



Universidade Camilo Castelo Branco
Curso de Ciências Sociais e Jurídicas, Campus Fernandópolis

RAFAEL SALIONI DUARTE

**A LEGALIDADE DO CASAMENTO ENTRE PORTADORES DE
SÍNDROME DE DOWN**

FERNANDÓPOLIS, SP

2016

RAFAEL SALIONI DUARTE

A LEGALIDADE DO CASAMENTO ENTRE PORTADORES DE SÍNDROME DE DOWN

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Thalita Toffoli Páez

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Graduação Ciências Aplicadas e Sociais da Universidade Camilo Castelo Branco, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Graduação em Direito.

FERNANDÓPOLIS, SP

2016

RAFAEL SALIONI DUARTE

A LEGALIDADE DO CASAMENTO ENTRE PORTADORES DE SÍNDROME DE DOWN

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Graduação Ciências Aplicadas e Sociais da Universidade Camilo Castelo Branco, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Graduação em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Thalita Toffoli Páez

Prof.(a). Dr.(a.) Nome completo

Prof.(a). Dr.(a.) Nome completo

FERNANDÓPOLIS, SP

2016

RESUMO

A Síndrome de Down trata-se de uma patologia causada pela presença de um cromossomo extra, conhecido como cromossomo 21, capaz de causar mudanças na estrutura corporal. É uma síndrome visível em seus portadores por alguns traços genéticos comuns, determinados como mosaico, o que permite a sua identificação, ao nascimento. Esta por sua vez caracteriza-se por dificuldades de habilidade cognitiva e desenvolvimento físico. Todavia a maioria dos portadores conseguem realizar atividades pertinentes a todos indistintamente, socializando-se facilmente. E com os movimentos de inclusão aclamados por nossa sociedade é possível encontra-los realizando atividades remuneradas, estudando em salas comuns, e porque não casando. Realidade prevista pela Lei nº 13.146/15, conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência, o qual tem por escopo assegurar tratamento digno e igualitário de agentes com quaisquer tipos de deficiência. Portanto tal legislação visa assegurar o respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual, a não-discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, o respeito pela diferença, a igualdade de oportunidades e a acessibilidade. É preciso salientar que mesmo bem-intencionada as alterações previstas nesse instituto é motivo de constantes divergências doutrinárias. Partindo dessa premissa o trabalho objetivou discorrer sobre a sua aplicação na vida dos portadores da síndrome de Down, em específico seu desejo de casamento.

Palavras-chave: casamento, decisão apoiada, deficiência mental.

ABSTRACT

Down's Syndrome it is a condition caused by the presence of an extra chromosome, known as chromosome 21, can cause changes in body structure. It is a visible syndrome in their carriers by some common genetic traits determined as mosaic, allowing their identification birth. This in turn is characterized by difficulties in cognitive ability and physical development. But most carriers can carry out activities relevant to all without distinction, socializing easily. And with the inclusion movements acclaimed by our society can find them performing paid activities, studying in common rooms, and why not married. Reality provided by Law No. 13,146 / 15, known as the Statute person with disabilities, which has the scope to ensure decent and equal treatment of staff with any kind of disability. Therefore such legislation seeks to ensure respect for the inherent dignity, individual independence, including the freedom to make their own choices, and individual autonomy, non-discrimination, full and effective participation and inclusion in society, respect for difference, equality opportunities and accessibility. It should be noted that even well-intentioned changes planned this institute is a source of constant doctrinal differences. From this premise the study aimed to discuss your application in the lives of individuals with Down syndrome in specific your wedding wish.

Keywords: marriage, supported decision, mental disability.

A LEGALIDADE DO CASAMENTO ENTRE PORTADORES DE SÍNDROME DE DOWN

DUARTE, Rafael Salioni¹

PÁEZ, Thalita Toffoli²

1. INTRODUÇÃO

Antes de discorrer especificamente sobre a legalidade do casamento de portadores da Síndrome de Down, é preciso frisar que a nova lei sancionada em julho de 2015 é motivo de divergência e constantes discussões doutrinárias. E o foco da discussão reside principalmente na capacidade de discernimento do portador de deficiência mental. Inobstante a nobreza do escopo desta norma, o seu pretense alvo de tutela foi, em verdade, o principal prejudicado.

Para alguns doutrinadores a mesma veio de fato mudar a concepção que se tem sobre o deficiente, até porquê vive-se um momento de inclusão social, em que a sociedade clama por direitos iguais, sem diferenciações ou privilégios mais igualdade.

Olhando por esse ângulo, os que a defendem veemente afirmam que a mesma se trata de uma evolução do direito nos últimos tempos, pois em seu bojo, a mesma traz consagrado o princípio constitucional da isonomia, o qual vem garantir que todos sejam tratados de modo igualitários, não havendo qualquer discriminação, direito fundamental, previsto na CF/88. Entretanto aos que se fazem contrários a lei, consideram está uma verdadeira aberração, pois de acordo com estes é inconcebível que uma pessoa que mesmo tendo idade civil, tenha mentalidade inferior a apresentada consiga manifestar seu desejo em casar ou de assumir os atos do casamento, pois os mesmos passam a ter plena capacidade, podendo além

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco. Campus VII – Fernandópolis, 2016.

² Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais, na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2004). Especialização em Direito Público, na Escola Paulista de Direito (2006). Especialização em Direito Tributário, no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2008). Especialização em direito Empresarial e Tributário, na Unitoledo/Araçatuba (2012). Especialização em andamento em Direito Civil (Uniderp). Doutorado em andamento, na Universidad de Buenos Aires. Advogada no escritório de advocacia Páez & Bertolo. Professora Universitária. Supervisora do Departamento de Extensão e Trabalho de Curso na Instituição Universidade Camilo Castelo Branco. Representante e Diretora da "Fundación Estudios Constitucionales y Políticos" (FUNESCOPOL). Docente do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco. Campus VII – Fernandópolis, 2016.

de casar, constituir união estável e exercer guarda e tutela de outrem. Isso vem afirmado explicitamente no art. 6º da nova lei 13.146/2015.

De acordo com Pontes de Miranda (2012, p. 315),

O eixo do sistema de capacidade de fato (ou de agir) da pessoa natural é a cognoscibilidade e a autodeterminação, de forma que é plenamente capaz para os atos da vida civil aquele que compreende e se autodetermina, e que, portanto, tem pleno poder de gerenciar sua vida, seus negócios e seus bens. O discernimento está à base desse instituto.

Seguindo a mesma linha de pensamento Chinellato (2015, p. 35), afirma

Aquele que não compreende e nem se autodetermina precisa ser rigorosamente protegido, e até mesmo de si próprio. O código civil volta a atenção, assim, para esses indivíduos que, por variadas causas, não têm discernimento ou aptidão para a manifestação de vontade, e devem interagir socialmente em igualdade de condições por meio de representação e/ou assistência. Assim, ao absolutamente incapaz, por não ser apto aos atos da vida civil, dá-se representante, que fala, age e quer pelo seu representado. Ao relativamente incapaz confere-se assistente, e ambos praticam em conjunto os atos jurídicos.

Diante dessa imparcialidade é notório a dificuldade em avalia-la, porém é fato que a mesma foi criada com o intuito de assegurar a dignidade do portador de deficiência, para tanto promoveu alterações à artigos do Código Civil que refletem diretamente em alguns institutos do direito de família.

2. REVISÃO DE LITERATURA

Determinada como Síndrome de Down ou Trissomia do cromossomo 21, trata-se de um distúrbio genético, que acarreta dificuldades de habilidade cognitiva e desenvolvimento físico, todavia não é considerada uma doença. Dados estatísticos informam que no Brasil, tem-se mais de 300 mil pessoas com esta patologia, número expressivo e que somados a outros casos de deficiência asseguraram a preocupação do legislador em criar uma norma que assegure-se seus direitos, com isso foi estabelecido a Lei 13.146/15, que é conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (FBASD, 2016).

Antes de tecer especificamente sobre este instituto é preciso entender alguns requisitos acerca da capacidade civil do portador de Síndrome de Down, o qual perante a lei brasileira, mesmo sendo maior de idade, é considerado relativamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil. No artigo 4º, inciso III do Código Civil, são considerados incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los, *“os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”* (RODRIGUES, 2012).

O artigo 1.767, inciso IV do Código Civil, dispõe que estão sujeitos a curatela *“os excepcionais sem completo desenvolvimento mental”*. Curatela, conforme ensinamento de Washington de Barros Monteiro, na obra Curso de Direito Civil – Direito de Família, volume II: *“É o encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo”* (YASSIM, 2014).

A síndrome de Down de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro acarreta a interdição deverá ser parcial, vez que se trata de incapacidade relativa e não total, sendo assim o art. 1.768 do CC prevê que o mesmo seja interditado parcialmente sendo promovida pelos pais ou tutores, pelo cônjuge ou por qualquer parente, ou pelo Ministério Público (promotor de Justiça) (RIBEIRO, 2015).

Cabe aqui uma pequena ressalva, os responsáveis por essa patologia, não são obrigados a interdita-lo, pois está só se torna efetiva em específico para alguns atos praticados pelo filho interditado, sem representação do pai ou mãe (curadores) não sejam considerados nulos, tais como alienação de bens em nome do filho incapaz, etc (YASSIM, 2014).

Para vislumbrar como o novo instituto funciona, é primordial entender o conceito de capacidade civil e de interdição dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro passo a saber é que os doutos legisladores dividiu a capacidade civil em direito e de fato, ou seja, a primeira, atributo de toda e qualquer pessoa e a segunda, também chamada de capacidade de exercício, uma condição especial só adquirida quando o ser humano atinge uma determinada idade em um dado estado de saúde física e mental (ARAÚJO e ARAÚJO, 2014).

Segundo as lições de Venosa (2003, p. 148):

A capacidade jurídica, aquela delineada no art.2º, e no art.1º do novo diploma, todos possuem, é a chamada capacidade de direito. Nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato. Essa capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações.

A legislação civil brasileira ocupou-se, portanto, em definir a capacidade de exercício ou de fato utilizando-se do chamado critério biopsicológico. Neste diapasão, a depender da aptidão de cada indivíduo para compreender os atos da vida civil e de exercê-los de forma consciente, como fruto de sua máxima expressão de vontade, é que podemos enquadrá-los como absolutamente capazes, absolutamente incapazes ou relativamente capazes (ARAÚJO e ARAÚJO, 2014).

Avaliando em paralelo com o novo Estatuto a pessoa com deficiência, é definida aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º, não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa:

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;*
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;*
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;*
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;*
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e*

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Segundo Lôbo (2015), esse último dispositivo é de clareza meridiana: a pessoa com deficiência é legalmente capaz, ainda que pessoalmente não exerça os direitos postos à sua disposição.

Inicia-se aqui as divergências, pois alguns acreditam que se criou um novo conceito de capacidade, paralelo àquele previsto no art. 2º do Código Civil, enquanto que outros não vislumbram um novo conceito, acreditam que este foi apenas modificado e ampliado.

E seguindo essa linha de reestruturação, verifica-se que os arts. 3º e 4º do CC, tiveram seus incisos revogados ou alterados. O art. 3º manteve apenas a hipótese de incapacidade absoluta, a do menor impúbere (menor de 16 anos), pois todos os seus outros incisos foram revogados. No caso do art. 4º, que trata da incapacidade relativa, também sofreu modificação. No inciso I, permaneceu a previsão dos menores púberes (entre 16 anos completos e 18 anos incompletos); o inciso II, por sua vez, suprimiu a menção à deficiência mental, referindo, apenas, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”; o inciso III, que albergava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passou a tratar, apenas, das pessoas que, “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade”; por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo (STOLZE, 2016).

Outra divergência presenciada pelo novo instituto, refere-se à classificação do incapaz, encontra-se uma dificuldade mediante as previsões do art. 3º e 4º, pois em determinado momento são considerados absolutamente incapazes, ora dentre aqueles considerados relativamente incapazes, todavia é necessário entender que são diversas as doenças mentais existentes e a forma como elas atinge a capacidade do ser humano, principalmente o que tange seus estágios de consciência (TARTUCE, 2015).

Creio que devido a essa inúmera gama de doenças mentais o legislador brasileiro encontrou imensa dificuldade em situar a norma, deixando-a para diversas interpretações.

Para Pereira (2016),

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser "rotulada" como incapaz, para ser considerada - em uma perspectiva constitucional isonômica - dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.

Tais afirmações remete a pensar no fim da interdição, entretanto é preciso tomar cuidado e ser extremamente rigoroso ao avaliar tal situação, pois na medida em que o Estatuto é expresso ao afirmar que a curatela é extraordinária e restrita a atos de conteúdo patrimonial ou econômico, desaparece a figura da "interdição completa" e do "curador todo-poderoso e com poderes indefinidos, gerais e ilimitados" (STOLZE, 2016).

Todavia é preciso entender que a interdição (ou de curatela) continuará existindo, mesmo que analisada sob uma nova visão (TARTUCE, 2016). E que a mesma foi limitada aos atos de conteúdo econômico ou patrimonial (PEREIRA, 2016).

Segundo Abreu (2015),

É o fim, portanto, não do "procedimento de interdição", mas sim, do *standard* tradicional da interdição, em virtude do fenômeno da "flexibilização da curatela", anunciado por Célia Barbosa Abreu: Vale dizer, a curatela estará mais "personalizada", ajustada à efetiva necessidade daquele que se pretende proteger.

É primordial que analise minuciosamente tal instituto, sempre em paralelo com o CC, bem como, com o novo Código de Processo Civil, para que não haja falhas quanto a sua aplicação. Reside nessa questão outra divergência, pois a Lei 13.146/15 atinge diversos Estatutos do novo código. Como exemplo o artigo do Código Civil que trata da legitimidade para promover a interdição (art. 1.768), revogado pelo art. 747 do CPC-15.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por seu turno, ignorando a revogação do dispositivo pelo novo CPC, segundo Didier Junior (2015), acrescentou-lhe um novo inciso (art. 1.768, IV, CC), para permitir que a própria pessoa instaure o procedimento de curatela. Certamente, a conclusão a se chegar é no sentido de que o art. 747 do CPC vigorará com este novo inciso.

No quadro abaixo é possível vislumbrar a aplicação do Estatuto e as mudanças trazidas para o Código Civil e ao novo Código de Processo Civil.

| CPC-2015 | Código Civil (Original) | Código Civil (após a Lei nº 13.146/2015) |
|--|--|---|
| <p>Art. 747. A interdição pode ser promovida:</p> <p>I – Pelo cônjuge ou companheiro;</p> <p>II – Pelos parentes ou tutores;</p> <p>III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;</p> <p>IV – Pelo Ministério Público.</p> <p>Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.</p> | <p>Art. 1.768. A interdição deve ser promovida:</p> <p>I – Pelos pais ou tutores;</p> <p>II – Pelo cônjuge, ou por qualquer parente;</p> <p>III – pelo Ministério Público.</p> | <p>“Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:</p> <p>.....</p> <p>IV – Pela própria pessoa.”</p> |
| <p>Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:</p> <p>I – se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;</p> <p>II – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.</p> | <p>Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade.</p> | <p>“Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando.”</p> |
| <p>Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:</p> <p>I – Nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;</p> <p>II – Considerará as características pessoais do interdito, observando</p> | <p>Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.</p> | <p>“Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.</p> <p>Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.”</p> |

| | | |
|--|--|--|
| <p>suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.</p> <p>§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.</p> <p>§ 2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.</p> <p>§ 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.</p> | | |
|--|--|--|

Fonte: Didie Jr. (2016).

A aplicação do Estatuto da pessoa com deficiência, irá requer grande capacidade de interpretação, que deverá ser constantemente mediada pelo bom senso.

2.1. Da decisão apoiada

Para Sanches (2016), a

Nova Lei traz um conjunto de instrumentos legais, que visam, garantir e proporcionar igualdade e dignidade, acessibilidade, respeito, autonomia individual, podendo assim o deficiente, na maioria dos casos, fazer suas próprias escolhas e exercer pessoalmente os seus direitos.

Avaliando especificamente a Lei 13.146/15, percebe-se a existência de uma nova figura que veio para auxílio dos deficientes, sua previsão é encontrada no art. 116 e ficou determinada como a ‘tomada de decisão apoiada’, a qual passou a formar o Capítulo III, incluído no Título IV do Livro IV da Parte Especial pelo art. 115 da mesma Lei, ficando com a seguinte denominação: “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”. O citado art. 116 trouxe o art. 1.783-A, com onze parágrafos, regulamentando a espécie.

A ‘tomada de decisão apoiada’ não se restringe apenas aos vulneráveis portadores de deficiências ou problemas mentais, mas estende-se aos deficientes em geral, nos campos da saúde física, intelectual; e nos sentidos, constando a abrangência no art. 2º do mencionado diploma: “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”. Não é considerada a pessoa plenamente incapaz, pois mantém algum entendimento e poder de decisão, expressando manifestações da vontade (STOLZE, 2016).

Avaliando os termos do art. 6º, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I – Casar-se e constituir união estável;
- II – Exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III – Exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV – Conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V – Exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI – Exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Pelo art. 84 da citada Lei, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Trata-se de um instituto mais suave ou menos grave nos efeitos que a curatela.

De acordo com Rizzardo (2016) deve ser avaliado os elementos e requisitos da tomada de decisão apoiada, sendo eles:

a) Os habilitados ao pedido.

Unicamente os deficientes parciais, e que mantêm alguma capacidade de entendimento e de decidir podem valer-se do instituto. A tanto induz o art. 1.783-A do Código Civil: “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

Nota-se que da pessoa com deficiência deve partir o interesse para a escolha de pelo menos duas pessoas que a apoiarão e a secundarão nos atos e nas decisões da vida civil. Visa o instituto manter integrados na vida normal os portadores de deficiências, revelando-se inaplicável o instituto aos totalmente incapazes e que não puderem exprimir à vontade. Insere-se na regra a participação do deficiente na decisão, que indicará pessoas com as quais possui vínculos e que sejam de sua confiança, o que é possível se remanescer alguma capacidade de se exprimir.

b) Objeto da tomada de decisão.

Não se objetiva a representação do deficiente, mas o acompanhamento e o apoio em decisões sobre os atos da vida civil, isto é, sobre contratos ou negócios, declarações, assunção de compromissos, decisões e questões que encerram importância econômica ou patrimonial. Em outros atos próprios da subsistência e comuns da vida não se requer a participação dos apoiadores.

Os atos dependentes do apoio virão descritos no termo onde constam os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores.

A finalidade é emprestar solidez e certeza aos negócios patrimoniais e outros atos da vida civil, afastando a possibilidade de posterior anulação. A ausência dos apoiadores não invalida o ato, admitindo-se, entretantes, a viabilidade de sua anulação por incapacidade de expressar à vontade.

c) A formalização do pedido e a via judicial

Como ocorre com a curatela, se constituirá pela via judicial a formulação do pedido.

O primeiro passo será a elaboração de um termo de compromisso, ou uma declaração, em que o deficiente e os apoiadores definem os limites e atos que são objeto da participação dos últimos, o prazo de vigência, o respeito à vontade, aos direitos e interesses do deficiente. Eis a regra do § 1º do art. 1.783-A: “Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar”. Basicamente, discriminam-se os atos em que é necessário o apoio, que são, v. g., os que trazem algum efeito no patrimônio, na vida do deficiente, nos negócios, na disposição de bens, na compra de bens de raiz, nos investimentos e aplicações bancárias. A atuação dos apoiadores terá em conta os direitos e os interesses da pessoa deficiente. Fixa-se um prazo para a duração do compromisso, com a previsão de sua renovação automática, se nada se opuser findo o prazo.

Esse termo de compromisso poderá integrar o requerimento para a aprovação judicial do pedido de instituição do compromisso, que se encaminhará à Justiça, através de uma ação, à semelhança da ação de curatela. O requerimento, a cargo da pessoa a ser apoiada, objetivará a aprovação do pedido de tomada de decisão apoiada, na exata previsão do § 2º: “O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo”.

Autua-se a ação, e seguem os demais atos, colhendo-se o parecer da equipe multidisciplinar, ou de pessoas aptas no assunto. Intervém o Ministério Público. Realizar-se-á audiência, em que são ouvidos pessoalmente o autor do pedido e os apoiadores. Assim ordena o § 3º: “Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada

de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio”. O procedimento judicial é singelo, pois consiste mais no recebimento do pedido, que virá acompanhado da concordância dos apoiadores, e seguindo para o parecer de equipe multidisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais, médicos e psiquiatras, se tanto exigir a situação. Ouvem-se o requerente e os apoiadores, e determinam-se outras diligências, se necessárias. Colhe-se o parecer do Ministério Público, proferindo o juiz, em seguida, a sentença.

Inscreve-se a sentença no registro civil da pessoa natural, como acontece com a curatela.

d) Os efeitos da decisão

Uma vez concluída a fase instrutória, com vistas às partes e colhendo-se o parecer do Ministério Público, o juiz proferirá a sentença, deferindo ou não o pedido para a tomada de decisão com base em apoio de pessoas escolhidas, cujos efeitos e validade constam no § 4º: “A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado”. Mesmo que apurado posteriormente algum grau de limitação da vontade, por doença física, mental e intelectual, ou sensorial, não se invalida o negócio, se tiver havido o apoio.

Na sentença, ficarão especificados os atos em que se impõe o apoio, ou que dependem de parecer ou da presença dos apoiadores. Não se dispensará a pessoa do apoiado, que realizará o ato. Todavia, se verificada a impossibilidade física da presença, ou da mesma exprimir o ato da vontade, seja qual for a causa da incapacidade, não se realizará o ato. A situação é própria da curatela, em que o incapaz será representado e não assistido ou apoiado.

Os atos indicados no pedido terão validade plena se manifestado o apoio. Mas, não havendo averbação no registro civil, e nem publicação da sentença na imprensa e em órgãos da rede de computadores do Poder Judiciário, não se infere que os atos sejam questionáveis e sujeitos à invalidade. Exclusivamente sujeitam-se à invalidade se demonstrada a incapacidade de expressar a vontade de forma absoluta.

Os apoiadores estarão presentes na realização do negócio, consignando-se a função, com a especificação da nomeação em decisão judicial. Indicam-se o número do processo e outros dados identificadores. Com o propósito de infundir mais

segurança, faculta-se aos terceiros a exigência da coleta das assinaturas de todos, com a observação de que a decisão teve o respaldo e aprovação dos apoiadores. O § 5º sugere essa faculdade: “Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado”. Essa providência constitui uma cautela, para evitar futuras dúvidas e controvérsias, e não uma imposição para a validade.

e) Divergência dos apoiadores e do apoiado

Haverá sempre dois apoiadores, impondo-se que ambos manifestem concordância com o negócio, e que haja pleno acordo com o apoiado. Se não ocorrer a unanimidade, ou verificada a divergência com o apoiado, busca-se a solução judicial, que poderá inviabilizar o próprio ato, pois sabe-se da ineficiência, pela demora, de uma futura e tardia decisão nesse âmbito. Ingressa-se com uma ação para conseguir a autorização, devendo-se obedecer às regras do devido processo legal, com citações, produção de provas, parecer do Ministério Público, e sentença.

A falta de unanimidade ou a divergência são suscetíveis se previsível risco ou prejuízo relevante ao apoiado, em negócio patrimonial ou em ato da vida civil, como casamento ou celebração de contrato de união estável, acordo de alimentos e transação em processo judicial, renúncia de herança, assinatura de garantias, etc.

O § 6º cuida da situação, dando o caminho judicial: “Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão”. Existe divergência se um dos apoiadores discorda da opinião do outro, ao qual adere a pessoa do apoiado, e havendo risco de prejuízo relevante. Não trazendo risco ou prejuízo relevante ao apoiado, mostra-se irrelevante a falta de unanimidade.

f) Responsabilidade dos apoiadores

A atuação ou participação dos apoiadores primará pela decência ou honestidade. Incide a responsabilidade na atuação dolosa e mesmo culposa (o agir com a vontade dirigida ao prejuízo, ou com imprudência, negligência e imperícia). Há o mau aconselhamento, ou a pressão psicológica, ou a omissão em participar, ou a apropriação de valores, ou o descumprimento das obrigações legais e contratuais.

Os prejuízos são reparáveis na equivalência dos danos e representa-se ao Ministério Público para a devida apuração, com vistas à aplicação das penalidades cabíveis. Ao juiz também é possível o encaminhamento, que acionará o Ministério Público. O preceito está no § 7º: “Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz”.

O § 8º aponta para a destituição do apoiador: “Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio”.

Não se extrai da regra a restrição da destituição unicamente na hipótese de condenação. Vários outros fatores conduzem ao afastamento, como a doença, a incompatibilidade que surge entre apoiado e apoiador, a falta de tempo disponível, a mudança de residência para local que dificulta a convivência e o atendimento quando necessário, e até o simples pedido de exoneração de parte do apoiado ou do apoiador.

Quanto ao pedido do apoiado, a permissão consta do § 9º: “A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada”.

Já a pretensão de desistir da função do apoiador está no § 10: “O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a material”.

Em princípio, o desempenho do cargo submete-se à aceitação da pessoa. Mostra-se inconveniente impor a permanência, se manifestada a vontade de exoneração. Ao apoiado cabe indicar o substituto, com a apresentação do termo no qual se inserem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos do apoiador, com o prazo de vigência, o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que deve apoiar. Apresenta-se ao juiz para que ratifique a substituição, após as diligências que ordenar, como a ouvida pessoal do novo apoiador e a manifestação do Ministério Público. Não se diligenciando na substituição, extingue-se o processo, não mais se exigindo a tomada de posição apoiada. Nem se cogita em se considere o apoiado incapaz, podendo ele praticar os atos normais da vida. Todavia, aos parentes legitimados e ao Ministério Público é facultado o ingresso de ação de interdição, se justificáveis as causas.

O § 11 submete os apoiadores à obrigação de dar contas, de explicar ou apresentar o relatório de sua atuação no negócio que apoiaram ou deram assessoria, à semelhança como se opera na curatela: “Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela”. Mais apropriadamente, cabe-lhes justificar o ato, evidenciando a vantagem e o benefício advindo ao apoiado. A providência é exigível nas solicitações do apoiado e nas determinações do juízo onde se processou o pedido. Não há a imposição de apresentar a prestação de contas a cada dois anos, nos termos dos arts. 1.756 e 1.757 do Código Civil. É de se lembrar que ocorre mais uma atuação à semelhança da assistência, e não uma representação. O ato é realizado pelo apoiado, que se vale apenas do apoio das pessoas que o acompanham e assistem.

CONCLUSÃO

Com uma parcela representativa para a sociedade, os portadores da Síndrome de Down vêm ganhando cada dia mais espaço em atividades corriqueiras e demonstrando que aquele conceito de incapaz deve ser reavaliado, pensando nisso o legislador inovou a criar a Lei 13.146/2015, a qual veio para assegurar novos direitos, incluindo o direito ao casamento e suas vertentes.

O casamento é um desses aspectos. E é compreendendo a sua importância dentro do processo de inserção social que muitos portadores da doença vêm buscando o exercício do referido direito junto aos tribunais e vem recebendo respostas positivas.

Tal fato pode ser considerado como um avanço significativo, pois leva-se em consideração o lado humano dessas pessoas, que mesmo com sua capacidade cognitiva reduzida, é capaz de socializar-se.

O novo instituto vem cercado de divergências e de muitas críticas, a quem acredite que este é totalmente viável pois em seu bojo traz vinculados os princípios da igualdade, da isonomia, da dignidade humana, mas há quem acredite que o mesmo traga risco, pois afirmam que os portadores de deficiência estão sendo expostos a riscos caso tais uniões passem a ser permitidas pela lei, vez que os mesmos precisam da intervenção de curadores e no caso de uma possível prole, estes não apresentam condições de cuidarem de seus filhos.

Portanto o questionamento maior gira em torno do exercício pessoal das atividades civis. E de acordo com os legisladores essa nova Lei, tem como intuito a assegurar a individualidade dos portadores de deficiência, bem como, protege-los ao assegurar a tomada de decisão apoiada, ou seja, a qual é caracterizada pela eleição de pelo menos duas pessoas idôneas, de acordo com a vontade do portador de deficiências e com as quais este mantém vínculos e gozam de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade, artigo 1.783-A do Código Civil.

Sendo assim é possível concluir que mesmo possuindo capacidade civil parcial, os portadores da Síndrome de Down, são capazes de praticar atos da vida civil, isso incluir dizer, o casamento, desde que devidamente assistido por alguém de sua confiança, pois esta pessoa lhe ajudará quando se deparar com alguma

dificuldade prática para exercer seus direitos da vida civil. Por fim, para que a Lei n. 13.146/2015, que em muito auxiliará as pessoas com deficiências diversas, possa ser aplicada com seriedade e eficácia, precisará ser objeto de atenção redobrada da comunidade jurídica.

Sua aplicação deve sempre ser mediada pelo bom senso, sendo aplicada quando esta puder ser fruto de resultados positivos, assegurando a igualdade e a inclusão de todos no seio da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barbosa. Primeiras Linhas sobre a Interdição após o Novo Código de Processo Civil. Curitiba: Ed. CRV, 2015.

ARAÚJO, Y. R.S.; ARAÚJO, A.T.S. A viabilidade jurídica do casamento dos portadores de síndrome de down como forma de inclusão social. III Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas – III CONAPE. Francisco Beltrão/PR, 01, 02 e 03 de outubro de 2014.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em setembro de 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em setembro de 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em setembro de 2016.

DIDIER Jr. Fredie. Editorial 187 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>. Acesso em setembro de 2016.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE SÍNDROME DE DOWN – FBASD. Dados Estatísticos. Disponível em: <http://www.federacaodown.org.br/portal/>. Acesso em agosto de 2016.

LÔBO. P. Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais incapazes. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em setembro de 2016.

PEREIRA, R.C. Lei 13.146 Acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em setembro de 2016.

RIBEIRO, M.P.A. Artigo: Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. 2015. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjlyMA>. Acesso em setembro de 2016.

RODRIGUES, L.D. A capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. 2012. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/capacidade-civil-no-ordenamento-juridico-brasileiro/475> . Acesso em agosto de 2016.

TARTUCE, F. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em setembro de 2016.

VENOSA, S.S. Direito Civil: Parte Geral, 3.ed., São Paulo, 2003.

YASSIM, O. Pessoas com Síndrome de Down e interdição parcial. 2014. Disponível em: <http://www.paranacentro.com.br/site/noticia.php?idNoticia=13780>. Acesso em agosto de 2016.

STOLZE, P. É o fim da interdição? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>. Acesso em agosto de 2016.