



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UERJ)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158
ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Moraes</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibirica Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA.....	162
<i>Sérgio Tibiricá Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209

Jacqueline Letícia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231

Letícia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287

Jacobo Mérida Cañaverall

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300

Talita Garza
Luís Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo¹

RESUMO: esse artigo visou dar um panorama sobre a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoas com deficiência. As novidades legislativas que impactam o Direito de Família foram significativas, criando modernos institutos e aprimorando anteriores, tudo no propósito de promover o pleno gozo dos direitos de pessoas com peculiaridades de restrição, muitas vezes privados da concretização de sua autodeterminação.

PALAVRAS CHAVES: Estatuto da Pessoa com Deficiência; capacidade civil Lei 13.146-2015; inclusão social.

ABSTRACT: this article aims to give an overview about the law 13,146, 06 July 2015, which established the Brazilian Law of inclusion of Person with disabilities (status of disabled person), to ensure and promote the exercise of the rights and fundamental freedoms of persons with disabilities. The new legislation impacting family law were significant, creating modern institutes and improving all previous in order to promote the full enjoyment of the rights of people with peculiarities of constraint, often deprived of achieving self-determination.

KEY WORDS: status of disabled person; civil Law capacity 13,146-2015; social inclusion.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o ordenamento brasileiro tem a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que “instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, cujas disposições já eram anunciadas e requeridas pela doutrina e jurisprudência.

¹ Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela ITE/Bauru. Professor de Direito Civil da AE Toledo, de Presidente Prudente, e da FEMA/IMESA, de Assis/SP. Professor convidado da pós-graduação da UEL – Universidade Estadual de Londrina.

Nesse breve trabalho pretendeu-se discorrer à respeito das disposições específicas desta legislação que impactam o Direito de Família, com comentários sobre seus institutos principais.

Através de um método dedutivo analisou-se a norma em abstrato com uma perspectiva de aplicação tópica e prática. O trabalho ponderou a respeito dos principais artigos da dita legislação e seguiu a ordem estabelecida pela sucessividade dos próprios artigos desta Lei, com comentários a respeito das principais alterações legais e interpretativas.

No primeiro capítulo tratou-se da evolução legislativa do tratamento aos direitos dos deficientes até o surgimento do Estatuto do Deficiente e sua influência na legislação civil.

Coube ao segundo capítulo o discurso que se centrou sobre questões terminológicas e de amplitude das incapacidades.

A autonomia e autodeterminação dos incapazes foram objeto de estudo no capítulo três, distinguindo-se as prerrogativas em questão e delimitando-se o que os incapazes podem ou não podem realizar no seio familiar.

No capítulo quarto tangenciou-se sobre a capacidade negocial destes incapazes e, ao final, sobrevieram as considerações finais sobre o tema.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO TEMA

As atuais alterações remontam à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, devidamente ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo número 186, de 9 de julho de 2008, observado o quórum de aprovação das emendas constitucionais previsto no art. 5º § 3º da Carta Magna, conforme se verifica no parágrafo único do art. 1º da Lei 13.146/2015. Logo, dita Convenção foi erigida à categoria de emenda constitucional.

O Estatuto, também denominado Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, além de regras autônomas, ab-rogou algumas do Código Civil brasileiro, em especial os artigos 3º. e 4º., que tratam dos

absolutamente e relativamente incapazes respectivamente. Basicamente, serão, doravante, absolutamente incapazes apenas e tão-somente os menores de 16 (dezesseis) anos. Os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito), bem como todos aqueles que tenham qualquer tipo de restrição cognitiva, reputar-se-ão relativamente incapazes.

Deste modo, o portador de deficiência mental, quando muito, será relativamente incapaz a certos atos da vida civil. Todavia, eventualmente, poderá realizar alguns atos da vida civil sem nenhum tipo de assistência.

É truísmo o argumento surrado de que a igualdade é tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade. Deveras, a igualdade não se restringe à seu aspecto formal, de mera previsão legal. Ademais disto, impõe-se uma igualdade material, calcada em oportunidades diferenciadas àqueles que necessitem.

Para este propósito surgiu o conceito de “ações afirmativas”, fruto da Teoria do Impacto Desproporcional elucubrada pela jurisprudência estadunidense, assim considerada o conjunto de medidas especiais voltadas a grupos discriminados e vitimados pela exclusão social ocorridos no passado ou no presente”².

Essa “discriminação positiva” se traduz em medidas jurídicas adotadas em favor de grupos objetivamente discriminados de forma injustificada e podem sopesar em favor de minorias ou majorias, desde que proporcionando um favorecimento temporário até se atingir a isonomia concreta. Traduzem, assim, um poderoso instrumento de inclusão social.

Embora o Estatuto do Deficiente não tenha um viés de transitoriedade, providência típica das ações afirmativas, não há como se negar que seja uma medida de clara proteção à minorias ou grupos vulneráveis, com evidente adoção de políticas públicas protecionistas.³

Nesse desiderato, o propósito inegável do Estatuto do Deficiente é a inclusão social destes, sobretudo no tocante à proteção da vontade no ambiente familiar.

² Esse conceito é extraído do site do Ministério da Educação, ao justificar as cotas raciais, in <<http://etnicoracial.mec.gov.br/acoes-afirmativas-cotas-prouni>>, disponível em 15 set. 2015.

³ Neste sentido os arts. 4º., 9º, 10, 16, 18, 27 entre outros, do Estatuto do Deficiente.

3 DEFINIÇÕES LEGAIS

Geralmente o legislador não ousa definir um instituto, no que, na maioria das vezes, é de se elogiar, haja vista que quando o faz invariavelmente carece de uma análise teleológica e, principalmente, engessa a evolução do instituto.

No entanto, algumas vezes é imprescindível a definição para que o destinatário da norma saiba do que se trata e, fundamentalmente, possa fazer sua subsunção adequada.

Neste aspecto andou bem o legislador. Inicialmente, estabeleceu a definição “pessoa com deficiência”, espancando velha discussão doutrinária de como dever-se-ia reportar ao portador de necessidades especiais. Ademais, dispôs no art. 2º da Lei quem será considerado “pessoa com deficiência”:

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.

Deste modo, o acometido de restrições físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais impedidos em razão delas de uma plena participação na vida social, desde que tal deficiência seja de longa duração (portanto não precisa ser vitalícia, porém não pode ser episódica), será o destinatário desta legislação.

Infere-se, portanto, que a deficiência humana pode se referir a diversos e variados aspectos, sejam eles físicos, mentais, sensoriais, motores, intelectuais, ressaltando-se, inclusive, que a lei não faz qualquer exigência em relação a níveis ou graus de deficiência, merecendo todas as pessoas a proteção e o amparo conferidos pelo Estatuto, sem qualquer distinção, em que pese muitas delas

Conforme estabelece o art. 84, *caput*, do Estatuto, “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL-a, 2015)

Portanto, desde janeiro de 2016 a pessoa com deficiência passou a ser considerada plenamente capaz para exercer todos os atos da vida civil, ainda que haja necessidade de se valer de institutos protetivos como a *Tomada de Decisão Apoiada*⁴, criado pelo próprio Estatuto como medida de assistência específica à pessoa com deficiência. Deste modo, a interdição e *curatela* passaram a ser medidas extraordinárias e restrita aos atos relacionados aos direitos de cunho negocial e patrimonial.

A vedação da discriminação é a tônica desta legislação. Para tanto, considerou-se como discriminação “toda forma de distinção, restrição ou exclusão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência”⁵

E dentro do grupo dos deficientes, serão considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência⁶.

Todavia, resta claro que a deficiência não poderá ser motivo para privar aspectos que influam decisivamente na autodeterminação e no projeto pessoal de vida. Destarte, a pessoa com deficiência terá capacidade para⁷ se casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à

⁴ Neste novo sistema da tomada de decisão apoiada, por iniciativa da pessoa com deficiência são nomeadas pelo menos 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. Trata-se de regime que também se constituirá também pela via judicial, ouvindo-se previamente o Ministério Público e equipe multidisciplinar (artigo 1783-A, §3º). Todavia, a tomada de decisão apoiada é medida cuja legitimidade ativa cabe somente ao sujeito que dela fará uso (artigo 1783-A, §2º), o que reforça o papel da autonomia do portador de transtorno mental. Possuirá apoiadores não porque lhe foram designados, mas porque assim o quis

⁵ Art. 5º.,

⁶ Art. 5º., parágrafo único

⁷ Art. 6º.

tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A regra, portanto, é de que a autodeterminação do indivíduo não seja afetada, salvo se não houver condições de exercê-la. Prova disto é de que o art. 3º., do Código Civil brasileiro, nos seus incisos, restará revogado. A redação, doravante, será simplesmente assim: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos". Portanto, os deficientes são incapazes "para certos atos da vida civil". E, aprioristicamente, esta incapacidade não afeta a autodeterminação no seio familiar.

4 AUTODETERMINAÇÃO DO DEFICIENTE

Tem-se por autonomia privada, que prefere-se chamar de autodeterminação, aquela expressão tradicionalmente utilizada para a liberdade nas relações contratuais, ao passo que esta é o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando sua vida como melhor lhe aprouver.

Segundo Kant (2000, p. 66), trata-se "(...) o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional". É, portanto, "não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal".

Com Kant, a autodeterminação, por ele denominada de autonomia, é a competência da vontade humana para, com fundamento na razão prática, escolher em liberdade as suas leis morais. É também a base da responsabilidade individual⁸.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 54) dá lição de que a "autonomia é o direito de governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade". E conclui:

⁸ REGATEIRO, Fernando. *Ética e medicina*. Disponível em <http://www.mensagemosantoantonio.com/messaggero/pagina_articolo.asp?IDX=114IDRX=22>. Acesso: 01 jun, 2007.

Na elaboração de F. C. von Savigny, o idealizador deste imponente edifício jurídico, isto se deu fundamentalmente através do conceito de direito subjetivo individual, isto é, "do atribuir-se à vontade individual um domínio dentro do qual ela reina independentemente de qualquer vontade estranha.

Tem-se, portanto, que a autodeterminação é a prerrogativa que o indivíduo tem de decidir o que entende ser melhor para si nos aspectos interpessoais. Portanto, a autodeterminação é o poder do indivíduo de se impor e de ter respeitadas sua vontade, crenças e valores morais, reconhecendo-lhe a liberdade e a responsabilidade no que diz respeito à própria vida e à sua intimidade. É, em ultima ratio, assegurar-lhe a dignidade.

E o Estatuto do Deficiente assegura isto textualmente, ao dispor, no art. 6º., que "deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para":

I - casar-se e constituir união estável;

Logo, um portador de alguma causa transitória ou permanente de inabilidade mental não está, por conta disto, inapto para se casar.

Com efeito, este peculiar nubente não precisa mais de autorização do curador ou judicial para casar-se ou constituir união estável, como impunha-se acontecer. Caberá ao oficial do Registro Civil, quando do "processo de habilitação para o casamento"⁹, aferir se o nubente tem consciência do seu ato e das repercussões deste. Se não houver claros indícios de incapacidades (mesmo transitórias), o casamento é de rigor. Aliás, cartórios paulistas já celebraram casamentos sob a nova roupagem, conforme relatado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família¹⁰. Segundo o oficial que celebrou este matrimônio, "é preciso que a vontade do deficiente consiga ser transmitida e

⁹ Arts. 1525 e seguintes do Código Civil brasileiro.

¹⁰ Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5919/Como+o+casamento+de+uma+pessoa+com+deficiencia,+depois+da+Lei+Brasileira+de+Inclusao> Acesso: 10 mai. 2016.

que ela seja livre". Se houver algum indicativo de inconsciência das repercussões do ato, deverá ser remetido ao juiz para apurar.

Claro, em hipótese alguma poder-se-á celebrar o casamento de quem não possa expressar sua declaração inequívoca, como aqueles acometidos de causa grave de debilidade intelectual, ou alguém sedado ou internado, por exemplo.

Deve-se, evidentemente, garantir os direitos do deficiente e, ao mesmo tempo, protegê-lo daqueles que queiram tirar proveito da sua deficiência.

Em tempo, os menores de 18 anos e maiores de 16 continuarão a ter suas restrições matrimoniais e demandarão autorização dos pais ou suprimento judicial para se casarem ou constituírem uniao estável. Estes não são deficientes para os fins do Estatuto, e nada muda em relação a estes.

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

O deficiente tem assegurado seu direito sexual. Pode, portanto, relacionar-se sexualmente com outras pessoas, inclusive do mesmo gênero. E cabe-lhe com exclusividade optar pela sua formação familiar.

A sexualidade ampla, independentemente de se ter ou não uma deficiência, existe e se manifesta em todo ser humano. O erotismo, o desejo, a construção de gênero, os sentimentos de amor, as relações afetivas e sexuais, são expressões potencialmente existentes em toda pessoa, também naqueles que têm deficiência.¹¹

Segundo Ana Rita de Paula (psicóloga), Mina Regen (assistente social) e Penha Lopes (pedagoga), na obra "Sexualidade e Deficiência: Rompendo o Silêncio" (2005, p. 32)

Crescer, apaixonar-se, namorar, transar. É o que, geralmente, acontece com as pessoas. Porém, quando no deparamos com alguém que - se locomove em uma cadeira de rodas, não enxerga com os olhos; não se comunica com a fala e a audição; tem uma inteligência

¹¹ BORTOLOZZI, Ana Cláudia. Disponível em <<http://www.bengalalegal.com/desfazendo-mitos>> Acesso: 23 mai. 2016

diferenciada da maioria das pessoas e/ou não enxerga e ouve ao mesmo tempo - provavelmente não imaginamos que este ser humano possa, naturalmente, sentir desejo e se relacionar sexualmente

A sexualidade faz parte da vida de qualquer ser humano, seja uma pessoa com deficiência ou não. E é um preconceito rasteiro e absolutamente carente de cientificidade imaginar-se que um deficiente é privado de sexualidade. Os mitos sobre a sexualidade e deficiência referem-se às idéias, discursos, crenças, inverdades, que são ideológicas e que foram padrões sociais por muito tempo.

Há de se compreender e aceitar a sexualidade como instrumento de relacionamento (e não unicamente como ato sexual), como *expressão da afetividade, capacidade de estar em contato consigo e com o outro, e como construção da auto-estima e do bem-estar*.

Todavia, questão polêmica ainda se ressente no Direito Penal. Tão logo emergiu o Estatuto do Deficiente, vozes se levantaram no sentido de que o “estupro contra vulnerável”, previsto no art. 213 cc. 217, parágrafo único, ambos do Código Penal¹², estaria revogado.

Ousamos discordar. Não cremos na revogação do crime de “estupro contra vulnerável” em razão de incapacidade mental. Faz-se necessário, apenas, conformá-lo com o Estatuto do Deficiente.

Sim, pois o tipo penal reclama para a sua consumação ter relação sexual com alguém que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”

Não se pode imaginar que todo aquele que tenha relação sexual com um portador de debilidade intelectual seja criminoso. Isso, em última instância, afastaria inclusive a liberdade sexual do incapaz, posto que ninguém se arriscaria a se envolver com ele.

¹² Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso; Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Porém, haverá crime se o portador de deficiência mental estiver absolutamente privado do discernimento sexual em razão de nível severo ou profundo¹³. Assim, ter relação sexual com alguém.

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

O planejamento familiar, pautado na paternidade responsável é livre decisão dos pais, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para esse exercício. A partir dessa regra prevista constitucionalmente emerge o direito de um indivíduo em ser pai ou mãe, direito esse que eventualmente só poderá ser concretizado para alguns mediante a paternidade genética, uma vez que não se satisfariam com uma adoção por exemplo. E se é direito do indivíduo, é dever do Estado assegurá-lo, devendo propiciar os meios para esse fim, e abstraindo-se de limitá-los

Não há como se negar o “Direito a ser pai” ou o “Direito a ser mãe”, desde que a pretensão seja fundada num critério responsável. Sobretudo porque o planejamento familiar é questão íntima, que diz respeito somente àquele que pretende constituir prole¹⁴.

É, pois, decorrência da autonomia do indivíduo em autodeterminar sua família. E como direito fundamental, é imposto ao Estado pela Constituição

¹³ Segundo a Associação Americana de Deficiência Mental, a deficiência mental pode ser de nível: LEVE: As pessoas com esse nível de deficiência podem desenvolver habilidades escolares e profissionais. Chegando, inclusive a prover a sua manutenção, muito embora necessitem, algumas vezes, de ajuda e orientação em situações sociais diferentes daquelas a que estão acostumados; MODERADO: O indivíduo com deficiência mental moderada tem capacidade insuficiente de desenvolvimento social. Mas poderá manter-se economicamente através de programas supervisionados de trabalho; SEVERO: As pessoas portadoras de deficiência mental de nível severo, apresentam pouco desenvolvimento motor e mínimo desenvolvimento de linguagem. Poderão contribuir apenas parcialmente para sua subsistência, em ambientes controlados; PROFUNDO: As pessoas com a deficiência nesse nível tem um retardo intenso e a capacidade sensorial motora mínima. Mesmo, com suas dificuldades há possibilidades de adquirirem hábitos de cuidados pessoais, através de programas de " condicionamento operante.

¹⁴ BRASIL, Constituição Federal, art. 227, *caput*.

Federal o dever de assegurar os métodos científicos para tanto, à luz do disposto no art. 206, § 7º:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A partir dessa regra prevista constitucionalmente emerge o direito de um indivíduo em ser pai ou mãe, direito esse que eventualmente só poderá ser concretizado para alguns mediante a paternidade genética, uma vez que não se satisfariam com uma adoção por exemplo. E se é direito do indivíduo, é dever do Estado assegurá-lo, devendo propiciar os meios para esse fim, e abstraindo-se de limitá-los. Assim, uma vez que os avanços da ciência permitem que um indivíduo possa efetivar a pretensão da paternidade genética, inclusive com a possibilidade de aprimoramento genético de sua filiação, o Estado não poderá coibir essa pretensão. Ao revés, deverá assegurá-la, quer seja a impossibilidade da paternidade genética vista como direito sócia à saúde, quer vista como regra constitucional por si só assegurada.

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

Num passado não muito distante, países como os Estados Unidos da América desenvolveram programas de eugenismo, com clara restrição à paternidade de alguns grupos, inclusive com vistas às esterilizações compulsórias e em massa.

No século XIX, nos EUA, Humphrey Noves fundou uma comunidade para atestar a capacidade geral das crianças para considerá-las física e mentalmente sãs. E no Século XX surgiu a Associação Americana de Reprodução, cuja principal proposta era a esterilização e restrição de casamento entre pessoas consideradas indesejáveis, tais como “os débeis mentais, os loucos, os criminosos, os epiléticos, os alcoólatras e todo tipo de

viciados, os doentes (tuberculosos, sífilíticos, leprosos) os cegos, os surdos, os disformes, os indivíduos marginais (órfãos, vagabundos, moradores de rua e indigentes; DIWAN, 2007, p. 57)".

Segundo Pietra Diwan (2007, p. 57), essa instituição fora financiada por pessoas de grande porte econômico, como por exemplo o magnata Rockefeller. E é neste contexto que a primeira lei de esterilização foi aprovada (1907), estimando-se que mais de 50.000 pessoas tenham sido esterilizadas nos EUA entre 1907 a 1949. Porém, conforme a mesma autora, nada foi tão cruel como as leis nazistas e a ideologia da supremacia da raça ariana. Em 1933 houve a aprovação da lei de esterilização, com a seguinte redação:

Toda pessoa portadora de uma doença hereditária poderá ser esterilizada por meio de uma operação cirúrgica, se, após as experiências médicas, for atestado que há uma grande probabilidade de que os descendentes dessa pessoa sejam afetados por um mal hereditário grave, mental ou corporal.(...) É considerado portador de uma doença hereditária pelo senso da lei toda pessoa que sofre das seguintes doenças: 1) debilidade mental congênita; 2) esquizofrenia; 3) loucura circular; (maníaco depressivo); 4) epilepsia hereditária; 5) doença de Huntington; 6) cegueira hereditária; 7) mal formação corporal grave e hereditária.

Tereza Rodrigues Vieira (1000, p. 68) apresenta fatos sobre vários países que adotaram o controle de natalidade com um intuito nitidamente eugênico:

Em 1757, o Parlamento sueco aprovou lei proibindo epiléticos se casassem, baseando-se em critérios eugênicos.

A Suécia, entre 1935 e 1976, manteve um programa secreto de esterilização compulsória de pobres, doentes ou etnias impuras. Tal fato se deveu à redução dos gastos do sistema de seguridade social, constituindo uma raça pura.

Sessenta mil pessoas foram submetidas à esterilização no país, incluindo deficientes físicos, mentais e outras pessoas consideradas inferiores, como delinquentes, prostitutas e ciganos.

O mesmo ocorreu, em menor escala na Suíça, Noruega e Finlândia. Na Dinamarca, uma lei impõe a esterilização em mulheres com Q.I. inferior a 75. Maria Nordin foi esterilizada em 1943, quando cotnava com 17 anos, após ser

confundida com uma doente mental. Era míope e não conseguia acompanhar o rendimento escolar de seus colegas, por não possuir óculos. Assim, foi transferida para uma escola para doentes mentais, de onde só saiu após ser obrigada a concordar com a esterilização. (...) De 1907 a 1948, mais de 50 mil pessoas, em sua maioria adolescentes, foram esterilizadas nos Estados Unidos por terem sido consideradas fracas de espírito, epiléticas, delinquentes sexuais e criminais.

Já se propôs nos Estados Unidos a não-autorização de procriar àqueles que possuíssem o genmora alterado (...) Packard nos relata que, nos anos 50, a Carolina do Norte esterilizou mais de 100 mil habitantes débeis mentais (...) Na Alemanha, após a tomada do poder pelos nazistas em 1933, houve uma campanha de esterilização nacional, atingindo mais de 200 mil pessoas que, segundo eles, eram portadoras de perturbações hereditárias graves do corpo e do espírito, abrangendo a surdez ou a cegueira, e o alcoolismo. Mais de 100 mil pessoas portadoras de deficiências foram mortas, após servirem de cobaias em experiências científicas humanas. Em 31 de janeiro de 1989, a Alemanha, através de um projeto de lei adotado pelo Senado de Berlim, permitiu a esterilização, independentemente de consentimento, de pessoa maior, quando a gravidez pudesse constituir um perigo para a saúde física ou moral, ou baseada na incapacidade de criar um filho.

A citação é extensa, mas reveladora. Suíça, Noruega, Finlândia, Dinamarca e Alemanha são alguns dos países que por motivos dos mais variados, bem como por interesses diversos, adotaram técnicas de supressão de natalidade eugênicas.

No Brasil, alguns deficientes foram submetidos a esterilização involuntária mediante autorização judicial, cuja solicitação partia dos parentes e até do Ministério Público. Por exemplo, no site do Ministério Público do Paraná há disponibilizado, inclusive, modelo de pedido judicial de alvará de esterilização de deficientes mentais¹⁵.

Com o Estatuto do Deficiente, é vedada qualquer política de esterilização compulsória contra deficientes. Estes somente poderão ser

¹⁵ O modelo de ação judicial de esterilização de pessoa com deficiência está disponível no site <http://www.ppd.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=385>. Entre alguns fundamentos da causa de pedir, destaca-se: "A preocupação da curadora e de parentes de Dinacelli é que esta não tem consciência de seus atos sexuais, não usando nenhum método anticonceptivo, e não há como controlar sua vida sexual, já que está em atividade e não aceita conselhos, orientações ou acompanhamento."

esterilizados se estiverem plenamente cientes do ato e concordarem com o procedimento, tudo sob pena de crime, nos termos do art. 15, da Lei 9263, de 12 de janeiro de 1996.¹⁶

Portanto, pedidos judiciais como aqueles manuseados pela promotoria do Paraná estão sepultados e fazem parte apenas de uma triste história de preconceito contra os incapazes.

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

O deficiente poderá, portanto, ser guardião, tutor, curador e adotante. E o paradoxal que um indivíduo que em regra não era capaz para zelar dos seus próprios negócios, poderá velar pelos negócios alheios como tutor ou curador.

No entanto, evidentemente, e sob pena de responsabilidade pessoal do juiz, ao nomear um curador o magistrado deverá levar em conta os interesses do curatelado. Assim, se um indivíduo não revelar condição de gerir seu patrimônio em razão de deficiência mental, por óbvio não poderá ser nomeado curador alheio. Ora, quem não administra o seu próprio patrimônio por suposto não pugnará do patrimônio de outrem.

Vê-se, portanto, que não haverá prévia restrição à autodeterminação. Neste passo, o deficiente somente será privado da prerrogativa de ser guardião ou tutor se não tiver condição de zelar do menor. Pelo mesmo motivo não poderá ser curador se não puder discernir sobre negócios jurídicos, a fim de não prejudicar o incapacitado interditado do qual

¹⁶ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada: (...) II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

um outro incapacitado se tornaria curador. Essa, inclusive, é a dicção do art. 1.735, I, combinado com o art. 1.781, todos do Código Civil.¹⁷

4.1 Negócios jurídicos familiares

Importante questão que se levanta: é possível que um deficiente lavre escritura de pacto antenupcial ou contrato de convivência para dispor de questões patrimoniais sobre seu atual relacionamento, ou que firme testamento com efeitos evidentemente *post mortem*?

Embora tangencie o Direito de Família, pacto antenupcial e contrato de convivência são típicos negócios jurídicos.

A expressão “negócio jurídico” não é empregada no Código Civil no sentido comum de operação ou transação comercial, mas como umas das espécies em que se subdividem os atos jurídicos lícitos. O negócio jurídico nada mais é “o poder de auto-regulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno” (DINIZ, 2005, p.417). Ou seja, em termos gerais, o negócio jurídico é um fato jurídico humano lícito que gera consequências jurídicas recíprocas. E, nos termos do art. 104, I, do CC, “a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz”.

Como visto acima, os portadores de deficiência mental tem autodeterminação. Todavia, continuam privados de autonomia negocial. E o pacto antenupcial, o contrato de convivência e o testamento são tipicamente negócios jurídicos.

Tais documentos versam unicamente sobre questões patrimoniais. Por conseguinte, privar os portadores de deficiência de autonomia negocial patrimonial não interfere em sua autodeterminação. Ao contrário, protege-os.

Assim, pensamos que um portador de deficiência mental pode se casar sem autorização judicial ou parental, mas não pode realizar pacto antenupcial; pode viver em união estável, mas não pode firmar contrato de convivência.

¹⁷ Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: I – aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; Art. 1.781. As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção.

O mesmo se diga em relação ao testamento, pois “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”, a teor do art. 1.860, do Código Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que “instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, trouxe grandes reflexões na órbita do Direito Civil, notadamente no Direito de Família.

Doravante, eventual deficiência cognitiva, *de per sí*, não poderá ser motivo para privar aspectos que influam decisivamente na autodeterminação e no projeto pessoal de vida. Destarte, a pessoa com deficiência terá capacidade para se casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A regra, portanto, é de que a autodeterminação do indivíduo não seja afetada, salvo se não houver condições de exercê-la. E por autodeterminação entenda-se a prerrogativa que o indivíduo tem de decidir o que entende ser melhor para si nos aspectos interpessoais, como o poder de se impor e de ter respeitadas sua vontade, crenças e valores morais, reconhecendo-lhe a liberdade e a responsabilidade no que diz respeito à própria vida e à sua intimidade. É, em *ultima ratio*, assegurar-lhe a dignidade.

E o Estatuto do Deficiente assegura isto textualmente, ao dispor, no art. 6º., que “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (...):

Por conseguinte, atos jurídicos como casamento, união estável, adoção, guarda e outros que digam respeito a regra familiares são extensíveis

aos portadores de deficiência que possam discernir as consequências destes atos. Poderão praticá-los e colocarem-se em sujeição legal a estes institutos independentemente de autorização judicial ou de seus representantes.

Todavia, não poderão celebrar nenhum negócio jurídico familiar, como pacto antenupcial, contrato de convivência, testamento etc., haja vista que tais são tipicamente negócios jurídicos, e não se admitem suas celebrações por pessoas que não sejam absolutamente capazes.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Paz de La Cuesta. *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*. Valencia: Servicio de Publicaciones Univesidad de Cadiz, 1999.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo. *Descendência genética*. Curitiba: Ed. Juruá, 2016.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Belo Horizonte: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. São Paulo : Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contextos social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

BARROS, Sérgio Rezende de. *A ideologia do feto*. Disponível em <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-feto.cont#ld>> Acesso: 21 jan. 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. Rio de Janeiro: Imprensa, 1956. V. I.

BISCAIA, Jorge. *Problemas éticos da reprodução assistida*. Revista de Bioética, v. 11, no. 02. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/181/185>. Acesso: 25 jan. 2013.

BLACK, Edwin. *Guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha dos Estados*

Unidos para criar uma raça dominante. Tradução: Tuca Magalhães. São Paulo: Girafa Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campous, 1992.

BORTOLOZZI, Ana Cláudia. *Desfazendo mitos sobre a sexualidade e deficiências*. Disponível em <<http://www.bengalalegal.com/desfazendo-mitos>> Acesso: 23 mai. 2016

BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. *Código Penal*. Brasília: Senado, 1940.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana, ética e direito*. Campinas: Edcamp, 2003.

CAO, Emanuele. *Bioética. Nuevos derechos y autonomia de la voluntad*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2000.

CORDOVA, Ismael. *A distinção da deficiência da mental e o autismo*. http://cordovaismael.jusbrasil.com.br/artigos/220514197/a-distincao-da-deficiencia-da-mental-e-o-autismo?ref=topic_feed

COSTA, Ana Maria. *Planejamento familiar no brasil*. Revista de Bioética, V. IV, no. 02. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso: 23 jun.2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, V. I

FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Minas Gerais: IBDFAM, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRY, Luc. *A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Tradução de Véra Lucia dos Reis. São Paulo: Objetiva, 2012.

FILHO, Paulo de Carvalho: *in* PELUSO, Cezar, Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência, Barueri, Manole, 2007, p. 1536.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2006, v. III.

- KANT, Imanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Editora Martin Claret: São Paulo, p. 64-65.
- MAIA Júnior, MAIRAN Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil*. Tendências, in Revista dos Tribunais n. 779, p. 54
- PAULA, Ana Rita de; REGEN, Mina; LOPES, Penha. *Sexualidade e Deficiência: Rompendo o silêncio*. São Paulo: Expressão & Arte Editora, 2005
- PORTO, Sérgio. *Afronta à família*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n.37. Produzida por Sonopress Rimo e Comercio Fonográfico Ltda.
- REGATEIRO, Fernando. *Ética e medicina*. Disponível em <http://www.mensagemosantoantonio.com/messaggero/pagina_articulo.asp?lDX=114IDRX=22>. Acesso: 01 jun, 2007
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.
- RODRIGUES, Raimundo Nina. *O alienado no direito civil brasileiro*. 3ª.ed. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre : Companhia Editora Nacional, 1939.
- SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro:Renovar, 2004, v. I.