

# O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL NO CASAMENTO\*

## *THE PRINCIPLE OF ISONOMY APPLIED TO PEOPLE WITH MENTAL DISABILITIES IN MARRIAGE*

**Tamara Brancher<sup>1</sup>**

Graduada em Direito (Ulbra, Canoas/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito de família; princípio da isonomia.

**RESUMO:** O presente estudo busca responder ao seguinte questionamento: a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que alterou significativamente o sistema de incapacidades do Código Civil brasileiro e conferiu capacidade plena à pessoa com deficiência mental para os atos da vida civil, inclusive para o casamento, é possível constatar que os deficientes mentais foram efetivamente protegidos, levando em consideração o princípio da isonomia? O estudo se dá pelo método dedutivo, partindo do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos princípios constitucionais, e

principalmente da análise doutrinária, por meio do levantamento e da seleção bibliográfica e da análise interpretativa da norma jurídica. Os resultados obtidos indicam que tanto a construção de uma nova noção de inclusão social por meio da capacidade civil conferida à pessoa com deficiência mental como a repercussão jurídica oriunda dessa construção estão imbuídas de controvérsias que são constantemente acionadas nos espaços de debate e constituição de iniciativas para a promoção da igualdade.

**ABSTRACT:** *The present study seeks to answer the following question: Based on the Statute of the Person with Disabilities (Law No. 13,146 / 2015), which significantly*

---

\* Prêmio Ajuris Direitos Humanos – Edição 2017 – Trabalho premiado.

<sup>1</sup> Advogada. Pós-Graduada em Direito Administrativo (FADERGS, Porto Alegre/RS, Brasil). E-mail: tamara\_brancher@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5036899039637499>.

*altered the disability system of the Brazilian Civil Code and conferred full capacity on the person with mental disability for the acts of life Civil rights, including marriage, is it possible to establish that the mentally handicapped have been effectively protected, taking into account the principle of isonomy? The study is based on the deductive method, starting from the Brazilian legal system as well as from the constitutional principles, and mainly from the doctrinal analysis, through the survey and the bibliographic selection and the interpretative analysis of the legal norm. The results indicate that both the construction of a new notion of social inclusion through the civil capacity given to the mentally disabled person and the legal repercussions arising from this construction are imbued with controversies that are constantly triggered in the spaces of debate and constitution of initiatives for The promotion of equality.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015); capacidade civil; direito de família; casamento da pessoa com deficiência mental; princípio da isonomia.

**KEYWORDS:** *Statute of the Person with Disabilities (Law nº 13.146 / 2015); civil capacity; family law; marriage of the person with mental deficiency; principle of isonomy.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A evolução do conceito de isonomia; 2 A isonomia e os direitos fundamentais; 3 A isonomia e o regime jurídico das pessoas com deficiência; 4 A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no casamento quanto à isonomia; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The evolution of the concept of isonomy; 2 Isonomy and the fundamental rights; 3 Isonomy and the legal regime of people with disabilities; 4 The repercussion of the Statute of the Person with Disabilities in marriage regarding isonomy; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o princípio da isonomia a partir da repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) no Código Civil de 2002, principalmente no que concerne ao sistema de incapacidade civil, alterado significativamente pela nova lei, conferindo capacidade plena às pessoas com deficiência mental, refletindo também no direito de família, em especial, no casamento.

O estudo começará com um breve retrospecto das principais abordagens históricas do princípio da isonomia, acompanhando a sua evolução até as Cartas Constitucionais brasileiras, em especial a de 1988, que instituiu o Estado

Democrático de Direito e transforma a igualdade em um valor que se destaca em todo o sistema constitucional. No segundo capítulo, o princípio da isonomia será observado junto aos direitos fundamentais, com o objetivo de expor qual a relação entre eles, além da abordagem do princípio da igualdade para, posteriormente, tratar do regime jurídico das pessoas com deficiência. O estudo do regime jurídico das pessoas com deficiência encontra-se no terceiro capítulo e irá abranger a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como a sua repercussão no Código Civil, no que diz respeito à capacidade civil do deficiente mental. Por fim, no último capítulo serão abordadas as consequências jurídicas para o direito de família, em razão de o Estatuto da Pessoa com Deficiência conferir capacidade aos deficientes mentais para o casamento, levando em consideração dois aspectos: o inclusivo e o voluntário, os quais envolvem o ato de casar.

A pesquisa se dá pelo método dedutivo, partindo do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos princípios constitucionais, e especialmente da análise da doutrina, por meio do levantamento e da seleção bibliográfica e da análise interpretativa da norma jurídica. O tema possui bastante relevância porque trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma condição inédita às pessoas com deficiência mental, cuja reflexão não se dará apenas no Direito, mas nas demais áreas vinculadas ao tema e especialmente na vida das pessoas que têm algum tipo de transtorno mental.

## **1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ISONOMIA**

A isonomia é extremamente importante em todas as relações sociais, uma vez que, a partir dela, encontram-se formas adequadas para o tratamento de pessoas com quaisquer peculiaridades. Assim, será feito um retrospecto das principais abordagens históricas relacionadas à isonomia, a começar pelo conceito de isonomia em Aristóteles, e, posteriormente, como esse princípio se deu positivado na Lei das XII Tábuas, abordando também as declarações liberais das Revoluções Francesa e Americana, para, ao final, analisar a isonomia nas Cartas Constitucionais brasileiras.

### **1.1 INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA ANTIGUIDADE**

O princípio da isonomia é um desmembramento da noção de justiça e de igualdade que remonta à época aristotélica, na qual se dizia que ambas só

seriam alcançadas em sua totalidade quando houvesse tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Segundo o filósofo, o princípio da igualdade estava pautado na concepção da “justiça distributiva”, que consiste em dar a cada pessoa aquilo que lhe pertence (Aristóteles, 2004, p. 102).

A teoria aristotélica, portanto, baseava-se numa igualdade firmada na justiça e pregava que o tratamento igualitário só seria executável se atendessem à desigualdade material presente na coletividade. Nessa perspectiva, igualar as oportunidades não representa o fim das diferenças, mas o alcance da igualdade. Em outras palavras, a partir do princípio da isonomia, os homens têm condições idênticas de lutar por aquilo que querem. Será possível perceber, ao longo do texto, que a ideia de Aristóteles continuou a desenvolver-se, e, a partir da Lei das XII Tábuas, o princípio da isonomia começou a ser positivado e aplicado nas relações jurídicas da época, ainda de que forma precária.

## 1.2 A ISONOMIA NA LEI DAS XII TÁBUAS

Apesar de já se desenvolver algumas concepções relacionadas à isonomia até então, não havia nenhum dispositivo que tivesse a sua previsão.

A primeira vez que o instituto da igualdade apareceu codificado foi na Lei das XII Tábuas, nome utilizado exatamente porque as leis foram exibidas em doze tabletas de madeira, os quais foram expostos no Fórum Romano para que todos tivessem a oportunidade de ler. Ela constituiu a origem do direito romano e teve como objetivo central o de não estabelecer privilégios em lei; em verdade, o que se pretendia era a igualdade jurídica (Wolkmer, 2008, p. 132). Para Bobbio (1995, p. 94), a Lei das XII Tábuas é “um conjunto de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos”. Nesse sentido, é possível compreender que todas as pessoas estavam sujeitas ao cumprimento das mesmas obrigações, visto que estavam sob idêntica legislação, portanto, no mesmo patamar de igualdade. A Lei das XII Tábuas constituía a essência da constituição da República Romana e representou o primeiro documento legal a oficializar o Direito Romano, de onde se estruturam todos os elementos jurídicos ocidentais (Wolker, 2008, p. 133-137). No tópico seguinte, será visto que, com as revoluções europeias, esse pensamento de isonomia idealizado por Aristóteles e escrito na Lei das XII Tábuas foi, aos poucos, deixando o campo da filosofia e passou a ter importância jurídica.

### 1.3 A ISONOMIA NAS REVOLUÇÕES FRANCESA E AMERICANA

As Revoluções Americana e Francesa também contribuíram bastante para o desenvolvimento da igualdade, uma vez que a primeira estabeleceu os mesmos direitos e deveres na sociedade, e a segunda trouxe ideais de fraternidade, igualdade e liberdade.

A começar pela Revolução Americana, motivada pelo fato de que a Inglaterra aumentava os impostos e tentava restringir os direitos das treze colônias que existiam na época, as quais começaram desde então a lutar pela emancipação, ato pelo qual representava o primeiro passo rumo à igualdade, porque, a partir da emancipação, se alcançaria a independência e, no caso das colônias afligidas pelo forte domínio inglês, era tudo o que elas queriam. Como os norte-americanos já estavam insatisfeitos com a situação, deram origem a um movimento popular que foi essencial para a Proclamação da Independência dos Estados Unidos, em 1776 (Hill, 1985, p. 101). Por meio dessa conquista, os Estados Unidos formaram a sua identidade cultural e foram conduzidos ao papel de República, cuja forma de governo tem a participação dos cidadãos. A partir disso, o princípio da isonomia aprimorou-se, tendo em vista que os cidadãos passaram a participar da estrutura política do Estado americano.

No que diz respeito à Revolução Francesa, ao longo do tempo, o lema "*liberté, égalité, fraternité*" (em português, liberdade-igualdade-fraternidade) foi bastante utilizado para firmar os seus ideais, tornando-se símbolo de Estado. A Revolução foi suscitada em razão da pobreza que assolava o povo. Os ideais iluministas propunham um Estado que representasse o povo; por outro lado, a burguesia opunha-se contra o sistema absolutista, que gerava uma forte carga de tributos (Silva, 2006, p. 163). Diante dessas circunstâncias, o povo se uniu para tirar o poder da monarquia, tomando diversas medidas, entre elas a importante promulgação dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja primeira parte do artigo um já tem a previsão do princípio da igualdade quando diz que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos". Situa-se também nesse dispositivo a previsão dos direitos e garantias individuais básicas, como o da dignidade, o da vida e o da não discriminação (Silva, 2006, p. 164).

Como se percebe, a noção de igualdade após a Revolução Francesa tornou-se ainda mais sólida, reproduzindo o pensamento de que todos os indivíduos são iguais ao nascer e, portanto, possuem a igualdade de direitos. Como resultado dessa revolução, uma nova legislação entrou em vigor, e a

França tornou-se uma monarquia constitucional. Ainda, representou o fim do regime absolutista, ao passo que o povo ganhou autonomia, e os direitos da sociedade passaram a ser respeitados (Bonavides, 1998, p. 531-541). Dessa forma, a igualdade foi ganhando ainda mais força, principalmente em relação ao Brasil, que começou a construir o direito com influências francesas. A título de exemplo, as constituições brasileiras foram elaboradas tendo como bandeira a igualdade e a democracia. A primeira Constituição, em 1824, seguiu os ideais franceses, começando a desenvolver o instituto da igualdade e dividindo os poderes. As constituições brasileiras posteriores à de 1824 passaram a ser produzidas de modo a consolidar o princípio da isonomia e os direitos fundamentais. A seguir, as constituições brasileiras serão objeto de estudo, bem como a relação que elas têm com a isonomia.

#### **1.4 A ISONOMIA NAS CARTAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS**

Ao longo da história brasileira, viveram-se momentos muito diferentes, e cada Constituição demonstra-se adaptada à situação social, econômica, política e cultural do Brasil.

Além dos documentos conhecidos internacionalmente, o Brasil, em todas as suas Cartas, consagrou os direitos fundamentais, entretanto, em medidas diversas (Lassale, 2000, p. 10-11). Com elas, aparece o Estado de Direito, que se opunha às normas instituídas pelo feudalismo e pela monarquia. Elas trazem um novo cenário para o sistema de governo brasileiro, atribuindo um caráter democrático (Silva, 2006, p. 73). Por essa razão, é indispensável estudar as Cartas Constitucionais do Brasil, sob a ótica da igualdade (Bonavides, 2014, p. 379).

A primeira Constituição brasileira, datada em 1824, formou-se através do apoio do Partido Português a D. Pedro I, que dissolveu a Assembleia Constituinte em 1823 e firmou seu próprio projeto. Com inspiração nas palavras de Silva (2006, p. 74), pode-se dizer que os estadistas imperiais e construtores da nacionalidade construíram, por meio dessa Constituição, uma estrutura centralizadora capaz de promover a consecução dos objetivos almejados, como provou a história imperial. A Carta de 1824 anunciava, desde o início, que o Império brasileiro era a união política de todos os cidadãos brasileiros, que constituem uma nação livre e independente. A monarquia absolutista foi perdendo espaço para a monarquia constitucional, garantindo a inviolabilidade dos direitos do cidadão brasileiro (Cretella Junior, 2000, p. 30).

Após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, ocorreram mudanças relevantes no sistema político e econômico do País. A Constituição de 1891 foi promulgada e teve como principais inovações a instituição da forma federativa de Estado e da forma republicana de governo e o estabelecimento da independência dos poderes. Já num momento de transição da forma de governo monárquico para republicano, em que a monarquia não tinha mais o amparo dos detentores do poder econômico, foi convocada uma Assembleia Nacional Constituinte, tendo sido promulgada a Constituição da República, em 1891, que dispunha sobre direitos fundamentais (Bonavides, 1998, p. 373).

Com trinta e nove anos da República velha, o esgotamento do modelo político em vigor fez com que ocorresse a Revolução de 1930, levando à promulgação da Constituição de 1934. Ela teve como objetivo organizar um regime democrático para garantir a justiça e o bem-estar econômico, conforme o próprio preâmbulo (Pontual, Senado Federal, 2017). Entretanto, a Carta de 1934 teve pouca duração e, para Bonavides (1998, p. 375), ela não passou de um evento com poucos fundamentos.

A Constituição brasileira outorgada em 1937 por Getúlio Vargas deveria ter sido submetida a um plebiscito, contudo foi declarado Estado de Emergência, com a posterior restrição dos direitos fundamentais (Pontual, Senado Federal, 2017). Nas palavras de Silva (2006, p. 83), “houve ditadura pura e simples”, com todo o Poder Executivo e Legislativo focado no controle do Presidente da República, que criava as leis por meio de decretos-leis que ele próprio impunha posteriormente, como órgão do Executivo.

A Constituição de 1946 retornou ao regime democrático de 1934 e foi promulgada legalmente, após deliberações. O restabelecimento dos direitos individuais e a restituição da independência dos poderes foram algumas das medidas adotadas. Trouxe também os direitos fundamentais (Pontual, Senado Federal, 2017). A Constituição brasileira outorgada em janeiro de 1967 estruturou os direitos fundamentais nos mesmos moldes da anterior, porém foi mais sintética (Bonavides, 1998, p. 376).

Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal atual teve grande participação popular em sua criação, voltando-se firmemente para o pleno cumprimento da cidadania. Ela possui como um de seus fundamentos dar maior liberdade ao cidadão, instituindo um novo esboço jurídico-institucional no Brasil, com expansão dos direitos e garantias individuais (Silva, 2006, p. 90).

Como se percebe, a nova redação constitucional demonstra uma extensão sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma consistência jamais vista nas Constituições anteriores, a partir da de 1934 (Bonavides, 1998, p. 382). É nessa Constituição que a igualdade transforma-se no valor mais importante de todo o regime constitucional, tornando-se o requisito que se sobrepõe a tudo na interpretação constitucional em relação aos direitos sociais.

Tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais apontam para uma diretriz constitucional voltada para o ser humano e para o completo progresso da sua personalidade, sendo suficiente recordar que a dignidade da pessoa humana foi manifestamente levantada à condição de base do Estado Democrático de Direito brasileiro, primordialmente, nessa Constituição (Sarlet, 2015, p. 247), fundamentando-se na soberania popular. Por isso, se vê de forma mais clara a efetividade do princípio da isonomia a partir da legislação de 1988, até porque o Estado Democrático de Direito tem como um de seus pilares o princípio da igualdade.

Quando a Constituição Federal trata do princípio da igualdade, ela impõe um tratamento igualitário perante a lei sem favorecimentos, estabelecendo a igualdade formal. Porém, a igualdade material defende a sua garantia no plano fático. Busca-se, dessa forma, assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana por meio da isonomia. Dessa forma, é possível entender que certas discriminações promovem uma compensação da desigualdade material, uma vez que se observa a desigualdade no plano fático, para, na lei, promover uma compensação (Canotilho, 1995, p. 425-427). Nesse sentido, verifica-se que as pessoas possuem características distintas, tanto genéticas, herdadas por seus familiares, quanto culturais, sociais e educacionais. Um simples exemplo disso são os homens e as mulheres, que, muito embora sejam equiparados constitucionalmente, apresentam distinções. Desse modo, eles são iguais na forma da lei, como prevê o art. 5º da Constituição Federal, não havendo igualdade material.

Quando discorreremos acerca das pessoas com algum tipo de deficiência mental, também encontramos características peculiares, uma vez que elas possuem condições específicas e determinadas limitações. Nesse contexto, surge um desdobramento da igualdade: o princípio da isonomia, que confere tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Nesse enfoque, será abordado, a seguir, o princípio da igualdade sob a ótica dos Direitos Fundamentais.

## 2 A ISONOMIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se estudam os direitos fundamentais, não há como desvinculá-lo do princípio da igualdade, uma vez que ambos se completam, na medida em que a Constituição Federal faz referência ao princípio quando instaura os direitos fundamentais, bem como a igualdade é parte imprescindível na estrutura desses direitos. Como refere Canotilho (1995, p. 424), um dos princípios que estruturam o sistema geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade.

### 2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem esse caráter fundamental que indica uma particular dignidade e proteção dos direitos numa dimensão formal e numa dimensão material (Canotilho, 1995, p. 509). Em relação aos direitos fundamentais, pode-se antecipar que eles serão analisados enquanto direitos jurídicos positivados e vigentes num panorama constitucional.

Essa positivação de direitos fundamentais representa a introdução no sistema jurídico positivo dos direitos considerados imprescindíveis aos indivíduos. Se não fossem positivados, esses direitos fundamentais não passariam de ambições; contudo, hoje são direitos tutelados na forma de um sistema normativo constitucional (Canotilho, 1995, p. 375). Para o autor Sarlet (2016, p. 315), os direitos fundamentais são disposições jurídicas admitidas e resguardadas no panorama do direito constitucional dentro dos Estados. Numa perspectiva constitucional, pode-se dizer que os direitos fundamentais apresentam-se como um grupo de valores primordiais para o ser humano. São chamados de fundamentais por serem essenciais ao homem. Nas palavras de Bonavides (2014, p. 383), “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”. Dito de outra maneira, os direitos fundamentais representam o elemento fundamental às Constituições, assim como o ar para o ser humano.

Quanto à isonomia na perspectiva dos direitos fundamentais, importante referir que a Constituição Federal deu lugar de destaque ao princípio da igualdade em várias previsões no texto constitucional. Como já foi visto no capítulo anterior, a igualdade aparece também como um pilar que estrutura o Estado Democrático de Direito, mas o momento jurídico que reflete bem a relação intrínseca entre a igualdade e os direitos fundamentais quando a Constituição Federal abre o rol de direitos fundamentais com o princípio da igualdade, de acordo com a qual “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*). Nesse contexto,

esclarecedoras são as palavras de Sarlet (2016, p. 574), quando o autor diz que “a igualdade constitui uma peça chave no catálogo constitucional dos direitos fundamentais”, ou seja, a isonomia é o elemento básico e indispensável no arrolamento constitucional dos direitos fundamentais (Bonavides, 2014, p. 384).

Destarte, vê-se que a isonomia tem profunda relação com os direitos fundamentais, principalmente porque esse princípio está vinculado à obrigação de tratamento semelhante em situações semelhantes e tratamento desigual em situações desiguais (Sarlet, 2016, p. 575). Nesse diapasão, a lei é uma aliada para ditar as regras e montar um modelo ideal de tratamento que se adapte às situações das pessoas e proporcione a elas dignidade. Em relação a esse desdobramento da igualdade apresentado anteriormente, que permite certas discriminações a fim de propiciar um tratamento igualitário mediante a lei, aparece o questionamento acerca da existência de uma distinção entre a igualdade e a isonomia. A seguir, uma possível diferenciação entre esses dois institutos será analisada, apontando para o que a doutrina diz a respeito.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Por mais que se considere adequada a ideia de igualdade aristotélica de tratar os iguais de forma igual e tratar os desiguais de forma desigual, tal noção, em si mesma, não basta para que se possa dar respostas aos questionamentos sobre quais são as pessoas que deverão ser tratadas desigualmente ou, ainda, de modo igual.

A interpretação constitucional quanto ao conceito de igualdade abrange diversas controvérsias, principalmente em face da importância que a igualdade dos fatos ou material foi inculcada num sistema em que a força da sociedade expressa ao direito os seus caminhos (Bonavides, 2014, p. 386). Por isso, é muito comum haver visões distintas de igualdade e, conseqüentemente, grande produção legislativa na tentativa de acompanhar as mudanças sociais. Existem aqueles que costumam apresentar a igualdade em duas modalidades: a igualdade material e a igualdade formal, cujo entendimento é majoritário e será estudado em breve. Outros, por sua vez, não admitem a distinção entre as respectivas modalidades, desenvolvendo apenas a ideia de igualdade como único instituto.

No tocante à formalidade da lei, um dos princípios elencados no rol dos direitos e das garantias fundamentais e imprescindível à democracia é o

da igualdade. Registrado no art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal<sup>2</sup>, o princípio da igualdade, em seu sentido jurídico-formal, impõe um tratamento igual perante a lei. Trata-se da igualdade em seu aspecto formal, que corresponde ao dever de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos. Na oportunidade, surge o aspecto material, que é justamente o contrário: aplicar normas específicas aos casos específicos. À vista disso, todas as pessoas, ainda que com suas diferenças, merecem ser acolhidas de forma igual, tanto perante a lei como na sociedade (Silva, 2006, p. 215).

Importante ressaltar que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, também se verifica a distinção entre os desdobramentos do princípio da igualdade, no fundamento do Relator Ministro Celso de Mello, no Mandado de Injunção nº 58, conforme extrato destacado abaixo:

[...] A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório [...].

Como se pode compreender do excerto acima, existe a igualdade na lei, segundo a qual tudo o que está previsto na lei é aplicado a todos, mas que essa generalidade não pode romper a ordem isonômica. Por outro lado, a igualdade perante a lei é aquela que opera sobre o fundamento de que diante da lei não há como ensejar um tratamento discriminatório por parte do Estado, uma vez que todos são iguais.

A seguir, serão objeto de análise as duas visões acerca do instituto da igualdade, sendo elas a visão formal e a visão material. Tal análise demonstra-

---

<sup>2</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

-se bastante importante, pois assume peculiar relevância no âmbito das ações afirmativas, das quais se desenvolvem medidas a fim de tornar efetiva a proteção das pessoas que se encontram em situações de vulnerabilidade, como o tema em voga, das pessoas com deficiência mental.

### **2.2.1 Igualdade formal**

De acordo com grande parte da doutrina, a igualdade formal se dá perante a lei e, por algum tempo, foi considerada como a certeza da consecução da liberdade, de modo que seria suficiente a mera inclusão da igualdade na lista dos direitos fundamentais para tê-la, de fato, garantida (Silva, 2006, p. 211).

A igualdade formal revela-se, essencialmente, perante a lei, cuja exigência reside num tratamento igualitário sem diferenciações. Isso quer dizer que, quando se fala da igualdade em seu aspecto formal, pode-se afirmar que ela está relacionada estritamente com a norma jurídica, sem a necessidade de estabelecer diferenças e agir com parcialidade para acolher aqueles que carecem de cuidados especiais. Segundo essa visão, a lei vale para todas as pessoas. Assim, identificou-se que o princípio da isonomia precisava de ferramentas para promover a igualdade social e jurídica, posto que a simples igualdade de direitos mostrou-se ineficiente para que as mesmas oportunidades que certos indivíduos privilegiados possuem sejam acessíveis aos desfavorecidos na sociedade (Silva, 2006, p. 212). Tem-se que a mera previsão constitucional da igualdade embora necessária é insuficiente para que seja atingida a diminuição das desigualdades sociais e do preconceito. Nesse pensamento, entende-se que pessoas acometidas por deficiências psíquicas, por exemplo, continuam em situação de desamparo jurídico e que, apesar da existência de uma garantia constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana, não são poucos os que permanecem sem ter acesso às mesmas chances. Em que pese a igualdade formal seja importante e necessária, inclusive por pressupor que existe uma norma legal que cuide das relações sociais para se estabelecer um tratamento digno aos indivíduos, não é suficiente, pois essa visão de igualdade não dá conta de todas as necessidades que existem dentro de uma comunidade. Assim, é possível identificar que o princípio da igualdade sob o aspecto formal é incapaz, por si só, de promover a igualdade concreta. Nessa ocasião, surge o conceito de igualdade material ou substancial, o qual se analisará no próximo tópico, cuja essência desprende-se da formalidade outrora existente. Passa-se a considerar a desigualdade concreta, de forma a lidar diferentemente com situações desiguais.

### 2.2.2 Igualdade material

Uma vez gerado o discernimento de que existe a igualdade material, busca-se, por meio da isonomia, juntá-la ao entendimento formal da igualdade para a efetivação dos direitos sociais.

Nessa entoad, a igualdade material não implica um tratamento sem distinção de todos em todas as formas de relação. Só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. Diferente da formal, a igualdade material não pressupõe uma lei geral, tampouco abstrata e impessoal, que incida sobre todos igualmente, levando em consideração só a igualdade das pessoas e não a igualdade da coletividade, pois isso acaba por gerar mais desigualdade e semeia a injustiça (Silva, 2006, p. 214), contrariando a ideia primitiva de igualdade, que nasceu em Aristóteles, cuja base se dá na justiça e que foi motivo de muitas lutas e revoluções ao longo do tempo, como já abordado no primeiro capítulo. Nesse raciocínio, interessante destacar as palavras de Rocha (1990, p. 118) sobre a igualdade quando refere que “a igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; uma maneira justa de se viver em sociedade”. Em outras palavras, a igualdade genuína deve ser um modo de vida e não se constituir em um conjunto de regras apenas.

Tendo em vista que a verdadeira igualdade, qual seja, a igualdade na constituição, abraça como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, faz-se necessário elaborar normas jurídicas específicas. Foi com esse propósito que houve a organização e a promulgação de um regime jurídico das pessoas com deficiência, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, recentemente, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Nesse sentido, já que se vem falando em indivíduos que carecem de uma norma especial, será de grande valia estudar o regime jurídico dos deficientes e avaliá-lo sob a perspectiva isonômica, com o objetivo de descobrir se é possível, de fato, alcançar a igualdade concreta. Assim sendo, o próximo passo será o estudo do regime jurídico das pessoas com deficiência em relação ao princípio da isonomia.

## 3 A ISONOMIA E O REGIME JURÍDICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em razão da isonomia, há diversas criações legislativas cuja principal finalidade é voltada para a proteção dos mais necessitados. Entre elas, surgiu, com o objetivo de tutelar os deficientes, a Convenção Internacional sobre os

Direitos das Pessoas com Deficiência e, posteriormente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ambas carregam, em síntese, o propósito de promover a igualdade e evitar discriminações. A seguir, cada um desses institutos será explorado.

### **3.1 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Em 2008, ano em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – completava 65 anos, o Brasil internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU (Ferreira, 2014, p. 8).

No dia 25 de agosto de 2009, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949), com o propósito de assegurar o exercício pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. Sem sombra de dúvida, esse instituto é um importante recurso para mudar o quadro de exclusão das pessoas com deficiência, ao estabelecer, no âmbito internacional, a conscientização do potencial e do alcance dos seus direitos, expondo as vulnerabilidades dos deficientes e exigindo dos membros da sociedade atos concretos para a realização do objetivo da Convenção (Lopes, 2014, p. 26). É importante destacar também que, sendo uma Convenção Internacional, ela é equivalente às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal).

O conceito de igualdade guia a Convenção ratificando que, apenas com uma sociedade que adote condições iguais, teremos os direitos dos deficientes assegurados. Nesse sentido, é extremamente necessário compreender a questão das diferenças para entendermos o cerne da igualdade. Tendo em vista que os deficientes possuem características que os diferenciam dos demais, ainda sim continuam sendo sujeitos de direitos (Gaspar, 2014, p. 53). Nesse enfoque, pode-se pensar que as medidas constantes na legislação atual brasileira servem para compensar certas situações em que o deficiente está vulnerável. Ainda, traduzem o sentido da isonomia, agilizando o processo de inclusão na sociedade.

Sendo assim, a coletividade permitirá que todos tenham oportunidades semelhantes, onde cada indivíduo tenha “o direito de ser e estar na sociedade” (Gaspar, 2014, p. 54), com suas peculiaridades e colaborar para que ocorram mudanças e haja um progresso social. Portanto, os princípios e as normas inseridas nessa legislação trabalham em conjunto, viabilizando a inclusão social e a efetividade do princípio da igualdade. Tal responsabilidade foi assumida

pelo Estado por meio da promulgação da Constituição Federal e, agora, por meio da ratificação da Convenção. Com esse mesmo propósito, é que foi elaborado e promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em seguida, será feita uma análise do referido Estatuto, relacionando-o também com a igualdade.

### **3.2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015)**

Atualmente, é possível perceber a clara tendência do ordenamento jurídico em se preocupar não só com o princípio da igualdade inserido numa conduta formal, mas com sua aplicação. Um belo exemplo disso é a instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, nº 13.146/2015, foi instituída com um propósito positivo e inclusivo, conferindo aos deficientes autonomia em suas relações, bem como propõe a Convenção abordada no tópico anterior. Ela se fundamenta na Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e visa garantir o exercício dos direitos fundamentais, estabelecendo igualdade de condições (Venosa, 2017, p. 144). De acordo com o Parecer nº 266 (2015, p. 3) do Senado Federal acerca da referida lei, ela é “nada mais do que a adaptação da legislação ordinária à Convenção, sem perder de vista a realidade brasileira”. Também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, a nova lei resulta em variados progressos no tratamento digno e igual de pessoas com quaisquer tipos de deficiência. Representa, nesse aspecto, um grande avanço.

Nesse pensamento, prevê o art. 4º do Estatuto que “toda pessoa com deficiência tem o direito à igualdade de oportunidades como as demais pessoas [...]”. À vista disso, observa-se que a norma em questão procura regular as relações sociais com base na equidade. A sua proposta é bastante positiva e busca promover mecanismos eficazes de proteção e garantia dos direitos humanos. Não obstante, é preciso compreender que a apreciação do caso concreto é indispensável para se ter um resultado útil (Lobo, 2017, p. 176-177). Ocorre que, no objetivo de progredir, mudanças inesperadas a um sistema já concebido devem ser avaliadas, para evitar eventuais rompimentos que possam atrapalhar a vida das pessoas a que se almejava proteger. A partir dessa criação legislativa, houve alteração no sistema de incapacidades do Código Civil que refletiu em diversos aspectos. Nessa linha, o próximo tópico continuará abordando o Estatuto da Pessoa com Deficiência, todavia, voltado para os seus principais

reflexos na legislação civil, mais especificadamente no que se refere ao sistema de incapacidades.

### **3.3 O EFEITO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

As disposições do Código Civil de 2002 que definiam as incapacidades foram alteradas pela Lei nº 13.146/2015, no que tange aos apontamentos dos absolutamente e dos relativamente incapazes. Pode-se afirmar que houve uma diminuição na quantidade das incapacidades, acarretando num maior número de deficientes que se tornaram capazes para os atos da vida civil.

Dentre as diversas alterações que a nova lei trouxe para o ordenamento jurídico, temos a primeira, que é a redução do número de absolutamente incapazes, que passa a compreender apenas os menores de 16 anos. Em segundo, passam a ser relativamente capazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade. Posteriormente, a terceira alteração envolve aqueles que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, que, após a vigência da lei, adquiriram capacidade plena. Por fim, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, também passaram a ser plenamente capazes (Coelho, 2016, p. 174-175).

Destarte, a condição de incapacidade foi removida da pessoa com transtorno mental e dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental, dando uma nova redação aos arts. 3º e 4º do Código de 2002, que passaram a ser redigidos da seguinte forma:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (anos).

I - (Revogado)

II - (Revogado)

III - (Revogado)

Art. 4º São incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 e menores de 18;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Ao criar o Estatuto, o legislador entendeu que mencionar certas hipóteses de deficiências como razão para a incapacidade implicava um caráter depreciativo, havendo por certo retificar a norma em questão. O próprio Parecer nº 266 do projeto de lei do Senado Federal que ensejou a criação do Estatuto mostra esse entendimento (2015, p. 8):

[...] Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade [...].

Verifica-se, desse modo, que a preocupação do legislador ao editar o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi de analisar, com primazia, o estado mental da pessoa sem fazer associações entre uma deficiência e a incapacidade. Pode-se dizer então que a deficiência, por si só, não é a razão para incapacidade, mas somente casos relacionados ao discernimento e à manifestação de vontade (Venosa, 2017, p. 129).

Atualmente, não é muito diferente, uma vez que se leva em conta a situação mental do indivíduo. A parte geral do Código Civil brasileiro de 2002 trata, inicialmente, das pessoas naturais<sup>3</sup>. A pessoa natural é conceituada a partir do ser humano, sendo considerado sujeito de direitos e deveres. No entendimento de Lobo (2017, p. 98), pessoa é sujeito de direito de forma plena, capaz de contrair e transferir direitos e obrigações jurídicas. Todo ser humano que nasce com vida é pessoa. Ainda refere que pessoa é característica dada pelo direito, não um juízo que se abduz da natureza, no sentido da alegação da dignidade da pessoa humana, sem discriminações (Lobo, 2017, p. 115). Na compreensão de Venosa (2017, p. 129), a personalidade jurídica é projeção da personalidade própria, mental de cada um; ele refere ainda que a personalidade jurídica “é

---

<sup>3</sup> “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas”. Portanto, de acordo com os conceitos doutrinários, é possível compreender que a personalidade jurídica é inerente à pessoa, tendo sua origem no nascimento com vida.

A capacidade é aptidão, reconhecida pela ordem jurídica, para a realização de atos e negócios jurídicos de forma direta. Ela supõe previamente o total desimpedimento dos meios psíquicos e físicos para expressão da vontade. A pessoa capaz possui condições psíquicas e físicas necessárias para compreender o resultado dos seus atos. A pessoa natural capaz sabe ponderar de forma conveniente seus interesses e, em razão disso, orientar suas decisões. Tem equilíbrio, maturidade e meios ágeis de comunicação que distanciam a hipótese de vir a realizar ato ou negócio jurídico que seja prejudicial aos seus direitos ou interesses (Coelho, 2016, p. 173-185). Toda pessoa possui a capacidade de direito; em outras palavras, tem a capacidade para adquirir ou gozar de direitos. Entretanto, a capacidade de fato nem todos têm, uma vez que ela está ligada ao exercício do direito, isto é, a aptidão para exercê-lo. Quando se tem a capacidade de fato, é possível, por si só, exercer os atos da vida civil. Por isso também pode ser chamada de “capacidade de ação”. A capacidade de fato é a aptidão da pessoa para realizar por si mesma os atos civis. Tal aptidão exige determinadas qualidades, sem as quais a pessoa não possui plena capacidade de fato (Venosa, 2017, p. 129). Portanto, incapacidade é a restrição dada por lei ao exercício de direitos, podendo ser de duas espécies: incapacidade absoluta e incapacidade relativa.

A incapacidade absoluta implica proibição completa do exercício de direitos, por si só. Os atos da vida civil só poderão ser exercidos por meio de um representante legal. Nessa representação, o incapaz não participa do ato, que é praticado somente pelo representante. Num contrato, por exemplo, somente o representante deverá assiná-lo. Segundo Venosa (2017, p. 138), a incapacidade absoluta impede totalmente o indivíduo de exercer por si os atos da vida civil. A incapacidade relativa, por outro lado, possibilita que o incapaz exerça os atos da vida civil, desde que assistido. Determinados atos, contudo, pode o incapaz praticar sem a assistência de seu representante. Na assistência, o incapaz recebe certo discernimento e é quem pratica o ato, porém não o faz sozinho, ou seja, é necessário que ele esteja acompanhado. Ainda no exemplo de um contrato, este

deverá ser assinado pelo incapaz e por quem ele é assistido. Na incapacidade relativa, o sujeito pode realizar certos atos com a devida assistência, por isso trata-se de uma incapacidade limitada (Venosa, 2017, p. 138).

Feita uma breve síntese da anterior e da atual relação de incapacidades, juntamente com as suas modalidades (absoluta e relativa), pôde-se constatar que houve uma transformação bastante significativa para os deficientes, em especial, para os deficientes mentais. Em suma, a regra é simples: a presunção é de que os deficientes mentais são capazes até que se prove o contrário. Como compreende Venosa (2017, p. 139), deve-se levar em consideração sempre que a regra é a capacidade, pois a incapacidade consiste na exceção. Nesse sentido, os próximos tópicos abordarão os conceitos doutrinários acerca da enfermidade ou deficiência mental e dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, uma vez que as pessoas acometidas de uma dessas condições foram as principais atingidas pela nova legislação.

### **3.3.1 Enfermidade ou deficiência mental**

A qualificação da pessoa com deficiência mental sempre foi motivo de desacordo entre os estudiosos, cujos tratamentos limitados e hostis passaram a ser considerados inúteis e desonrosos, com reflexo no âmbito do Direito.

O resultado de pesquisas científicas no campo mental feitas por especialistas aponta que a incapacidade civil, pautada em suposta incapacidade da mente, não protege a pessoa. Nesse enfoque, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência considera pessoas com deficiência (e não portadoras de deficiência) as que têm impedimentos de longo prazo de natureza mental, por exemplo, as quais, em comunicação com outras dificuldades, podem impedir sua completa e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (e novamente, não portadora de deficiência) regulamentou a Convenção no Brasil e deixou bem claro que não mais se incluía entre os absolutamente incapazes de exercício dos direitos a pessoa com deficiência (Lobo, 2017, p. 116-117). Portanto, a enfermidade ou a deficiência mental era considerada uma causa de limitação da capacidade, em razão de um estado patológico que viesse a afetar o estado mental da pessoa. De maneira contínua, passa-se a analisar agora o conceito doutrinário acerca dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

### 3.3.2 Excepcionais sem desenvolvimento mental completo

Semelhantemente ao entendimento de Lobo (2017, p. 116) a respeito dos deficientes mentais, o autor Venosa (2017, p. 143) refere que a compreensão da alienação mental é, em **RESUMO**, bem confusa tanto para o Direito quanto para a Medicina, porque varia de pequenas disfunções, cujo contexto na dicção necessária pode não ser concludente, até a total alienação, percebida facilmente mesmo para quem é desconhecedor do assunto. Essa situação atrapalha até mesmo o enquadramento vocabular desse estado mental.

Dessa forma, é possível entender que, até para os especialistas, a divisão entre o estado mental que incapacita o indivíduo para os atos da vida civil e o estado mental que não o incapacita, ou ainda, que o incapacita relativamente, não é bem clara. Porém, sabe-se que a lei civil referia-se a qualquer distúrbio mental que pudesse afetar a vida civil do indivíduo. De qualquer forma, o objetivo do legislador sempre foi o de determinar uma incapacidade em face do estado mental. Uma vez determinada a anomalia mental, o que é feito com ajuda da Psiquiatria, a pessoa poderia ser considerada incapaz para os atos da vida civil (Venosa, 2017, p. 143). No caso dos excepcionais, cujo desenvolvimento mental não se completou, gerando inaptidão para os atos da vida civil, há de se considerar a incapacidade. Logo, o que importa na determinação desse limite é o desenvolvimento mental do ser humano, assim como ocorre nos casos de enfermidade ou deficiência mental.

Apesar de ainda ser necessário atentar-se para a situação mental da pessoa, o Código não declara mais relativamente incapaz o excepcional sem desenvolvimento mental completo como era antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Pela nova redação, são capazes todos os excepcionais. Nesse contexto, nos termos do art. 84 da Lei nº 13.146/2015<sup>4</sup>, a pessoa com deficiência tem garantido o direito ao desenvolvimento de sua capacidade em chances isonômicas com as outras pessoas. Dessa maneira, uma pessoa com problema mental não é inserida na lista de incapazes automaticamente, constituindo, portanto, um passo muito importante. Todavia, é uma grande mudança no regime de incapacidades que carece de uma análise adequada para não ferir os

---

<sup>4</sup> “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.”

direitos humanos. Tal mudança repercute, entre outros aspectos, no casamento, cujo estudo se dará na sequência.

#### 4 A REPERCUSSÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CASAMENTO QUANTO À ISONOMIA

Ponderar as condições que esclarecem a restrição ou extinção da capacidade jurídica muda de acordo com o progresso dos valores da sociedade (Coelho, 2016, p. 175). Até 2015, o deficiente mental era considerado incapaz, relativa ou absolutamente. Isso não retrataria necessariamente a exclusão, mas poderia representar a raiz do preconceito. Por outro lado, pode-se considerar que, ao classificar o deficiente mental entre os incapazes, a lei buscava protegê-lo, determinando a sua representação ou assistência por alguém de sua confiança e sem interesse em causar-lhe dano (Coelho, 2016, p. 189). É nesse ponto que se vislumbram as hipóteses positivas e negativas referentes à grande repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi possível identificar inúmeras mudanças na legislação no que tange ao sistema de incapacidades. Uma vez determinado que o deficiente mental seja dotado de capacidade para os atos da vida civil, não há mais o que se pensar em restrição para tais atos, ao menos, em regra. Com isso, diversos aspectos no Direito foram alterados, inclusive no âmbito familiar. Nessa linha, o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>5</sup> trouxe regra prevista quanto ao direito familiar, no sentido de estabelecer novos princípios norteadores de proteção jurídica aos deficientes, partindo do pressuposto de que o deficiente possui uma qualidade que o diferencia das outras pessoas; assim, ele tem igualdade de direitos e deveres. Essa é a principal relação que a nova lei possui com a isonomia. Segundo a redação do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a capacidade civil da pessoa com deficiência é plena, ou seja, a deficiência não prejudica mais a capacidade para os atos da vida civil. Nesse sentido, as pessoas com deficiência podem casar, além do direito ao exercício de vários atos jurídicos relacionados à esfera da família (Dias, 2016, p. 150).

No entanto, é cabível fazer algumas observações a respeito das novas possibilidades asseguradas pela nova lei, porque o mais importante de tudo é garantir a efetividade dos direitos da pessoa com deficiência. No entendimento

<sup>5</sup> “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável [...].”

de Trindade (2014, p. 125-126), a deficiência mental constituía um manifesto agravo da inteligência, uma situação de desenvolvimento da mente que não está completo. Os comprometimentos são causados por fatores relacionados à genética, ao ambiente e também psicológicos. No conceito atual, surge uma nova denominação: deficiência intelectual, cuja característica reside nos déficits em capacidades mentais gerais, como raciocínio, solução de problemas, aprendizagem, planejamento, entre outros. Além disso, existe uma classificação de deficiências intelectuais, sendo divididas em leve, moderado, grave e profundo.

Conforme a compreensão de Lobo (2017, p. 189), a deficiência mental é um conceito surpreendentemente vasto que abrange diversos estados com diferenças relevantes. Diferenciam-se, quanto ao grau de inteligência do deficiente, três níveis de deficiência mental, sendo elas a profunda, a moderada e a leve. Quanto ao aproveitamento, o autor ressalta que as pessoas com deficiência mental são classificadas em totalmente dependentes (precisam de assistência permanente, até nos atos mais simples, como comer e se vestir, e não têm noção de perigos relativos ao fogo, altura e trânsito), adestráveis (podem realizar algumas atividades comuns, têm noção de alguns perigos e têm capacidade para aprender o básico), ou educáveis (podem aprender, embora com muita lentidão, empenho e atraso, a ler e escrever, realizar operações matemáticas simples, dialogam bem e podem trabalhar). Nesse seguimento, é possível vislumbrar diversas classificações de deficiência mental, não sendo possível acolher apenas uma. Sendo assim, é necessário examinar o casamento sob duas perspectivas, como a inclusiva e a da vontade, a fim de verificar a eficácia da lei relativamente à isonomia. Nesse sentido, o tópico subsequente abordará o casamento da pessoa com deficiência mental em seu aspecto inclusivo.

#### **4.1 O CASAMENTO COMO UM INSTITUTO INCLUSIVO**

A primeira hipótese é a de que a alteração do regime civil de incapacidades não significa que o indivíduo com algum tipo de transtorno mental não possa vir a ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos, ou seja, é mantido o reconhecimento de suas limitações – o que a nova previsão legal afasta é a sua condição de incapaz. Diante disso, pode-se compreender que a condição de incapacidade é afastada, mas não necessariamente os limites que o deficiente possui em razão da deficiência, ou seja, a pessoa com deficiência não está mais condicionada à incapacidade civil, em regra. Entretanto, poderá sofrer algum

tipo de restrição quanto aos atos jurídicos em face do transtorno mental que apresenta, quando necessário.

Em síntese, é possível vislumbrar, a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a possibilidade de formação de família entre pessoas com deficiência mental por meio do casamento. Ao permitir que a pessoa com deficiência tenha essa oportunidade, a lei brasileira está conferindo-lhe mais um direito: expressar a sua vontade. O que antes não se podia fazer e consistia em uma causa de nulidade, justamente por haver o entendimento de que pessoas acometidas de alguma deficiência não possuíam essa habilidade, agora é possível; dito de outra maneira, o deficiente pode manifestar o seu consentimento.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência encerra a mentalidade do regime anterior, que considerava como provável que o casamento não seria bom para o deficiente mental, impedindo-o com a mais árdua das proibições. Na realidade, muito ao contrário, o casamento será saudável, objetivando a sua total inclusão. Portanto, no plano de família, é possível verificar uma plena inclusão das pessoas com deficiência. Nessa perspectiva, considera-se tal mudança como positiva, uma vez que o casamento é visto como um instituto inclusivo. Em alternativa, para dar continuidade ao estudo, é importante observar agora o casamento da pessoa com deficiência mental sob o aspecto voluntário, qual seja, analisá-lo como um instituto de vontade.

## 4.2 O CASAMENTO COMO UM INSTITUTO VOLUNTÁRIO

A segunda hipótese, por outro lado, é a de que, ao se questionar o porquê de o Código Civil de 2002 apontar um rol de incapazes inicialmente, ora relativo, ora absoluto, inserindo a pessoa com deficiência mental, parte-se do pressuposto de que os deficientes mentais necessitam de uma proteção especial, isto é, eles devem receber um tratamento específico que se amolde às suas necessidades, coibindo qualquer tipo de violência no âmbito de suas relações.

Ao discorrer sobre o casamento como um instituto de vontade, a primeira coisa que vem à mente é a ideia de que os nubentes desejam casar, até mesmo porque, nos termos do Código Civil, o requerimento de habilitação para o casamento é estabelecido pelos dois nubentes, de próprio punho<sup>6</sup>, e a vontade de

---

<sup>6</sup> “Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos.”

casar constitui um dos requisitos para a celebração<sup>7</sup>. Portanto, não há nenhuma dúvida quanto à necessidade de expressar o consentimento ao casar-se. Em conformidade com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o deficiente mental pode exprimir sua vontade, que é tutelada pela legislação especial, sem arguição de invalidade (Lobo, 2017, p. 118). Nesse caso, levando em consideração que o deficiente, enfermo ou excepcional é pessoa plenamente capaz, não será representado ou assistido e deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil, como, por exemplo, o ato de casar. Surge aqui o primeiro problema prático, pois, apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência ter considerado tal pessoa capaz, na vida cotidiana ela não consegue exprimir sua vontade, mas passa a ser capaz por força da nova lei. Nesse caso, o que legislação impõe às pessoas que necessitam de uma proteção específica parece não ser tão esclarecedora, porque os deficientes mentais que não conseguem praticar os atos da vida civil pessoalmente ficam desprotegidos.

Dando continuidade à abordagem acerca da vontade para o casamento, importa registrar que, quando o Estatuto entrou em vigor, além de o inciso I do art. 1.548 do Código Civil deixar de existir, o art. 1.550 do mesmo dispositivo, cujo tema é a anulabilidade, previa, no inciso IV, que “é anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, consentimento”. Isso significava dizer que o casamento do deficiente que fosse incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento poderia ser anulável. Todavia, como a condição de incapacidade foi retirada do deficiente, não será possível, em tese, nem mesmo anular o casamento. Ainda no art. 1.550 do Código Civil, houve o acréscimo de um segundo parágrafo em decorrência do novo Estatuto prevendo que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Mais uma vez temos um problema prático, pois, conforme o art. 85 do Estatuto, o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, porém o § 2º que recebeu o art. 1.550 prevê que a vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Fica evidente a contradição entre os dispositivos, pois, de acordo com Estatuto da Pessoa com Deficiência, só é permitida a atuação do curador em duas situações: nos negócios e nos assuntos

<sup>7</sup> “Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: ‘De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.’”

patrimoniais. Contudo, o § 2º do art. 1.550 incluído pelo Estatuto prevê que a vontade de se casar pode ser manifesta pelo responsável ou curador (Requião, 2015, p. 453-465).

Diante do exposto, admitir a vontade do curador como condição suficiente para o casamento do deficiente mental ser realizado não faz sentido e contraria a pessoalidade do casamento, uma vez que a vontade é elemento indispensável ao casamento e aquele que se casa o faz por vontade própria. Além disso, há possibilidade de ocorrer fraude decorrente apenas da vontade do curador. Assim, o dispositivo legal deve ser compreendido de modo restrito segundo a natureza personalíssima do casamento. Nesse ponto de vista, percebe-se que deveriam ser estipulados critérios a fim de se estabelecer, de uma forma mais clara, como essas alterações seriam aplicadas, pois não é toda deficiência que remove o discernimento para a tomada de decisão de constituição de família e de sua formação. Entretanto, há de se destacar que, mesmo com a alteração legal, a decisão de se casar é um ato de vontade. Se a vontade não existir em face da deficiência, inexistente será o casamento. Por outro lado, se a vontade existir e for prejudicada pela deficiência, o casamento terá validade, porque desaparece a condição de disfunção mental como causa de nulidade (Requião, 2015, p. 453-465). À vista disso, o que se percebe é a ausência de condições capazes de ensejar a aplicação adequada da nova lei nas mais variadas situações de deficiência mental, visto que nem todos com deficiência mental conseguem exprimir sua vontade.

### **4.3 A VIABILIDADE DO TRATAMENTO ISONÔMICO A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A nova visão da capacidade civil da pessoa com deficiência mental, refletida no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se de modo integrador e não discriminatório. Com o objetivo de conferir um tratamento isonômico, o Estatuto prevê que o deficiente mental possui plena capacidade para a vida civil. Conforme Farias e Rosenvald (2016, p. 328), é com fundamento na igualdade jurídica que a isonomia se sustenta. Em alternativa, existem pessoas cujo discernimento foi comprometido em face da deficiência mental. Nesses casos, encontra-se bastante dificuldade para aplicar as disposições vigentes acerca da capacidade civil. Nesse sentido, haverá clara dependência das decisões do Poder Judiciário quando aparecerem casos como esses envolvendo a pessoa com deficiência mental, bem como dependência do Poder Legislativo ao suprir

algumas omissões presentes no Código Civil resultantes do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em se tratando do que vem sendo discutido a respeito disso, importante mencionar que a Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>8</sup> deu parcial provimento ao recurso da Defensoria Pública contra sentença que declarou absolutamente incapaz indivíduo com doença psíquica irreversível, nomeando sua irmã como curadora. O relator, Desembargador Donegá Morandini, explicou que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o Código Civil e passou a “restringir a incapacidade absoluta a uma única hipótese: as pessoas menores de 16 anos”. Ressaltou o Magistrado que a enfermidade mental é “causa transitória ou permanente”, por isso se enquadra sempre em causa de incapacidade relativa (art. 4º, III, do Código Civil)<sup>9</sup>. Sendo assim, para o relator, é possível aplicar a incapacidade relativa nos casos de deficiência mental. Isso ocorre porque uma pessoa com deficiência mental, talvez por algum fator particular, pode estar impedida de expressar a sua vontade, temporária ou definitivamente. Nesse caso, excepcionalmente se não puder manifestar os seus desejos, a pessoa com deficiência pode ser considerada incapaz relativamente. Registre-se que a causa que incapacita não está mais na patologia ou no estado mental da pessoa, porém na impossibilidade de expressar a sua vontade. O reconhecimento dessa incapacidade jurídica requer um procedimento judicial de curatela. Ou seja, o indivíduo não será mais reduzido à curatela pelo fato de ter alguma deficiência mental. O divisor de águas da capacidade para a incapacidade de um deficiente mental não mais está vinculado à deficiência, mas no fato de se achar em um estado que o impossibilite de exteriorizar a sua vontade. A saída, portanto, não pode ser a incapacidade relativa, com conseqüente curatela. Quando a pessoa em razão de um determinado grau de deficiência psíquica exigir uma atenção diferenciada, com objetivo de garantir a isonomia e a própria dignidade, deve valer-se do novo instituto jurídico incluído no Código Civil pelo Estatuto chamado de tomada de decisão apoiada (Farias; Rosenvald, 2016, p. 335-338).

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/3/art20170302-03.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

<sup>9</sup> “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.”

A criação da tomada de decisão apoiada, até então singular no ordenamento jurídico brasileiro, constitui uma forma de prestar auxílio à pessoa com deficiência mental. Por meio do art. 166 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, inclui-se no Código Civil, através do art. 1.783-A, novo paradigma que difere da curatela, que é o da tomada de decisão apoiada. Na realidade, por determinação do art. 115 do Estatuto, o próprio título IV do livro de direito de família tem sua redação alterada, passando a ser “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”. Na tomada de decisão apoiada, no mínimo, dois indivíduos íntegros são nomeados por iniciativa da pessoa com deficiência, sendo que esses indivíduos devem ter algum vínculo e ser de confiança do deficiente mental, a fim de que prestem auxílio na tomada de decisões sobre os atos jurídicos, conferindo-lhes condições necessárias para que o deficiente possa exercer a sua capacidade. Beneficia, assim, a vontade da pessoa com deficiência que pode fazer parte em torno de si, um vínculo de sujeitos fundamentado na confiança que neles tem, para lhes apoiar nos atos da vida civil (Farias; Rosenvald, 2016, p. 341-342). Ela foi instituída para auxiliar a pessoa com deficiência que tem a possibilidade de expressar a sua vontade, ainda que de modo precário. Nesses termos, verifica-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência reconhece a necessidade de assegurar a autonomia da pessoa com deficiência e constitui um mecanismo que, apesar de recente, pode apoiar o deficiente mental, assegurando a ele o direito à igualdade, ao mesmo tempo em que se observa a falta de condições que permitam um tratamento igualitário às pessoas com deficiência mental, uma vez que a lei em vigor e as decisões judiciais conflitam-se diante de cada situação em particular, gerando certa instabilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, foi possível considerar que o ato de casar constitui um instrumento de participação plena e efetiva na sociedade em relação ao deficiente, uma vez que, sendo um ato de vontade, permitir que ele se case é permitir que a sua vontade seja expressa e atendida. Entretanto, o que deve ser levado em consideração, nesse momento, é se o discernimento que ele possui mostra-se suficiente para praticar o ato civil ou ele necessita de um responsável.

Além disso, deve ser pensado se o problema mental que o indivíduo possui pode colocá-lo em uma situação de risco ou prejuízo em relação a si mesmo e aos demais. Em termos gerais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é inclusivo, sendo projetado para a inclusão das pessoas com deficiência, o que é,

sem dúvidas, um grande avanço, porém, em termos de direito civil, há diversas mazelas que precisam ser resolvidas.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego por Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.146, de 7 de julho de 2015*. Brasília, DF, 2015.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal. Mandando de Injunção nº 58*. Brasília, DF, 1990.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível da Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de dezembro de 2016*. São Paulo, TJSP, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil – Família e sucessões*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CRETILLA JUNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GASPAR, Antônio; LOPES, Naira. *Os direitos das pessoas. Novos comentários à Convenção sobre a Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.>

peessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/conv\_encao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.

HILL, Christopher. *A revolução americana*. Trad. Wanda Ramos. 5. ed. São Paulo: Presença, 1985.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PONTUAL, Helena Daltro. *Constituições brasileiras*. Disponível em: <www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 24 mar. 2017.

REQUIÃO, Maurício. *Considerações sobre a interdição no projeto do novo Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENADO FEDERAL. Parecer nº 266 do Projeto da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1>. Acesso em: 15 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de uma nova cultura jurídica*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2008.

Submissão em: 01.09.2020

Aceito em: 01.09.2020