

O MILAGRE DA CELA 7: A histórica linha tênue entre a Deficiência Mental e o exercício do Poder Familiar

Deivid Carvalho Lorenzo ¹

Laís Vitória de Souza do Espírito Santo ²

Matheus César Abrão do Carmo ³

RESUMO

A deficiência mental no direito de família foi historicamente abordada quanto a sua incidência nos filhos, ressaltando a visibilidade dos institutos civis – como a capacidade – para eles. Nesse sentido, o presente artigo propõe uma inversão dessa ótica; analisando o tratamento jurídico conferido as pessoas com deficiência mental quanto esses indivíduos se tornam pais. Assim, discute-se a capacidade civil e as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, questionando como o poder familiar desse genitor é abordado no sistema normativo brasileiro. Para tal, foi utilizada a abordagem metodologia qualitativa, realizada através do levantamento legislativo. Infere-se que o exercício do poder familiar por pessoas com deficiência foi por muitos anos prejudicado, sendo plenamente possível após 2015, contudo, ainda observa-se a carência de ferramentas necessárias para esse exercício nos casos mais sensíveis. Por fim, propõe uma adaptação da figura do apoiador.

Palavras-chave: Deficiência mental dos genitores. Poder Familiar.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a relação tênue entre a deficiência mental e o exercício do poder familiar, discutindo a visão histórica da (in)capacidade civil da pessoa com deficiência e o respectivo reflexo desse tratamento jurídico na sua condição de genitor. Abordando, ainda, a sobreposição de interesses e, sobretudo, a

¹ Doutor em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, professor da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador, deivid.lorenzo@ucsal.br

² Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Aluna de Mobilidade Acadêmica na Escola de Criminologia da Universidade do Porto, Portugal. Membro do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCrim, lais.santo@usal.edu.br

³ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pesquisador do OBVIO – Observatório de Crime, Violência e Sociedade da Universidade Católica do Salvador, matheusc.carmo@ucsal.edu.br

lacuna legislativa encontradas quando a permanência exclusiva com esse genitor não atenda ao melhor interesse da criança e do adolescente.

A deficiência mental a partir do século XX passou a ser vista e explicada sob a égide do modelo biomédico. Para essa corrente, o foco era a reabilitação, ou seja, aquela pessoa “portava” uma deficiência, logo, era ela quem deveria buscar superar suas limitações ou curar a referida condição, pois era a única possibilidade de se integrar à conjuntura social, exonerando Estado e sociedade de qualquer obrigação para com aquele indivíduo (VALENÇA, SALOMÃO, 2017).

Por conseguinte, quem não conseguisse ser “igual aos demais” era vista como vulnerável, débil e inapta, inclusive no âmbito civil, refletindo no ordenamento jurídico a sobrepujança de institutos assistencialistas e paternalistas – como a tutela e a curatela -. Portanto, tradicionalmente a deficiência mental implicava em incapacidade civil.

A capacidade civil é “a possibilidade de discernimento da pessoa natural, que lhe permite administrar sua pessoa e seus bens de maneira consciente, sem necessitar da intervenção de terceiros para a tomada de decisões válidas” (GABURRI, 2017). Nesse sentido, essa capacidade é segmentada em duas modalidades: a capacidade de direito e a capacidade de fato, ao passo que apenas quando ambas se perfazem no caso concreto pode-se afirmar que a pessoa é plenamente capaz.

De sorte que a capacidade de direito é aquela que institui em abstrato a titularização de direitos e deveres na ordem civil, concedida a todos e obtida através do nascimento com vida e extinta com a morte, a capacidade de fato consolida essa previsão primeira, é a possibilidade de exercício, em virtude dela que esses direitos e obrigações titularizados podem ser exercidos de maneira pessoal. No âmbito da deficiência mental, era esta que restava prejudicada, de maneira que o indivíduo com deficiência era “tão somente o destinatário de práticas assistencialistas e de caridade” (VALENÇA, SALOMÃO, 2017).

Vale ressaltar que essa segmentação de caráter exclusivo – contrária do esperado cunho englobante, indispensável a uma sociedade civilizada -, na qual a opção primária era a inaptidão objetiva sem a observância das peculiaridades daquela pessoa, exprime a própria essência tradicional patrimonialista do direito civil.

Isto é, olhando com zelo para os bens e relações pecuniárias sem priorizar as subjetividades quem as titulariza.

Por outro lado, uma virada só ocorre com a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão - Estatuto da Pessoa com Deficiência ⁴ - haja vista que consagra o modelo social em face do modelo médico, trazendo alterações de natureza prática na esfera da capacidade civil e, sobretudo, alterações principiológicas, irradiadas para todo o ordenamento. Através desse novo modelo “a deficiência é entendida como um problema criado pela sociedade [...] não é um atributo da pessoa, mas uma consequência de um conjunto complexo de situações, das quais um número razoável são criadas pelo meio ambiente social” (SIEBENEICHLER, BUBLITZ, 2016).

Nesse sentido, elenca o EPD que a pessoa com deficiência é:

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 (art. 2º da Lei 13.146).

Além de demarcar o dever social e estatal de inclusão, o estatuto também inova ao tutelar os direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência, campo antes não desbravado, o que desencadeava uma série de consequências, a exemplo, inclusive, da esterilização compulsória. Agora, esse indivíduo pode ser pai/mãe, ou seja, deter o poder-dever de zelo, guarda e proteção de uma criança e - não só isso - esse poder familiar é exercido em iguais condições com os demais que não possuem esse impedimento, sanando questões anteriores e levantando novas.

Contudo, para além da sensibilidade inerente as temáticas de direito das famílias, tudo aquilo que tange à criança e ao adolescente deve ter como farol o princípio do seu melhor interesse. Quanto ao conceito, “trata-se, portanto, de uma cláusula aberta cujo fim precípua é assegurar os interesses e o desenvolvimento da criança e do adolescente, mediante a atuação conjunta do Estado, da sociedade e da família” (BEZERRA, D’ALGE, 2017). Assim, não é possível uma resposta concreta do que seria o melhor interesse da criança, é necessário sempre a observação caso a caso.

⁴ No presente trabalhos o Estatuto da Pessoa com Deficiência será abreviado como EPD

Isso resta evidente em *O Milagre da Cella 7* – obra cinematográfica que motivou esse artigo -. O filme relata a história de Memo, preso injustamente pela prática de um homicídio na Turquia. Além da trágica violação de princípios constitucionais e processuais penais, na obra chama a atenção o admirável laço entre ele, um pai com deficiência mental, e sua filha Ova, junto ao primordial papel que a sua avó desempenha nessa relação. No desenrolar da trama, o longa conduz a reflexão e, sobretudo, ao questionamento: será que a permanência exclusiva daquela criança com o seu pai, atenderia ao seu melhor interesse?

A partir de uma abordagem metodológica qualitativa, desempenhada por meio de levantamento legislativo, o trabalho inicialmente apresenta uma análise sobre a evolução do tratamento da deficiência mental no ordenamento brasileiro, desde o código civil de 2002 até o paradigma atual. Destarte, incluindo as alterações e inovações trazidas pelo EPD. Após isso, traz a discussão sobre o exercício do poder familiar pela pessoa com deficiência mental, problematizando a obscuridade legislativa quanto aos casos mais sensíveis, e propondo uma nova roupagem para a tomada de decisão apoiada.

2. A DEFICIÊNCIA MENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o Estado começou a oferecer respostas quanto a questão da deficiência no ano de 1841, com a criação do Hospício Dom Pedro II, além do Instituto Imperial dos Meninos Cegos e do Instituto dos Surdos-Mudos, em 1854 e 1857. Quanto ao recorte da deficiência mental, destaca-se o tratamento oferecido no atual hospital Juliano Moreira (GABURRI, 2017), sendo que todos estavam sob a égide das políticas correccionais, visando tornar aquele indivíduo apto a integrar-se na sociedade.

A tela da compreensão da sociedade acerca da deficiência mental é tecida de forma verossímil no filme “Nise: O Coração da Loucura” (Nise; 2016). Nele, como resposta a conjuntura social excludente e a forma ao qual as pessoas com deficiência mental eram vistas e tratadas, a psiquiatra Nise da Silveira – ao contrário dos demais médicos e da própria sociedade - transforma a vida de diversos pacientes através do afeto, da abordagem não violenta e da inclusão, representa

uma grande contribuição para o tratamento de pacientes até a hodiernidade. Assim, é possível inferir que ao longo da história a deficiência é vista sob a ótica da estigmatização, marginalizando aquele que era diferente do “homem médio”, preenchendo o imaginário social com brados de segregação, e em triste consonância com esse eco social, a legislação ecoa esses gritos.

Nesse cenário de atuação estatal limitada e estigmatização social, na qual a pessoa com deficiência era vista como intelectualmente inábil, e vulnerável, nasce a “loucura de todo gênero” consagrada no Código Civil de 1916. Por conseguinte, o termo coloca toda vastidão de possibilidades da mente humana em tratamento padronizado: atribuindo a todos – independente de qual seja a qualidade ou modalidade da limitação - um mesmo tratamento jurídico, quer seja a interdição, visto que se distanciavam do padrão médio e ideal. Minando a identidade e, majoritariamente, a autonomia própria da pessoa.

Logo, não é difícil concluir que ao tempo que essa estigmatização jurídica esteve vigente prejudicou a dinâmica civil dos indivíduos deficientes, não falando em autodeterminação, direitos reprodutivos ou nada do gênero, refletindo no ordenamento como um axioma a relação entre a deficiência mental e a incapacidade. Posto isso, se aquele indivíduo não era capaz de reger civilmente a sua própria vida, não seria razoável que possuísse o condão para a condução da vida de um outro ser, ainda mais se esse ser fosse uma criança, pois ofereceria um sério risco para a integridade e o desenvolvimento da mesma. Em suma, é essa a forma que a deficiência mental foi vista e tratada por muitos anos no país.

O caminho até a mudança foi longo: a Constituição de 88 traz um novo arcabouço principiológico que irradia para as demais leis; impulsionando o país a ser signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a promulgar a Lei 10.216 de 2001, que tutela direitos das pessoas acometidas com transtorno mental, – pioneira no que tange a internação - e a elaborar um novo código civil, que apesar de passível de críticas no que se refere aos direitos das pessoas com deficiência mental, foi um grande salto quando comparado ao código anterior.

Por fim, o marco temporal efetivo veio com a Lei 13.146 de 2015, Lei Brasileira de Inclusão, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, haja

vista que ela abre os olhos sociais e jurídicos para uma realidade latente: a deficiência não é sinônimo incapacidade. Dessa forma, é possível que os indivíduos sejam responsáveis por si, que se autodeterminem, escolham sobre os seus direitos sexuais e reprodutivos, decidam sobre planejamento familiar e entre outros.

2.1. ANTES DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO: CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 2002

Consoante o código civil brasileiro de 1916, eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os “loucos de todo o gênero”, era isso que o art. 5º estabelecia. A estigma ainda era corroborada quando o código fazia menção ao que seria a loucura “furiosa” - art. 448 - recorte oriundo do Direito Romano:

O furiosus ou louco furioso, pela espectacularidade da deficiência, era paradigmático. A Tábua 5.7 a já determinava a colocação do *furiosus* sob a *potestas*: tipo de poder parental mais amplo, como modo de suprir a incapacidade. (CORDEIRO, 2007)

Já o código civil de 2002, atenua um pouco a situação, abandonando a referência generalista “*louco de todo o gênero*” e classificando em: absolutamente incapazes: “*os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos*” (art. 3º, II, redação original) e relativamente incapazes: “*os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*”(art. 4º, II e III redação original). Estabelecia também a seção “Dos Interditos”, com as possibilidades de interdição para os primeiros e de curatela para estes indivíduos, em virtude disso, “a tutela jurídica da pessoa com deficiência era de forma bastante limitada, por meio de normas de assistência e seguridade social ou que enfatizavam a necessidade de cuidados e de representação negocial” (VALENÇA, SALOMÃO, 2017).

Aqui, vê-se desenhado um contexto paternalista, tratando aqueles indivíduos como vulneráveis, ficando a cargo dos seus curadores e tutores todo o seu desenvolvimento. Dessa forma, as peculiaridades não são levadas em conta, reduzindo a independência, a dignidade da pessoa humana e sufocando as possibilidades de autodeterminação desses indivíduos, associando maneira direta a deficiência e a incapacidade, seja absoluta ou relativa.

Assim, como consequência dessa relação com a incapacidade, o poder familiar - instituto que estabelece obrigações recíprocas e correspondentes entre pais e filhos - o seu exercício ficava inviabilizado. Nesse sentido:

Até então, o fato do genitor do menor ser portador de alguma deficiência, especialmente alguma deficiência mental, fazia com que não se cogitasse a possibilidade de requerer o exercício de guarda e visitas de seus filhos, em prol do melhor interesse das crianças e adolescentes, já que era considerado incapaz.”(TOLEDO, COSTA, 2019)

2.2. DEPOIS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: NOVA ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD- trouxe uma série de alterações para o direito brasileiro, tanto no âmbito do conteúdo das normas como, sobretudo, no que se refere as oportunidades e equidade para as pessoas com deficiência, dessa maneira preleciona o seu art. 1º *“é instituída a Lei Brasileira de Inclusão 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”*(grifo nosso).

Doravante, consagrado o modelo social, a reabilitação que se fala não é do indivíduo, mas, sim, da própria sociedade, ou seja, não é a pessoa com deficiência física que deve ser obrigada a usar um membro mecânico ou muletas para conseguir subir no ônibus, ou a com deficiência mental “sanar” suas limitações para entrar na escola. O ônibus deve oferecer a rampa para que todos – de forma indistinta - consigam adentrar com conforto, da mesma forma, a escola também precisa acolher a pessoa, quer quem ela seja, são as barreiras que precisam deixar de existir, possibilitando a inclusão e incumbindo a Estado e sociedade dessa tarefa imprescindível.

[...] é necessário distinguir a limitação do corpo ou da mente (que é considerada um atributo da pessoa), da deficiência, pois, enquanto aquela é um atributo físico, sensorial ou psicológico, inerente à própria pessoa, esta é proveniente de barreiras sociais e culturais que implicam na exclusão da pessoa que está fora dos padrões majoritários; segundo, na medida em que a deficiência não tem caráter individual, por não se caracterizar com uma patologia que deveria ser curada, por se tratar, na realidade, de restrições presentes no meio, de cunho estrutural, significa que a responsabilidade de alterar esse quadro, a fim de permitir que todos tenham acesso aos mesmos direitos, a partir de uma noção ampla de acessibilidade e de promoção da cidadania, é da sociedade e do Estado. (VALENÇA, SALOMÃO, 2017)

No âmbito da teoria das incapacidades, o artigo terceiro do código civil que trazia o rol daqueles considerados pelo como “absolutamente incapazes” passou a vigorar com a seguinte redação: “*são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos*”. Ou seja, todos os incisos do artigo foram revogados, incluindo aquele que se referia a deficiência mental. Em semelhante sentido, foi suprimida a referência a redução do discernimento, inserido em contrapartida menção àqueles “*que por causa transitória ou permanente, não possam manifestar sua vontade*” (art. 4º, III).

Dessa forma, o EPD se ocupa de afastar a incapacidade civil decorrente da deficiência, presume-se a plena capacidade da pessoa, ou seja, tanto quanto a capacidade de ser titular, como de pessoalmente exercer obrigações e direitos, prescindido da necessidade de curador ou representante.

Toda essa alteração na teoria das incapacidades foi positiva e – diferente daquela trazida pelo código civil de 02 – efetiva e significativa. Assim, houve uma reconstrução sistemática, no qual a pessoa com deficiência tem o poder de gerir, na medida do possível, sua vida (DINIZ, 2016), afastando a problemática generalidade e a associação imediata com a incapacidade.

Nessa ótica, nota-se que as orientações de ordem prática foram pertinentes, porém, o verdadeiro tesouro de pandora trazido pelo estatuto é de ordem principiológica. Pois, legitima a autodeterminação e a autonomia, reiterando no texto da lei em diversos momentos a capacidade civil da pessoa com deficiência, a exemplo do artigo 84º: “*A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas*”.

2.2.1. DEFICIÊNCIA, SEXUALIDADE E AFETIVIDADE PÓS ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Sobre pessoa com deficiência mental, antes se disseminava que assegurar uma ocupação e condições decentes de vida seria suficiente, sem, contudo,

preocupar-se com as demais esferas de desenvolvimento e constituição do indivíduo, e a sexualidade integra esse arcabouço (PAN,2003).

Como essa esfera era negligenciada, a mesma visão paternalista, que tratava aquela pessoa como vulnerável e inapta repercutia quanto a sexualidade, esta era por natureza disfuncional e doentia, não deveria existir. E esse ceticismo - até a chegada do EPD – era ecoado no ordenamento jurídico brasileiro, que nada versava sobre questão, mesmo diante das contínuas violações a esfera pessoal decorrentes do poder de tutores e curadores.

Consoante a orientação principiológica que preza pela autodeterminação, esse campo antes omissos e não salvaguardado pelo direito, passa a ser tutelado nos termos do art. 6º do estatuto:

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;
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.

Dessa forma, essa mudança foi importante uma vez que anterior a essa garantia, tutores, curadores solicitavam, por exemplo, a esterilização compulsória desses indivíduos.

Junto a isso, o exercício do poder familiar pela pessoa com deficiência mental era um campo não desbravado, era um mito. Agora, - finalmente - não apenas está assegurado como, nos termos do inciso VI, há possibilidade de guarda, tutela, curatela e adoção em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, o que antes seria impossível, corroborando que a deficiência não afeta a plena capacidade civil e o direito de gerar e salvaguardar seus filhos.

3. O PODER FAMILIAR E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Como visto, é possível que as pessoas com deficiência mental exerçam o poder familiar em pé de igualdade com os demais. Sabemos que aqueles não devem

ser colocados em um único grupo indistinto, taxados de incapazes como outrora, por exemplo. Todavia, é indispensável também que o melhor interesse da criança e do adolescente seja observado, haja vista que o objetivo primordial desse poder-dever é que sob sua égide os interesses do menor de idade sejam protegidos.

Esta controvérsia o filme o Milagre da Cela 7 traz com perfeição. Como dito, para além da mensagem, quando são observadas as nuances de algumas cenas é possível notar que nesses momentos há conflito de interesse, quer seja o direito daquele pai de exercer o seu poder familiar versus aquilo que seria do melhor interesse de sua filha.

A exemplo disso, em um desses momentos ele presencia o acidente de uma criança, Sola. Contudo, mesmo após a menina se afogar ele não consegue nem prestar os primeiros socorros nem pedir ajuda para que alguém os prestasse. Em outro ponto, resta evidenciado que há dificuldades para que ele consiga se expressar com clareza, além de algumas vezes não diferenciar aquilo que é real do imaginário, todos possíveis óbices para ser responsável por uma criança.

Uma linha tênue se desenha: como qualquer tema de direito de família, existe a dificuldade no tratamento da matéria, haja vista não envolver só a objetividade da norma escrita, engloba também a afetividade, o sentimento, elementos subjetivos que não podem ser aferidos. Em juízo de probabilidade, seria quase impossível que alguém amasse aquela criança como o seu pai, contudo, será que permanecendo com ele seriam oferecidas as melhores condições para o desenvolvimento e segurança daquela criança?

Assim, nos casos em que a permanência exclusiva com o genitor não se mostra condizente com o melhor interesse da criança, anotamos que as possibilidades trazidas pelo ordenamento jurídico não são suficientes e, muito menos, claras. Nenhum arcabouço legislativo apresenta expressamente essa possibilidade, não fica claro o que pode ser feito nesses casos visando compatibilizar os interesses da criança e do seu genitor.

3.1. INAPLICABILIDADE DA DESTITUIÇÃO E DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O Código Civil traz a possibilidade da perda e da suspensão do poder familiar. Sendo essa última ratio do direito de família, representa a medida mais grave, pois determina o rompimento do laço familiar.

A perda do poder familiar consiste na destituição dos direitos e deveres atribuídos aos pais no que diz respeito aos filhos menores. Conforme o art. 1638 do código civil, esta perda se dá através de ato judicial ao pai e a mãe que: castigar imoderadamente o filho; deixa-lo filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (referente a suspensão) e entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção, ou, ainda aquele incorra na prática de crime contra o outro que detém o poder familiar ou contra o filho, filha ou outro descendente, nos termos das alíneas a e b.

Em relação a suspensão do poder familiar, trata-se de uma restrição aplicada aos pais em relação aos poderes exercidos enquanto perdurar a situação que suspenderam o seu poder. De acordo com o art. 1.637 do CC, a suspensão ocorre em caso de abuso de autoridade, não cumprimento dos deveres dos pais ou deprecação dos bens do filho, ou no caso de condenação dos pais a pena superior a dois anos.

Uma vez que o rol de suspensão e extinção do poder familiar é taxativo, não é possível encontrar nesses artigos nenhum inciso que se adegue de maneira coerente a problemática levantada - de compatibilizar os interesses do pai e da criança - haja vista que o EPD consagrou a igualdade de condições no exercício desse poder com as demais pessoas. Por si, a deficiência não pode ensejar a destituição do poder familiar. Nesse sentido, corrobora o CNJ:

Outro ponto que merece destaque, estabelecido pelo artigo 23 do ECA, é que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Da mesma forma, a presença de deficiência, transtorno mental ou outras doenças dos pais ou responsáveis também não deve, por si só, impedir o convívio familiar ou provocar o acolhimento dos filhos em instituições. (CNJ, 2015)

Assim, conclui-se que para a perda ou suspensão do poder familiar ocorra é necessário que a subsunção de algum comportamento dos pais as previsões taxativas do 1.637 e 1.638, ou seja, a deficiência por si só indiferente.

3.2. ADAPTAÇÃO DA FIGURA DO APOIADOR NO DIREITO PÁTRIO

Ainda sobre o filme, o exercício do poder familiar de Memo era facilitado pela sua avó. Ela o apoiava em suas decisões, auxiliando-o no cuidado de sua filha, sendo de grande valia por possibilitar que ele exercesse o poder familiar de melhor forma. Nesse âmbito, de todas as ferramentas de suporte previstas no direito brasileiro, aquela melhor adaptável a essa demanda seria a figura do apoiador. Nesse sentido, visando a possibilidade de manutenção dos vínculos familiares originários – conforme orientação do Estatuto da Criança e do Adolescente – vislumbramos a possibilidade de adaptação da figura do apoiador no direito brasileiro para esses casos.

Ou seja, esse apoiador seria a pessoa que através do elo de confiança com a pessoa com deficiência, se colocaria a disposição para auxiliá-lo, nos casos em que ele não pudesse o exercer sozinho, haja vista que o EPD consagra a possibilidade de exercício do poder familiar, porém não traz ferramentas necessárias para esse exercício nos casos mais sensíveis, como o caso em tela.

Nesse ponto, a tomada de decisão apoiada diverge da curatela pois, ao contrário desta que implica por essência na substituição da vontade, aqui vê-se a vontade e autodeterminação da pessoa, implicando em verdadeiro apoio. Diferente dos institutos intervencionistas de outrora, a decisão apoiada é a “medida que tem como fundamento a preservação da capacidade plena da pessoa com deficiência e não a sua limitação.” (VALENÇA, SALOMÃO, 2017).

Itália, por meio do *amministratore de sostegno*, e Argentina, através do sistema de *Apoyo al ejercicio de la capacidad* (GABURRI, 2017), também possuem previsão semelhante, em ambos, a essência do instituto é a corroboração e preservação dos interesses da pessoa com deficiência. Tendo salvaguardada a autodeterminação do indivíduo.

No Brasil, a modalidade está prevista no art. 1783 – A, que elenca que o objetivo é “prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade”. (art. 1783)

Em semelhante sentido, VALENÇA E SALOMÃO, 2017, destacam em nota de direito comparado, a lição de Luís Miguel Del Águila:

Un error muy frecuente en el ámbito de la discapacidad, que proviene del sentido común, es entender la idea o concepto de —independência || (que es la razón o atributo principal de la vida independiente de las personas con discapacidad) en el sentido de —autossuficiência || , [...]Es decir, la necesidad que una persona con discapacidad pueda tener de algún tipo de apoyo o assistência en este sentido no compromete ni tiene por qué comprometer para nada la independência o autonomia de esa persona.(VALENÇA E SALOMÃO, 2017)

Ou seja, através da compreensão de que a independência e a autossuficiência não são sinônimas, esse apoio não mina a autodeterminação, a aplicação da figura do apoiador para os referidos casos evitaria o rompimento do laço familiar, visando ao máximo atender aos interesses tanto da criança quanto do seu genitor. Destarte, adaptando a estrutura rígida do ordenamento jurídico as constantes novas necessidades do direito das famílias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que após muitos anos de imprevisão legislativa, o exercício do poder familiar pela pessoa com deficiência mental foi finalmente estabelecido com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, agora, é possível que ele seja exercido. Vê-se que historicamente foi desenhada uma linha tênue entre a deficiência e poder familiar, haja vista que até pouco tempo o seu exercício restava prejudicado pois a incapacidade era uma implicação direta da deficiência mental.

Contudo, no que pesem as referidas mudanças representarem um grande avanço para os direitos das pessoas com deficiência – abordando campos antes nunca desbravados, como os seus direitos sexuais e reprodutivos – são faltantes os instrumentos de suporte e apoio que possibilitem esse pleno exercício, como acompanhamento dessa família por equipe multidisciplinar, por exemplo. Junto a isso, ainda há uma séria lacuna no que se refere ao procedimento que deve ser adotado para os casos em que permanecer exclusivamente com o genitor possa ser controverso sob a ótica do melhor interesse da criança, visto que a perda e suspensão são medidas extremas e inadequadas para o caso, pois pressupõem a

subsunção do comportamento do genitor com as possibilidades previstas em lei. Nesse ponto, se observa a figura do apoiador como dotada de grande potencial para ser adotada de maneira adaptada, visando compatibilizar os interesses.

Dessa forma, ainda é necessário um maior debruçar sobre a matéria tratando de maneira instrumentalizada como a tomada de decisão apoiada poderia vir a ser adaptado e aplicado de maneira efetiva. Outra dificuldade é a sensibilidade do tema pois uma vez que, assim como no filme, romper esse laço familiar seria doloroso tanto para o pai como para a filha, atribuir o apoio a um terceiro poderia - na prática - implicar na sub-rogação do exercício do poder familiar.

Uma séria dificuldade encontrada foi a estigmatização que ainda envolve o tema, ainda há presunção – social – de incapacidade. Junto a isso, pouquíssima foi a produção científica encontrada sobre a associação do poder familiar com a deficiência mental.

REFERÊNCIAS

VALENÇA, Carolina Ferraz, SALOMÃO, Glauber Leite. *A Presunção de Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência na Lei Brasileira de Inclusão*. Direito E Desenvolvimento, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/303>

BEZERRA, Joyceane de Menezes, D'ALGE, Júlia Mont' Alverne Barreto. *A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade*. Direito Econômico e Socioambiental, 2017. Disponível em: <https://doaj.org/article/144bd6d37a8e4ec498a031262e5a6127>

GABURRI, Fernando. *Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil*. Direito E Desenvolvimento, 2017. Disponível em: <https://doaj.org/article/01b5d045f9e54af78cf5e96ec5f8c8d0>

PAN, José Ramón Amor. *Afetividade e Sexualidade na pessoa portadora de Deficiência Mental*. São Paulo: Edições Loyola, 2003. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=tYBLHmGCzoYC&oi=fnd&pg=PA13&dq=pai+com++deficiencia+mental+e+o+poder+familiar+&ots=YsrBURMAb&sig=O4ojGL7gaejYX83EEe4lbFIJ450#v=onepage&q&f=true>

PSICOLOGIA, Departamento de. *A Clínica Psicossocial das Psicoses*. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Disponível em: [http://picica.dominiotemporario.com/intesaextensa\(3\).pdf](http://picica.dominiotemporario.com/intesaextensa(3).pdf)

MARQUEZIN, Joyce Setubal, FAYAN Regiane Alves Costa. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada*. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em:

<https://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada.pdf>

JARDIM, K.; Dimenstein, M. *Interface entre a saúde mental e a justiça: desconstruções e problematizações sobre o "louco perigoso"*. Veredas do Direito: Belo Horizonte, v. 4, 2008. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=1736237&pid=S1679-4427201700010001300018&lng=pt

SIEBENEICHLER, Fábio de Andrade, BUBLITZ, Michelle Dias. *Notas Sobre O Estatuto Da Pessoa Com Deficiência (Lei 13.146/2015) E A Alteração Da Curatela E Do Regime De Capacidade*. Revista Jurídica Cesumar, 2016. Disponível em:

http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11471/2/Notas_sobre_o_Estatuto_da_Pessoa_com_Deficiencia.pdf

SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza. *A perda do poder familiar e os seus efeitos referentes ao direito sucessório do filho em relação aos bens deixados pelo genitor: um estudo de caso*. Ministério Público do Paraná. Disponível em:

http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2143.html#item_2

BARBOSA, Adilane dos Santos, JUCÁ, Vlândia Jamile dos Santos. *Maternidade e loucura: questões jurídicas em torno do poder familiar*. Periódicos Eletrônicos de Psicologia, 2017. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-44272017000100013

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. 2ª ed. Parte Geral. Tomo II. Pessoas*. Lisboa: Almedina, 2007.

TOLEDO, Roselaine L., COSTA, Andréia L. *Exercício de guarda por pessoas com deficiência mental: análise das possíveis soluções do conflito entre o interesse do guardião e da criança ou adolescente que estiverem sob guarda*. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53306/exercicio-de-guarda-por-pessoas-com-deficiencia-mental-anlise-das-possiveis-solues-do-conflito-entre-o-interesse-do-guardio-e-da-crianca-ou-adolescente-que-estiverem-sob-guarda>

DINIZ, M. H. *A nova teoria das incapacidades*. Revista Thesis Juris – RTJ, São Paulo, V. 5, n.2, p. 263-288, Mai.-Ago. 2016.