduo para a consecução de fins privados, no seu âmbito de validade e capacidade”¹⁵. Da mesma forma, para Pietro Perlingieri autonomia privada seria “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento jurídico estatal a um indivíduo ou grupo, de determinar *vicissitudes jurídicas* como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”¹⁶.

Segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, a “autonomia privada não é expressão de uma mera liberdade ou faculdade, mas manifestação de poder e precisamente do poder de criar, dentro dos limites postos pela lei, normas jurídicas”¹⁷. Os limites não seriam apenas impostos pela lei, mas também pela moral e bons costumes.

Não obstante, para Francisco dos Santos Amaral Neto a autonomia privada encontra limitação na ordem pública e nos bons costumes: a primeira, como conjunto de normas

¹³ Dentre outras questões, a Encíclica recomendou: “a) a intervenção do Estado nas relações de trabalho; b) que ricos e aos patrões não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem; c) que o trabalho do corpo (...) longe de ser um objeto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida; d) quenão é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo; e) não devem ser exploradas mulheres e crianças; f) que o salário deve ser justo e suficiente para manter o trabalhador e sua família de forma decorosa.” Para maiores informações, consulte o teor da Encíclica *Rerum Novarum*. Disponível em <<http://www.vatican.va/>>. Acesso em: 30 nov 16.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 63.

¹⁵ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968, p. 9.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 335.

¹⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 40.

jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos¹⁸.

Acrescenta Custódio da Piedade Ubaldino Miranda que a autonomia privada encontra diversos significados na doutrina, não sendo pacífica a construção de seu conceito¹⁹. Segundo o autor, trata-se de expressão que encerra uma pluralidade de sentidos que não só têm variado ao longo dos tempos, de acordo com determinantes históricas, mas também segundo concepções do negócio jurídico dos diversos autores.

Para exemplificar – e já adentrando a diferença que se tem feito entre os campos do direito patrimonial e existencial –, verifica-se que para Ana Prata, a autonomia privada pode ser traduzida como o poder *reconhecido* pela “ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente *qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade* (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”.²⁰ Já para Pietro Perlingieri “a autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito”,²¹ ligadas exclusivamente para atender a lógica individualista do ter. A diferença de pensamento, que ora restringe o conceito de autonomia privada às situações negociais patrimoniais, ora amplia o conceito de autonomia privada para os negócios existenciais, deve ser explicada conforme as transformações que sofre ao longo do tempo e conforme o local em que é aplicada. Ana Prata, consciente dessa possibilidade, acaba por complementar esse pensamento:

Pode-se, pois, dizer, em conclusão, que a noção de autonomia privada não é atemporal, nem imutável. Ela ganha autonomia e relevo conceitual ligada à concepção jurídica do liberalismo econômico, como pressuposto da noção de negócio jurídico e vai sofrendo desvalorização que acompanha o transformar deste último conceito. Mas, por sua vez, essa desvalorização só existe se tomada a noção clássica como noção imutável; na realidade, como se verá, a transformação do conceito de negócio tem de ser acompanhada por uma transformação da própria noção da autonomia privada²².

¹⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*, in: *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 1999, vol. 3, p. 25.

¹⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 39.

²⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 275/276.

²² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 25.

Atualmente, desenvolve-se o pensamento na doutrina de que a autonomia privada, além de regular os tradicionais negócios jurídicos, de cunho patrimonial, ainda atingem os negócios jurídicos existenciais, sendo tais considerados, por exemplo, os campos dos direitos da personalidade, dos direitos de família, do direito de associação e, mais recentemente, parte do conteúdo positivado no Estatuto Inclusivo (Lei n. 13.146/15).

De fato, nas últimas duas décadas assistiu-se no Brasil a “*Era dos Estatutos*” em que se busca a promoção e inclusão de uma série de pessoas normalmente esquecidas e deixadas à margem da lei. Vislumbra-se que novéis políticas públicas têm propiciado a criação de legislações inclusivas, o que fez emergir novos sujeitos de direito no plano normativo, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei n. 10.671/03), Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/10), Estatuto da Juventude (Lei n. 12.852/13) e o atual Estatuto da Inclusão, como visto.

Mostra-se evidente diante do reconhecimento e ascensão desses novos atores, que a própria estrutura das relações jurídicas precisou se realinhar a esse novo cenário, multifacetado e complexo, em que o *ser* torna-se superior ao *ter*. É a repersonalização do ordenamento jurídico.

Com efeito, nos países ocidentais desde o mundo pós-guerra, se iniciou o movimento de transformação e reconstrução axiológica das relações jurídicas. No Brasil os fundamentos da República, da dignidade da pessoa humana e da cidadania, acabaram por outorgar posição privilegiada no sistema à pessoa e sua tutela. Com esse entendimento, Gustavo Tepedino leciona:

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil²³.

²³ TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e Direito Civil*. in: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Campos de Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2003/2004, vol. 5, p. 171-172.

Nesse contexto, a autonomia privada acaba por ficar desatrelada de preceitos puramente patrimoniais, reoxigenando seu conteúdo nos valores individuais da pessoa, o que importa na necessidade de realocação de seu eixo de fundamento, conforme o interesse que é colocado pelas partes.

Assim, para Pietro Perlingieri não se pode igualar, formalisticamente, a autonomia, quando esta estiver ligada aos valores individuais das pessoas, com a autonomia vinculada aos interesses lucrativos. Conforme exemplifica o autor, “a evidente diferença entre venda de mercadorias (...) e o consentimento a um transplante, corresponde a uma diversidade de valoração no interior da hierarquia de valores postos pela Constituição”²⁴. E arremata o autor:

Não é possível, portanto, um discurso único sobre a autonomia negocial: a unidade axiológica, pois unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que, de modo diferenciado, tocam os referidos valores e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais e outras juntas. A necessidade da máxima aderência às particularidades de cada *fattispecie* modula a resposta que o sistema dos valores fundamentais do ordenamento oferece para cada uma delas²⁵.

Com efeito, no âmbito das relações existenciais a autonomia privada acaba por assumir importante papel na regulamentação de interesses sem os quais seu titular não se desenvolve como pessoa. Isso se verifica, com efeito, na celebração de negócios jurídicos não patrimoniais, a exemplo do consentimento para um transplante, na doação de sangue e da cessão do uso da imagem e do nome de uma pessoa. Conforme Roxana Cardozo Brasileiro Borges, “autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso da imagem, da voz”²⁶.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 349.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 349-350.

²⁶ BORGES, Roxana Cardozo Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-51.

Nesse sentido também se manifesta Rose Melo Meirelles, para quem “a autonomia privada se apresenta, assim, para as situações existenciais, como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade”²⁷.

Não há dúvidas de que os valores Constitucionais da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à propriedade são os verdadeiros motores da autonomia privada em solo nacional. O primeiro, realizando a autonomia existencial e o segundo, a autonomia patrimonial. No entanto, a Lei n. 13.146/15, de forma inédita, acabou por reconhecer a diferença entre as duas autonomias (existencial e patrimonial).

3. Bases normativas da autonomia existencial: as inovações trazidas pela Lei n. 13.146/16

A Lei nº 13.146/15, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também chamada de Estatuto da Inclusão foi publicada em 7 de julho de 2015 e, com *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor em janeiro de 2016. Sua criação tem origem na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (denominada Convenção de Nova Iorque), ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Isto tudo em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno. Referido tratado internacional tem, portanto, *status* de norma constitucional.

A Convenção retromencionada trouxe a necessidade de mudança radical nos marcos normativos do país na medida em que em seu artigo 4º consagrou a necessidade do Brasil se comprometer “a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência”. Para tanto, o país adotou todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na mencionada Convenção. É neste contexto que surge no cenário nacional o Estatuto da Inclusão, diploma que visa incluir

²⁷ MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 87.

e proteger no seio social as pessoas deficientes²⁸, verdadeira concretização do princípio da isonomia material.

Por oportuno, insta destacar que, na alínea “n” do preâmbulo da Convenção, reconhece-se a “importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”.

Mostra-se evidente que a citada Convenção busca revisitar os antigos institutos, que acabavam por minar a autonomia da pessoa que apresenta algum tipo de deficiência, sobretudo no que concerne às situações existenciais.

Sem dúvida que a elevação da pessoa ao centro do sistema jurídico tornou imprescindível a desconstrução da base jurídica negocial patrimonial para se estabelecer, como alicerce dogmático, os direitos existenciais.

Neste sentido é o artigo 85 da Lei n. 13.146/15, que visa concretizar a ideologia do tratado internacional em análise. O artigo pode ser considerado o marco normativo para o reconhecimento da diferenciação das autonomias patrimonial e a existencial, justamente ao cuidar da curatela. Com efeito, por esse dispositivo legal disciplina-se que a “curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”.

O artigo supramencionado, portanto, traça um marco diferenciador da autonomia praticada para as questões de natureza patrimonial, das questões de natureza existencial, instrumento promotor dos direitos da personalidade das pessoas com deficiência.

Esse entendimento é comprovado na interpretação conjunta com o seu parágrafo único: “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”.

Ainda dentro dessa mesma intelecção, ampliando os direitos da personalidade tipificados na legislação civil, é o artigo 6º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência que determina que a

²⁸ De acordo com o artigo 2º do Estatuto inclusivo, “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”.

deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive, para: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária, e; f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A justificativa para esse posicionamento é muito simples. A cultura jurídica está se abrindo para novas áreas e possibilidades a partir da emergência de novos sujeitos no cenário jurídico. A mudança de interpretação das leis, decorrente da maior carga valorativa atribuída à pessoa humana, traduz o reconhecimento do sujeito como detentor do poder de ter uma liberdade de decisão e autodeterminação, a fim de comportar-se autonomamente e decidir a respeito de questões que afetam seu corpo, sua existência enquanto indivíduo, membro de família e pessoa.

Não há dúvida de que o deficiente, a partir do Estatuto da Inclusão, deixa de ser um vulnerável para assumir o protagonismo com ampla liberdade no que diz respeito aos seus aspectos existenciais. O que interessa é saber se essa autonomia terá o condão de protegê-lo, dependendo do tipo e do grau de sua deficiência, sobretudo diante do fato que de a lei optou por não fazer qualquer tipo de diferenciação acerca das deficiências conforme visto no artigo 2º, *caput* da Convenção.

Imperioso esclarecer que, não obstante disciplinar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, essa norma deve ser reconhecida como marco normativo à semelhança do que historicamente ocorreu com a transformação do paradigma da autonomia da vontade para o da autonomia privada. De fato, a atual *sociedade do conhecimento* é a responsável pelas mudanças experimentadas na contemporaneidade. Vive-se um novo período de transição, em que se deixa uma concepção liberal para adentrar uma concepção “democrática e personalista das liberdades”²⁹.

Tendo como perspectiva o perfil unificador desempenhado pela Constituição, esta interpretação ultrapassa o microsistema inclusivo, pois, como afirma Roberto Adorno, “se os direitos humanos são derivados da dignidade humana, e sendo esta a mesma para todos, então todos os seres humanos são titulares dos mesmos direitos

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 761, nota de rodapé nº 8.

fundamentais”³⁰. Trata-se, portanto, de cláusula protetiva da pessoa independentemente do estado físico ou psíquico de seu titular e, assim, deve ser interpretada expansivamente para toda a coletividade.

Dentro do racionalismo jurídico, trata-se de nova categoria jurídica, de cunho valorativo, não mais neutra ou indiferente às pessoas com alguma forma de deficiência, porém viva e apta a projetar alterações no corpo social.

Como consequência, cuidam de direitos intransmissíveis e irrenunciáveis (CC, art. 11) que, em caráter excepcional, permitem a relativa indisponibilidade, sobretudo diante dos limites impostos à preservação de sua dignidade. Em outras palavras, vale dizer, que por não existirem direitos absolutos, a autonomia existencial não permite que a vontade do indivíduo seja soberana.

Ademais, a autonomia existencial submete-se a princípios próprios como o do consentimento informado, “da gratuidade, da revogabilidade e incoercibilidade, da confiança e da autorresponsabilidade”³¹.

Convém acrescentar, conforme adverte Gustavo Tepedino, que a tutela da pessoa humana supera, no estágio atual do direito, a perspectiva setorial (direito público e privado) e não se satisfaz com técnicas ressarcitórias e repressivas (consubstanciadas no binômio lesão-sanção), exigindo instrumentos eficientes de promoção do ente humano a partir da integridade física³².

Desse modo, de acordo com o artigo 12 do Código Civil, o sistema de proteção aos direitos da personalidade destina-se a resguardar a dignidade da pessoa humana. Qualquer lesão ou *ameaça de lesão* ao exercício da autonomia existencial, portanto, poderá ser combatida por meio da tutela provisória tanto de urgência (cautelar ou antecipada) quanto de evidência, conforme sistema traçado no Novo Código de Processo Civil, previsto em seu Livro V.

A autonomia existencial, pois, conforme prevista na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência vem a suprir uma lacuna positivada como instrumento de

³⁰ ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana, *in: Revista Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2009, vol. 17, p. 440.

³¹ MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201 e s..

³² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

promoção da personalidade, protegendo as escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade humana de quem as pratica.

4. A concretização do exercício da autonomia existencial no casamento

Até o momento o presente artigo teve por objetivo elucidar a questão da autonomia existencial (pessoa) frente à autonomia privada (patrimônio), tendo-se em vista que a Lei n. 13.146/15 deu tratamento legal àquela, o que representou, como visto, verdadeira inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Com isto, a pessoa com deficiência passa a exercer todos os direitos relacionados à sua esfera pessoal, de forma autônoma³³, o que talvez, por si só, fosse capaz de garantir a plenitude de sua dignidade humana. Afinal, além do texto constitucional que prevê a impossibilidade de discriminação em território nacional (art. 3º, IV da Const.), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência dispõe expressamente neste sentido. Basta uma simples leitura do disposto em seu artigo 4º, *caput* e parágrafos. No entanto, ao equiparar a pessoa deficiente àquela que não apresenta nenhum tipo de problema de “natureza física, mental, intelectual ou sensorial” (Lei n. 13.146/15, art. 2º, *caput*), a presente lei, parece não lhe ter garantido a proteção legal esperada e que seria esperada em relação à sua pessoa, posto a questão patrimonial continuar bem resolvida. Isto, claro, nas hipóteses em que ao deficiente for nomeado um curador, ou se ele mesmo requerer a nomeação de duas pessoas para ajudá-lo na tomada de decisões.³⁴

Se assim for, uma das dúvidas que ora se levanta é: A pessoa com deficiência poderá casar-se validamente, se ela não tiver possibilidade alguma de discernimento? Esta questão tem sua razão de ser, em especial, levando-se em consideração dois dispositivos legais que foram alterados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil. O primeiro deles é o já citado art. 3º da lei civil, cuja nova redação deixa inequívoco restringir-se a incapacidade absoluta só a menores de dezesseis (16) anos. Todas as demais pessoas são capazes ou, relativamente incapazes (CC, art. 4º e incisos). Além desse dispositivo, há o do art. 1.548, inserido no Livro de Família do Código Civil. Em sua redação anterior, o casamento seria nulo em duas hipóteses: 1) se celebrado por infração a qualquer um dos incisos do art. 1.521 da lei civil (inciso II); e, 2) se contraído “pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”. Desse modo, como já referido por Maria Helena Diniz, “[c]om a revogação do inciso I [do art.

³³Ver o disposto no art. 6º da Lei n. 13.146/15, que dispõe justamente sobre os atos que não são afetados pela deficiência, entre eles o casar-se (inciso I) e o de adotar (inciso VI, parte final).

³⁴Trata-se, aqui, da chamada “tomada de decisão apoiada”, introduzida nos artigos 1.783-A e s. do Código Civil pela Lei n. 13.146/15.

1.548 do CC], o enfermo mental, em idade núbil, mesmo sem o necessário discernimento poderá contrair casamento e constituir família (Lei n. 13.146/15, art. 6º, I, III e V), desde que expresse sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (art. 1550, § 2º, CC, acrescentado pela Lei n. 13.146/15) sob pena de anulabilidade, pois pelo art. 1550, IV é anulável o casamento contraído por pessoa incapaz de consentir ou de manifestar, inequivocamente, o seu consentimento”. E continua a autora: “Levanta-se aqui uma questão: se o incapaz vier a casar, expressando sua vontade por meio de responsável ou curador, isso não estaria descaracterizando o caráter personalíssimo do casamento?”³⁵

A fim de se tentar uma resposta coerente com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, mister trazer-se a lume que a Lei n. 13.146/15 não faz distinção entre as diversas formas de deficiência. Neste sentido, ressalta-se mais uma vez, todas foram colocadas no mesmo patamar, conforme consta do art. 2º do Estatuto: “(...) física, mental, intelectual ou sensorial (...)”

Ora, parece que o deficiente físico nem sempre será um deficiente mental, intelectual ou sensorial. Uma pessoa que seja deficiente físico poderá casar-se sem problemas, bem como aquele que apresenta algum tipo de deficiência sensorial. Aqui, aliás, nenhuma novidade frente ao direito revogado. Um deficiente físico tem total capacidade de discernimento e de decisão! O mesmo acontece com uma pessoa que esteja privada do sentido da visão ou da audição ou da fala - deficiência sensorial -, que é capaz, uma vez alcançada a maioridade aos dezoito (18) anos. O texto vigente do art. 228 do Código Civil, que teve sua redação alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, por exemplo, admite que a “pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.” Antes desta inovação, a lei civil restringia o testemunho de uma pessoa privada do senso da audição ou da visão, se o que ela devesse testemunhar tivesse a ver com sentido que lhe faltava (CC/16, art. 142, II). Menores de dezesseis (16) anos, por exemplo, continuam impedidos de testemunhar, por serem absolutamente incapazes, conforme previsto no inciso I do citado art. 228.

Como se observa a partir desta brevíssima exposição do tema que se visa examinar, a Lei n. 13.146/15, ao intentar garantir dignidade à pessoa com deficiência, envidando esforços para tornar sua integração uma realidade na sociedade, parece ter se

³⁵DINIZ, Maria Helena. Influência da Lei nº 13.146/205 na teoria das incapacidades do direito civil brasileiro, in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa: CIDP, 2016, vol. 5º, p. 993.

esquecido de que as diferenças entre as deficiências não só existem, como devem ser respeitadas, para que o deficiente seja protegido em todos os aspectos de sua vida – pessoal e patrimonial. Como o aspecto que se quer elucidar aqui é de natureza pessoal, o ponto de partida será o do deficiente que não tem como expressar plenamente seu consentimento de forma livre e espontânea, o que seria tratado como incapacidade absoluta, antes da entrada em vigor da Lei da Inclusão.

Retoma-se, assim, às perguntas feitas acima: o casamento celebrado por um deficiente mental, que não tenha como expressar essa sua vontade, poderá ser celebrado validamente? Seu consentimento será suprido pelo do curador, se ele o tiver? E, acrescente-se uma nova: O oficial do Cartório de Registro Civil pode recusar-se a fazer a habilitação para o casamento de uma pessoa sob essa circunstância?

Para responder a estas indagações, far-se-á, preliminarmente, uma incursão nas normas internacionais de Direitos Humanos, posto ser disso do que se trata, uma vez que a pessoa deficiente, por conta da Lei n. 13.146/15, tem o direito de exercer sua autonomia existencial sem óbices.

Explorando-se o direito que todos têm de se casar, previsto nos textos internacionais, tem-se, em primeiro lugar, o disposto no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “1) Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução”. Nota-se a liberdade de todos, sem discriminação, de se unirem em matrimônio. Todavia, no n. II deste artigo, lê-se: “O casamento não será válido senão com o *livre e pleno consentimento dos nubentes*”. (Grifos nossos). Constata-se, pois, que um dos mais importantes documentos internacionais sobre os direitos da pessoa humana, requer, para o casamento, “o livre e pleno consentimento dos nubentes”. Ademais, estipula o n. III: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Neste mesmo sentido, a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 226, *caput* e incisos.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica - percebe-se que o direito a contrair matrimônio está garantido, sempre e todas as vezes em que a pessoa puder manifestar de forma livre e inequívoca seu consentimento. Neste sentido seu art. 17 (Proteção da Família), n. 3: “O casamento não pode ser celebrado *sem o livre consentimento dos contraentes*.” (Grifos nossos). E, em

comentário a este texto, escreve Valerio de Oliveira Mazzuoli: “O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes. Mesmo nos casos em que a celebração do casamento depende de autorização de ambos os pais (no caso dos maiores de dezesseis e menores de dezoito, no Brasil), tal autorização não é substitutiva da vontade dos nubentes, que deverá ser sempre livre e plena.”³⁶

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por sua vez, nada menciona sobre a necessidade do consentimento dos nubentes ser livre e pleno. Por ela só estão garantidos o direito à vida privada e familiar, em seu artigo 7º, bem como o direito a contrair matrimônio e a constituir família (art. 9º), como sendo dois fatos distintos. Na Carta, nada se dispôs acerca de o casamento ser celebrado só entre um homem e uma mulher³⁷, ou de haver um consentimento livre por parte dos nubentes.

A Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 23 (Respeito pelo domicílio e pela família), n. 1, letra “a”, regulamenta: “O reconhecimento do direito de todas as pessoas com deficiência, que estão em idade núbil, em contraírem matrimônio e a constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges (...)”. A Convenção, portanto, que deu origem à Lei n. 13.146/15, exige que o *consentimento* para casar seja manifestado *livremente*. Apesar de o próprio texto da Convenção sobre a Pessoa com Deficiência ter deixado inequívoca essa necessidade, disciplina a Lei n. 13.146/15, trazendo para seu contexto a autonomia existencial, que toda pessoa com deficiência pode casar-se (art. 6º, I). Tanto que os artigos que tornariam o matrimônio nulo (CC, art. 1.548, I)³⁸ ou anulável (CC, art. 1.557, IV)³⁹, nessas hipóteses, foram por ela revogados.

A partir dessa brevíssima exposição dos documentos internacionais, constata-se que, para o casamento, o *consentimento deve ser livre e pleno*. Não o sendo, se for

³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários ao art. 17 do Pacto de San José da Costa Rica, in: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveria. *Comentários à Convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164.

³⁷ Sobre o tema v.: CORTE-REAL, Carlos Pamplona. PEREIRA, José Silva. Comentários ao art. 9º, in: SILVERIA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 130-131 e 135-136, em especial. Em relação à citada Carta, ressalte-se que em seu artigo 21, ao ter sido prevista a proibição de não discriminação, o deficiente acaba por ser citado.

³⁸A interpretação desse dispositivo foi esclarecida pelo Enunciado n. 332 da IV Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 25-27 de outubro de 2006. Dispõe o Enunciado: A hipótese de nulidade prevista no inciso I do art. 1.547 do CC se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do art. 3º, II do CC”. Por este dispositivo, revogado que foi pela Lei n. 13.146/15, dispunha o legislador serem absolutamente incapazes, “os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos [da vida civil]”.

³⁹ Dispunha o agora revogado inciso IV do citado artigo 1.557, da lei civil, ser o casamento passível de anulação, em razão de “ignorância anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torn[asse] insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.”

celebrado, poderá ser invalidado, porquanto o matrimônio é ato pessoal e o nubente não pode ter sua vontade suprida por eventual representante legal. Ele deve ter o mínimo de capacidade para expressar sua vontade para não ensejar a nulidade do casamento.

Mas a pergunta que persiste, é: estaria a Lei n. 13.146/15, até tendo como base os documentos internacionais citados, e que preveem o consentimento livre do nubente, protegendo a pessoa com deficiência, verdadeiro objetivo deste grande marco legislativo?

Foi mencionado acima, que a Lei de Inclusão do Deficiente, não cuidou de estabelecer diferenças entre as mais variadas espécies de deficiências, colocando todas no mesmo nível, é inconcebível. Por certo que uma pessoa que seja deficiente física ou sensorial, como também já afirmado neste artigo, poderá celebrar casamento *livremente*. Isto porque, o que se entende é que ela tem como manifestar sua vontade de maneira inequívoca, uma vez que sua capacidade mental não está afetada pela deficiência. No entanto, se a pessoa apresenta deficiência mental ou intelectual, tudo dependerá do grau de deficiência. Desse modo, se ela não tiver como consentir no ato do casamento, por não entender o que está acontecendo, a celebração não deve ocorrer. É fato que independe de prova, por fazer parte da vida em sociedade, que o casamento impõe um verdadeiro ônus aos cônjuges. Este o motivo pelo qual a legislação anterior não permitia que, pessoas absolutamente incapazes para consentir, pudessem casar-se. Isto não é o que acontece com a pessoa que é relativamente capaz, pois ela tem compreensão dos fatos, ainda que não possa, eventualmente, saber sua total extensão. Mas isto não impede um casamento. Fato notório também é que as doenças que atingem a capacidade mental de alguém tem graus mais leves e mais severos.

Tudo isto precisaria ter sido levado em conta pelo legislador, a fim de que a proteção integral do deficiente - saliente-se, mental ou intelectual -, pudesse ter garantido o livre desenvolvimento de sua personalidade, por meio do exercício de sua autonomia existencial. Não foi que aconteceu na implementação da Convenção da Pessoa com Deficiência no Brasil. Como muitos doutrinadores têm chamado a atenção⁴⁰, alguns

⁴⁰ Entre eles sobressaem: SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 10 Ago. 18.; SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte II), em que ele explora a questão do casamento ser válido ou não. Disponível em: <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/217561499/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 10 Ago. 18; CORREA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz incertezas e dúvidas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 29 Jul. 18. Por fim, v.:

aspectos precisam ser revistos para garantir a total proteção da pessoa com deficiência, levando-se em conta as diferentes formas de deficiência. Listá-las como feito no art. 2º da Lei n. 13.146/15, não é suficiente para resolver problema tão grave. O mesmo se observa em outros ordenamentos jurídicos.

No Uruguai, país que também ratificou e adotou a Convenção, o casamento celebrado por pessoa absolutamente incapaz, isto é, aquela que não tem como exprimir sua vontade, será nulo.⁴¹ Neste mesmo sentido agiu o legislador argentino, que continuou mantendo a nulidade do casamento nas hipóteses em que o nubente não pode consentir livremente.⁴² No direito suíço também se exige, para fins de capacidade matrimonial, que os nubentes tenham capacidade de discernimento.⁴³

Mas, e se a deficiência for transitória, e a pessoa tiver contraído matrimônio durante este período? Neste caso, defende-se aqui a opinião de que ela poderá anular o casamento, como previsto no art. 1.550, IV, do Código Civil, e não revogado pelo Estatuto. Por ele o casamento “do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento”, poderá ser anulado. Este dispositivo, aliás, pode solucionar os casos em que o consentimento não tenha sido manifestado de forma livre e total.

Interessante trazer à baila o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo⁴⁴, na gestão de Márcio Fernando Elias Rosa, que deu pela validade do casamento celebrado por pessoa, à época do ato, interdita por incapacidade absoluta, por sentença prolatada em procedimento de interdição, tendo inclusive a curadora, mãe da

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime das incapacidades. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>.

Acesso em: 2 Ago. 18. Em artigo sem autoria, publicado no site do Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de MG, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso levantam aspectos relevantes sobre as novas normas atuais. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/especialistas-questionam-capacidade-civil-prevista-no-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia.html>>. Acesso em: 2 Ago. 18.

⁴¹ Informação prestada pela Professora Dra. Beatriz Ramos da Universidad Católica del Uruguay, em mensagem eletrônica, encaminhada aos autores, no 7 de dezembro de 2016.

⁴² V. MUÑIZ, Carlos. *La capacidad de las personas con discapacidad para contraer matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado*. Palestra feita na XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca, 2015, na Comissão 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”. Texto gentilmente cedido pelo autor. No caso do direito argentino a matéria é tratada nos arts. 403, 405 e 424 do Código Civil vigente desde 2015. E, ainda sobre a capacidade jurídica no ordenamento jurídico argentino, v.: LAFERRIERE, Jorge Nicolás. *La capacidad jurídica: de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad al nuevo código civil y comercial*. Palestra feita na XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca, 2015, na Comissão 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”. Material gentilmente cedido pelo autor.

⁴³ Neste sentido, v.: GUILLOD, Olivier. BURGAT, Sabrina. *Droit des familles*. 4ª. ed. Neuchâtel: Helbing Lichtenbahn, 2016, p. 240. Ressalte-se que a Suíça ratificou a Convenção em 2013. Disponível em: <<http://www.humanrights.ch/en/switzerland/internal-affairs/groups/disabled/swiss-parliament-adopts-convention-rights-persons-disabilities>>. Acesso em: 18 Ago. 18.

⁴⁴ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/>>. Acesso em: 10 Ago. 18.

deficiente, “ratificado”⁴⁵ o ato. No item 18 do parecer, datado de 21 de fevereiro de 2014, portanto, antes da aprovação e entrada em vigor da Lei n. 13.146/15, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo afirmou: “A incorporação dessa convenção internacional [Convenção de Nova Iorque] - cujo objeto reflete direitos humanos - no direito brasileiro com o *status* de emenda constitucional torna insubsistente qualquer norma jurídica subalterna (infraconstitucional) ou interpretação conducente à proibição de pessoa com deficiência contrair núpcias”.

O entendimento do Procurador-Geral de Justiça, portanto, estaria completamente em consonância com o direito vigente no país. No entanto, como já asseverado acima, não parece ser o modo mais eficaz de se proteger e garantir a dignidade de uma pessoa sem condições de exprimir sua vontade, por não ter discernimento para os atos da vida, necessitando, por isso, de amparo por parte da lei. Pais, que de forma geral são aqueles que acabam por dar apoio aos filhos, e mais ainda nessas situações, não vivem para sempre. Tanto é que o inciso IV do art. 1.550 da lei civil não foi revogado, dando margem à interpretação diversa.

Restou ainda esclarecer o aspecto de recusa de se celebrar o casamento, por parte do Oficial do Cartório de Registro Civil, se ele constatar a incapacidade absoluta de um dos nubentes, ou de ambos. A verdade é que ele está adstrito ao cumprimento das normas de serviço da Corregedoria dos Tribunais de Justiça de seu Estado. Em São Paulo, por exemplo, o Provimento n. 32/2016, de 9 de junho de 2016, que regulamentou a Lei n. 13.146/15, dispõe que a manifestação de vontade para a habilitação não poderá ser suprida quer por curador, quer por tomador de decisão (n. 54.1)⁴⁶. Assim, para requerer o processo de habilitação, deduz-se que o nubente incapaz deverá estar em condições de fazê-lo individualmente. No entanto, as mesmas normas disciplinam que o casamento não poderá deixar de ser realizado, ainda que o nubente tenha sido interditado, “seja qual for a data ou os limites da interdição (...)”^(57.1.)⁴⁷ Destarte, conforme estabelece o n. 77 das citadas normas, estando os nubentes presentes, “por procurador especial ou através de curador, juntamente com as testemunhas e o Oficial, o presidente do ato, ouvindo os nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento.”⁴⁸

⁴⁵ Pelo art. 169, do Código Civil de 2002, o ato nulo não é passível de confirmação.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/>>. Acesso em: 20 Ago. 18. Em relação ao surdo-mudo, veja-se o n. 56.2, no que concerne o processo de habilitação: “O surdo-mudo poderá exprimir sua vontade pela escrita, por meio de tecnologia assistiva de que disponha ou por meio de tradutor e intérprete que domine a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), conforme Lei nº 10.436/2002 e Decreto nº 5.626/2005.”

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/>>. Acesso em: 20 Ago. 18.

⁴⁸ No que concerne ao nubente surdo-mudo, no campo da celebração do casamento, v., nas normas, o n. 84.1: “O surdo-mudo poderá exprimir sua vontade pela escrita, por meio de tecnologia assistiva de que

O que se observa, a partir da leitura dos dispositivos acima referidos, é uma incoerência que precisaria ser aclarada. Apesar de ter sido determinado que o casamento seja celebrado, independente de interdição ou não do nubente, exige-se, no final do n. 77, que a vontade dele seja manifestada de forma “livre e espontânea”. Assim, se não o for, tudo leva ao entendimento de que o casamento poderá ser invalidado em razão do inciso IV do art. 1.550 da lei civil vigente.

A entrada em vigor da Lei n. 13.146/15, por todo o explanado nos itens anteriores, foi uma inovação extremamente positiva. Fato é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência deixou inequívoco que a autonomia privada é algo que diz respeito só ao patrimônio do sujeito, tendo tornado o exercício da autonomia existencial da pessoa, um passo gigantesco, na direção da inclusão e da proteção efetiva à dignidade da pessoa com deficiência. Ter a liberdade para decidir sobre questões pessoais, de foro íntimo, foi, de verdade, algo de extrema coragem por parte do legislador pátrio, uma vez que isto implicaria em eventual alteração do regime das incapacidades, como aqui investigado. Como visto, outros ordenamentos jurídicos optaram por não seguir esse mesmo caminho.

Apesar dos avanços significativos na defesa dos direitos da pessoa com deficiência, a Lei n. 13.146/15, parece não preservar a dignidade humana com deficiência mental ou intelectual, quando ele não tem a possibilidade de consentir livremente. O texto legal simplesmente autoriza que esta pessoa se case validamente, não havendo a mínima previsão legal de que seu matrimônio possa ser tornado nulo. E não é isto o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos Humanos, entre outras, estabelece, uma vez que por esses documentos salvaguardam-se os interesses daquele que quer se casar, desde que a pessoa com deficiência possa consentir plena e livremente. Em todo caso, muito embora o inciso I do art. 1.548 do Código Civil em vigor tenha sido revogado, sendo ele a disciplinar a sanção da nulidade do casamento, ainda resta o art. 1.550, IV da lei civil, que prevê a possibilidade de anulação do matrimônio, como examinado no artigo.

Enfim, a intenção do legislador, de garantir segurança e proteção efetiva à pessoa com deficiência, que só deveria exercer sua autonomia existencial, se tivesse condições

mentais para isso, poderá restar frustrada, se a lei não voltar a prever a incapacidade absoluta para aquelas pessoas que não tenham condição de discernimento.

Referências

ADORNO, ROBERTO. A noção paradoxal de dignidade humana, *in: Revista Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2009, v. 17, p. 435-449.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada, *in: Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 1999, v. 3, p. 25-30.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2004, vol. II.^[1]_[2]

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. de Luciana Pudenzi, São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Roxana Cardozo Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.

CORREA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz incertezas e dúvidas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 29 Jul. 18.

COUTINHO, Luciana. Capitalismo, desigualdade e o papel do Estado. Poder econômico: direito, pobreza, violência e corrupção. Org. Tércio Sampaio Ferraz Junior, Calixto Salomão Filho, Fabio Nusdeo. Barueri: Manole, 2009, p. 64-80.

DINIZ, Maria Helena. Influência da Lei nº 13.146/2015 na teoria das incapacidades do direito civil brasileiro, *in: Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa: CIDP, 2016, vol. 5º, p. 981-1.014.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: les obligations, le contrat*. Paris: LGDJ, 1980.^[1]_[2]

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUILLOD, Olivier. BURGAT, Sabrina. *Droit des familles*. 4a. ed. Neuchâtel: Helbing Lichtenbahn, 2016.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária, *in: FIÚZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.). Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. . 55-71.

LAFERRIERE, Jorge Nicolás. La capacidad jurídica: de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad al nuevo código civil y comercial. Palestra feita na XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca, 2015, na Comissão 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”. Material gentilmente cedido pelo autor.^[1]_[2]

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários ao art. 17 do Pacto de San José da Costa Rica, *in: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveria. Comentários à*

Convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 163-165.

MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991.

MONTEIRO, Juliano Ralo. TREVISAN, Elisaide. Direitos sociais e o desafio do trabalho análogo à condição de escravo no Brasil contemporâneo, in: *Revista da Pós-Graduação Unifão*. Osasco: Edifício, 2011. v. 5, p. 84 - 103.

MUÑIZ, Carlos. *La capacidad de las personas con discapacidad para contraer matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado*. Palestra feita na XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca, 2015, na Comissão 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”. Material gentilmente cedido pelo autor.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REQUIÃO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime das incapacidades. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em: 2 Ago. 18.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Eduardo Sens. *A função social do contrato*. Florianópolis: OABSC, 2002.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em: 10 Ago. 18.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte II), em que ele explora a questão do casamento ser válido ou não. Disponível em: <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 10 Ago. 18.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil, in: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Campos de Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2003/2004, vol. 5, p. 167-175.

ZOLA, Émile. *Germinal*. São Paulo: Seguinte, 2016.

civilistica.com

Recebido em: 4.11.2018

Aprovado em:

13.11.2018 (1º parecer)

19.11.2018 (2º parecer)

Como citar: GOZZO, Débora; MONTEIRO, Juliano Ralo. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-concretizacao-da-autonomia-existencial/>>. Data de acesso.