

O EXERCÍCIO DO DIREITO À GUARDA PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU INTELECTUAL E A ESCUTA PSICANALÍTICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

THE EXERCISE OF THE RIGHT TO CUSTODY BY PERSONS WITH MENTAL OR INTELLECTUAL DISABILITIES AND PSYCHOANALYTIC LISTENING AS AN INSTRUMENT FOR THE REALIZATION OF RIGHTS

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CUSTODIA POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL O INTELECTUAL Y LA ESCUCHA PSICOANALÍTICA COMO INSTRUMENTO DE EFECTIVACIÓN DE DERECHOS

Rafaela Fernandes Leite¹, Priscilla Jordanne Silva Oliveira²

DOI: 10.54899/dcs.v22i83.3512

Recibido: 03/10/2025 | Aceptado: 06/10/2025 | Publicación en línea: 16/10/2025.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo investigar o exercício do direito à guarda por pessoas com deficiência mental ou intelectual e as contribuições das técnicas de escuta oriundas da psicanálise para sua efetivação. A pesquisa fundamenta-se na vertente jurídico-sociológica, utilizando os métodos histórico-jurídico e jurídico-descritivo. Inicialmente, analisa-se o tratamento jurídico conferido à pessoa com deficiência mental ou intelectual na revisão da teoria das capacidades do Código Civil. Em seguida, explora-se o exercício dos direitos subjetivos existenciais pela pessoa com deficiência relativamente incapaz. Por fim, examina-se a efetivação do direito à guarda e as técnicas de escuta propostas por Christian Dunker e Cláudio Thebas como instrumento para assegurar a autonomia e a autodeterminação das pessoas com deficiência mental ou intelectual. Espera-se concluir que a escuta ativa pode ser um mecanismo essencial para garantir a expressão da vontade da pessoa com deficiência mental ou intelectual, respeitando sua subjetividade e promovendo sua inclusão familiar e social. A conjugação entre normativas jurídicas e abordagens psicanalíticas amplia a compreensão sobre o tema e contribui para a implementação de medidas que assegurem o direito à guarda pelas pessoas com deficiência mental ou intelectual.

Palavras-chave: Direito de Família. Guarda. Pessoa com Deficiência. Psicanálise. Técnicas de Escuta. Autonomia.

¹ Doutora em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
E-mail: leitefrfaela@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1330-4436>

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil.
E-mail: priscillajsoliveira@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3156-2175>

ABSTRACT

This article aims to investigate the exercise of the right to custody by persons with mental or intellectual disabilities and the contributions of psychoanalytic listening techniques to its effectiveness. The research is based on a socio-legal approach, using historical-legal and descriptive-legal methods. Initially, the legal treatment given to persons with mental or intellectual disabilities is analyzed in light of the revision of the theory of capacities under the Civil Code. Subsequently, the exercise of existential subjective rights by persons with relative incapacity is explored. Finally, the effectiveness of custody rights and the listening techniques proposed by Christian Dunker and Cláudio Thebas are examined as instruments to ensure the autonomy and self-determination of persons with mental or intellectual disabilities. It is expected that active listening can be an essential mechanism to guarantee the expression of the will of persons with mental or intellectual disabilities, respecting their subjectivity and promoting their family and social inclusion. The combination of legal regulations and psychoanalytic approaches broadens the understanding of the subject and contributes to the implementation of measures that ensure the right to custody for persons with mental or intellectual disabilities.

Keywords: Family Law. Custody. Persons with Disabilities. Psychoanalysis. Listening Techniques. Autonomy.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo investigar el ejercicio del derecho de custodia por parte de personas con discapacidad mental o intelectual y las contribuciones de las técnicas de escucha provenientes del psicoanálisis para su efectividad. La investigación se fundamenta en un enfoque sociojurídico, utilizando los métodos histórico-jurídico y jurídico-descriptivo. Inicialmente, se analiza el tratamiento jurídico conferido a la persona con discapacidad mental o intelectual en la revisión de la teoría de las capacidades del Código Civil. Posteriormente, se explora el ejercicio de los derechos subjetivos existenciales por parte de la persona con discapacidad relativamente incapaz. Finalmente, se examina la efectividad del derecho de custodia y las técnicas de escucha propuestas por Christian Dunker y Cláudio Thebas como instrumento para garantizar la autonomía y la autodeterminación de las personas con discapacidad mental o intelectual. Se espera concluir que la escucha activa puede ser un mecanismo esencial para asegurar la expresión de la voluntad de la persona con discapacidad mental o intelectual, respetando su subjetividad y promoviendo su inclusión familiar y social. La combinación entre normativas jurídicas y enfoques psicoanalíticos amplía la comprensión del tema y contribuye a la implementación de medidas que aseguren el derecho de custodia de las personas con discapacidad mental o intelectual.

Palabras clave: Derecho de Familia. Custodia. Persona con Discapacidad. Psicoanálisis. Técnicas de Escucha. Autonomía.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución- NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

INTRODUÇÃO

De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD/IBGE (2022), o Brasil possui aproximadamente 18,6 milhões de pessoas com deficiência. Já o Censo Demográfico de 2010, realizado pelo mesmo instituto, identificou cerca de 2,6 milhões de pessoas com deficiência mental ou intelectual. Ainda que metodologicamente distintos, tais levantamentos revelam a relevância numérica e a diversidade do grupo social a ser juridicamente tutelado diante das vulnerabilidades que a deficiência acarreta no convívio em sociedade.

Historicamente, a legislação civil brasileira tratou a deficiência mental ou intelectual sob o prisma da incapacidade. O Código Civil de 1916 previa tais condições como hipóteses de incapacidade absoluta, regime que se manteve – ainda que com alterações pontuais – na entrada em vigor do Código Civil de 2002, com repercussões imediatas na capacidade de fato e na teoria geral dos negócios jurídicos. A consequência prática consistia na imposição da curatela, seja como representação nos casos de incapacidade absoluta, seja como assistência nos casos de incapacidade relativa.

O cenário normativo, contudo, sofreu significativa inflexão com a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo (2008), primeiro tratado internacional de direitos humanos a receber status de emenda constitucional, nos termos do artigo 5º, §3º, da Constituição da República de 1988. No plano infraconstitucional, a Lei n. 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) concretizou os comandos da Convenção e promoveu alterações relevantes na teoria das capacidades do Código Civil, dentre as quais se destaca a revogação de todos os incisos do artigo 3º, mantendo-se apenas a incapacidade absoluta dos menores de dezesesseis anos. Com isso, deixou de constar no rol de absolutamente incapazes a figura daqueles que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento” para a prática de atos da vida civil, hipótese que passou a configurar apenas incapacidade relativa, restrita às situações em que a pessoa não puder exprimir vontade.

Entre as inovações trazidas pelo EPD, sobressai a garantia de que a deficiência mental ou intelectual não afeta a plena capacidade civil para o exercício de direitos existenciais – como constituir família, exercer a guarda, a tutela, a curatela e a adoção, em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 6º, EPD). Nesse contexto, emerge um problema jurídico relevante para o Direito das Famílias: como viabilizar o exercício do direito à guarda por pessoas com

deficiência mental ou intelectual que se encontrem impedidas de exprimir vontade discernida, especialmente à luz das contribuições das técnicas de escuta oriundas da psicanálise?

Este artigo tem por objetivo: (i) investigar o tratamento jurídico conferido à pessoa com deficiência mental ou intelectual na revisão da teoria das capacidades do Código Civil; (ii) relacionar esse tratamento com o exercício dos direitos subjetivos existenciais pela pessoa relativamente incapaz; e (iii) analisar, de modo específico, o exercício do direito à guarda por pessoas com deficiência mental ou intelectual, explorando as contribuições das técnicas de escuta propostas por Christian Dunker e Cláudio Thebas (2019), na obra *O Palhaço e o Psicanalista*.

REFERENCIAL TEÓRICO

A Pessoa com Deficiência Mental ou Intelectual na Revisão da Teoria das Capacidades

No ano de 2008, o Brasil internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional aprovou o tratado por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, conferindo-lhe, em razão do procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República de 1988, status equivalente ao de emenda constitucional – marco inédito no constitucionalismo brasileiro. Posteriormente, a Convenção foi promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data em que passou a produzir efeitos no plano interno.

Esse processo de incorporação refletiu a trajetória histórica de reivindicação do movimento político das pessoas com deficiência, que há décadas buscava a plena cidadania e a igualdade de oportunidades. A elaboração da Convenção ocorreu em ambiente de participação social e pluralidade, introduzindo um novo conceito de deficiência e impondo aos Estados o dever de adotar medidas de não discriminação e ações afirmativas de inclusão (Piovesan, 2012).

No plano infraconstitucional, a Convenção foi concretizada pela Lei n. 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício de direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência (Brasil, 2015). Entre suas alterações mais relevantes no Código Civil de 2002, destaca-se a revogação dos incisos do art. 3º, restando apenas a previsão da incapacidade absoluta para os menores de dezesseis anos. Foram, assim, eliminadas as hipóteses que faziam referência à “enfermidade” ou ao “desenvolvimento mental incompleto”,

substituídas pela regra do art. 4º, que prevê a incapacidade relativa daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade.

Esse deslocamento paradigmático significa que a deficiência mental ou intelectual, por si só, não configura mais incapacidade absoluta. O parâmetro normativo deixa de ser a ausência de discernimento e passa a ser a (im)possibilidade de expressão de vontade. Tal expressão deve ser compreendida como a capacidade de manifestar escolhas e determinações pessoais nos âmbitos existencial, profissional e patrimonial. Conforme leciona Miranda (2000, p. 130), as manifestações de vontade são exteriorizações aptas a compor o suporte fático de fatos jurídicos, ainda que não visem diretamente a eficácia patrimonial.

O EPD manteve, contudo, o instituto da curatela, disciplinando-o como medida de caráter excepcional. O art. 81, §1º, prevê que “quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”, e o §2º estabelece que essa deve ser sempre proporcional, motivada e restrita aos interesses do curatelado, sobretudo em matéria patrimonial. O art. 1.767 do Código Civil de 2002, alterado, define como sujeitos à curatela aqueles que não puderem exprimir vontade, bem como os ébrios habituais, viciados em tóxicos e pródigos.

Depreende-se, portanto, que o ordenamento presume a plena capacidade das pessoas com deficiência para os atos de natureza existencial e admite, em caráter restrito, a incapacidade relativa para atos patrimoniais, desde que declarada judicialmente mediante avaliação biopsicossocial interdisciplinar. Essa concepção reforça que a capacidade não é estática, mas depende da singularidade do sujeito e de sua biografia, devendo ser analisada à luz do paradigma inclusivo inaugurado pela Convenção e consolidado pelo EPD.

Esse novo regime jurídico projeta efeitos diretos no campo do Direito das Famílias, em especial na disciplina da guarda, pois afasta a presunção de incapacidade absoluta das pessoas com deficiência mental ou intelectual e lhes assegura o exercício de direitos existenciais – como o direito à família, à convivência e à guarda – em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Exercício dos Direitos Subjetivos Existenciais pela Pessoa com Deficiência Mental ou Intelectual Relativamente Incapaz

As transformações promovidas pela Convenção e pelo EPD não se limitaram ao regime de capacidades previsto no Código Civil. Elas repercutem de maneira decisiva na esfera dos direitos subjetivos existenciais, cujo exercício constitui expressão direta da dignidade da pessoa

humana. Se inicialmente demonstrou-se que a deficiência mental ou intelectual deixou de configurar incapacidade absoluta, nesta segunda etapa cumpre examinar como esse novo paradigma normativo assegura às pessoas relativamente incapazes o exercício de direitos personalíssimos — tais como a constituição de família, a convivência comunitária e, de modo particular, a guarda. A análise desses direitos revela a tensão entre a presunção legal de capacidade plena e os limites concretos de discernimento e autodeterminação, desafio que exige uma abordagem cuidadosa do ordenamento e da jurisprudência.

As alterações promovidas pelo EPD no regime de capacidades do Código Civil, conjugado com as disposições do próprio Estatuto, reconheceu a incindibilidade entre a titularidade e o exercício dos direitos subjetivos existenciais pela pessoa com deficiência, qualquer que seja o alcance da sua possibilidade de manifestação de vontade.

Assim, entende-se que a pessoa humana participa diuturnamente de relações jurídicas que envolvem direitos patrimoniais e direitos existenciais³, e a diferença reside na percepção de que “[...] enquanto os atos civis patrimoniais impactam na esfera disponível do sujeito, os atos civis que operam no âmbito não-patrimonial tocam em interesses indisponíveis, intransmissíveis e, em geral, irrenunciáveis.” (Menezes, 2016, p. 517).

Dessa forma, nas situações subjetivas existenciais, a titularidade decorre necessariamente do seu exercício, já que os atos são personalíssimos, cujo objetivo é a realização direta da dignidade, que “[...] tem como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o estilo de vida individual” (Teixeira, 2010, p. 147). Por serem personalíssimos, há o impedimento do exercício por terceiro, sendo assim, contrários a natureza da assistência e da representação (Almeida, 2019, p. 186).

O artigo 84 do EPD ratifica a plena capacidade legal das pessoas com deficiência ao assegurar o exercício de capacidade legal, em igualdade de condições com as demais pessoas, admitindo que quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, mantendo assim, essa medida no sistema de apoio. No entanto, nessa perspectiva, a curatela deverá ser uma medida que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, por expressa disposição legal. Ademais, deverá ser aplicada em caráter extraordinário, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durar o menor tempo possível.

³ “Logo, não se aplica às situações existenciais, a dicotomia entre a capacidade de direito e a capacidade de fato” (ALMEIDA, 2019, p. 185), pois a capacidade de fato “não abrange direitos não patrimoniais, que emergem exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoal ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular”. (LÔBO, 2012, p. 111).

A curatela importa, portanto, na tutela da pessoa com deficiência, e em regra, em apenas um aspecto de sua singularidade, qual seja, patrimonial. Não tem, portanto, condições de promover o desenvolvimento da sua capacidade de forma integrada e relacional, em conformidade com a dinâmica e fluidez que circunda a deficiência em suas múltiplas expressões e percepções dissonantes.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 244), haveria a impossibilidade de curatela para situações existenciais, uma vez que “os atos existenciais defluem da própria personalidade do titular, intrínsecos à sua humanidade. Por isso, a curatela alcança atos de índole econômica”. Porém, pontuam acerca do cabimento excepcional de medidas judiciais autônomas de limitação de atos existenciais, por não haver impedimentos em procedimentos judiciais de jurisdição voluntária que se autorize a prática de limitações de ordem existencial em relação a quaisquer pessoas, inclusive com eventuais deficiências.

Ocorre que a capacidade de fato ou de exercício é o instrumento pelo qual são exercidos, simultaneamente, situações subjetivas patrimoniais e existenciais, por essa razão, em outra oportunidade, defendeu-se a possibilidade de extensão da curatela para situações existenciais, a fim de que a atuação do curador possa congrega a tutela negativa e positiva da pessoa com deficiência de forma proporcional e adequada ao seu nível de discernimento (Oliveira, 2021, p. 276).

A possibilidade de extensão da curatela para situações subjetivas existenciais, foi aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação Cível n. 1.0245.13.011494-6/001, pouco mais de um ano e meio após a publicação do EPD, que se apresenta em caráter exemplificativo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - CABIMENTO - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA - AMPLIAÇÃO DOS LIMITES DA CURATELA. 1 - O indivíduo não pode ser mais considerado absolutamente incapaz, para os atos da vida civil, diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015. 2 - A patologia psiquiátrica descrita configura hipótese de incapacidade relativa, não sendo caso de curatela ilimitada (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência). 3 - A ampliação dos limites da curatela, para além dos atos patrimoniais e negociais, não é medida extraordinária, mas sim real, diante da incapacidade da parte (artigo 755, inciso I, do CPC/15). (TJMG - Apelação Cível 1.0245.13.011494-6/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchall, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/02/2017, publicação da súmula em 21/02/2017)

Portanto, perceber a capacidade de fato independente da singularidade da pessoa humana e desconsiderar a capacidade individual de discernir e se autodeterminar, insere a pessoa com deficiência mental ou intelectual em um limbo fático e jurídico, o que reconheceu a decisão supramencionada. Ademais, entende-se ser essa a consequência das disposições do art. 6º do EPD, ao dispor que:

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.

Verifica-se que as disposições do art. 6º do EPD, ignora a dicotomia clássica da capacidade de direito e capacidade de fato ou de exercício, no entanto, a deficiência mental ou intelectual reflete no discernimento da pessoa e na sua capacidade de agir de forma autônoma (Lima, 2019, p. 218). Pode-se citar como exemplos a situação de uma pessoa em estágio avançado de Alzheimer ou uma pessoa que sofre de esquizofrenia catatônica, que em razão da deficiência estarão impossibilitadas na tomada de decisões sobre os direitos existenciais exemplificadamente listados no art. 6º (Lima, 2019, p. 218). Nesse sentido, Raphael Furtado Carminate (2019, p. 74-75):

O que se verifica é que o Estatuto conferiu idêntico tratamento, no que tange à capacidade jurídica, a pessoas com Alzheimer, síndrome de Down, esquizofrenia e bipolares, por exemplo, que são transtornos mentais distintos, com efeitos diferentes no discernimento. Ressalta-se, novamente, que um mesmo transtorno mental pode variar grau, estágio e intensidade, como o Alzheimer, por exemplo, razão pela qual cada pessoa, no caso concreto, terá (ou não) certo percentual de redução do discernimento e, consequentemente, necessidades distintas, não tendo o legislador se atentado para tais peculiaridades.

A capacidade plena não pode, portanto, ser afirmada independentemente da capacidade da pessoa com deficiência para o seu exercício. O conteúdo exercido por intermédio do instituto da capacidade civil deve ser consistente com a prerrogativa de fazê-lo, ou seja, deve ser discernido. Nesse sentido:

[...] verificada a ausência de discernimento da pessoa com deficiência para o exercício

de direitos subjetivos existenciais, a presunção inafastável da sua plena capacidade para o exercício deles constituiria uma desproteção injustificável da sua dignidade e personalidade. (Oliveira, 2021, p. 287).

Em síntese, as alterações trazidas pelo EPD deslocaram o debate da incapacidade presumida para a possibilidade concreta de exercício dos direitos existenciais, estabelecendo que a deficiência mental ou intelectual, por si só, não afeta a plena capacidade civil. Contudo, a análise doutrinária e jurisprudencial demonstra que a aplicação indistinta dessa presunção pode conduzir a situações de vulnerabilidade, especialmente quando não há correspondência entre a titularidade formal e a efetiva capacidade de autodeterminação no caso concreto. Essa tensão evidencia que a efetivação dos direitos subjetivos existenciais — dentre eles o direito à família e à guarda — exige instrumentos que conciliem a proteção da dignidade da pessoa com deficiência com a preservação de sua autonomia. É nesse contexto que se impõe aprofundar a reflexão sobre o exercício do direito à guarda pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, em diálogo com as contribuições das técnicas de escuta oriundas da psicanálise.

METODOLOGIA

A pesquisa insere-se na perspectiva jurídico-sociológica, valendo-se dos métodos histórico-jurídico e jurídico-descritivo, e pretende demonstrar que as técnicas de escuta oriundas da psicanálise propostas por Christian Dunker e Cláudio Thebas constituem instrumentos relevantes para a efetivação da autonomia e da dignidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual, permitindo-lhes uma vida independente e o exercício de sua capacidade civil em perspectiva dialógica.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A construção histórica da família brasileira sofreu profundas transformações, refletindo mudanças sociais, econômicas e culturais que impactaram diretamente o direito. No Código Civil de 1916, fortemente influenciado pela tradição canônica e romana, a família era concebida exclusivamente a partir do matrimônio, em um modelo hierarquizado e patriarcal. O culto ao “deus lar” simbolizava a centralidade da instituição em detrimento de seus membros, enquanto a mulher era destinada primordialmente à reprodução, e os filhos compreendidos como instrumentos de perpetuação religiosa e cultural (Poli; Corcione, 2020, p. 281-283).

Esse modelo se manteve, ainda que adaptado, no advento do Código Civil de 2002, que também restringia a noção de família ao casamento, preservando a hierarquia entre os membros. A mulher era considerada relativamente incapaz, e os filhos assumiam função eminentemente econômica: força de trabalho ou meio de incremento patrimonial (Poli; Corcione, 2020, p. 281-283).

A ruptura paradigmática se deu com a Constituição da República de 1988, que consolidou a família eudemonista, conforme observa os professores Poli e Corcione (2020, p. 287): “privilegiaram-se os membros das relações familiares em detrimento dessa instituição em si mesma. Assim, a busca pela felicidade individual dos membros da família passou a ser o principal objetivo a ser perseguido na contemporaneidade.” Dessa forma, a centralidade desloca-se da estrutura institucional para a dignidade da pessoa humana, irradiando efeitos sobre todo o sistema jurídico, inclusive sobre microssistemas posteriores, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

A perspectiva constitucional passa a afirmar que a capacidade é a regra - e sempre foi - não podendo ser restringida pela deficiência. Nesse sentido, o art. 6º do EPD dispõe que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária”, elevando a convivência ao patamar de direito fundamental. Dentre os grupos mais vulneráveis, destaca-se o de crianças e adolescentes, como reafirma o art. 227 da Constituição da República, que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar. Essa ênfase decorre da compreensão de que o ambiente familiar saudável concentra os maiores estímulos para o desenvolvimento integral, como observa Rodrigues Júnior e Almeida (2023, p. 570): “a percepção e apreensão de referenciais hábeis a promover a individualidade dos menores ficam favorecidas num sadio ambiente afetivo.”

Para analisar a efetividade desse direito, dois institutos são centrais: o poder familiar e a guarda. O poder familiar é definido como “a autoridade jurídica dos pais sobre os filhos menores no propósito de preservação e promoção dos interesses destes” (Rodrigues Júnior; Almeida, 2023, p. 567), impondo obrigações exemplificadas no art. 1.634 do Código Civil. Em regra, quando os pais convivem em união estável ou casamento, a guarda se exerce de forma conjunta, no mesmo lar. Quando não há vínculo familiar entre eles, isso não afasta o exercício do poder familiar (Rodrigues Júnior; Almeida, 2023, p. 570).

A guarda, por sua vez, pode assumir a forma unilateral ou compartilhada. Na guarda

unilateral, apenas um dos genitores detém a companhia cotidiana do filho, cabendo ao outro o direito de convivência periódica, o que implica diminuição de influência direta na formação da criança (Rodrigues Júnior; Almeida, 2023, p. 591). Já a guarda compartilhada, prevista no art. 1.583, §1º do Código Civil, pressupõe responsabilização conjunta, com exercício de direitos e deveres relacionados ao poder familiar, mesmo sem coabitação. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069/1990) complementa a disciplina, assegurando que a guarda compreenda assistência material, moral e educacional. O art. 1.584, §2º do Código Civil estabelece a guarda compartilhada como regra, admitindo-se a guarda unilateral apenas em situações excepcionais, como a recusa expressa de um genitor ou risco de violência doméstica.

O propósito da guarda compartilhada, como destacam Rodrigues Júnior e Almeida (2023, p. 595), é assegurar presença efetiva dos pais na vida dos filhos, não apenas em momentos esporádicos, mas no cotidiano: “participar dos eventos escolares, auxiliar nas tarefas, acompanhar atividades extracurriculares e, sobretudo, constituir presença afetiva formadora da identidade da criança.”

Nesse contexto, a discussão sobre o exercício da guarda por pessoas com deficiência mental ou intelectual ganha relevância. Se a Constituição e o EPD afirmam a plena capacidade civil, deve-se considerar que, em determinadas situações, a deficiência pode afetar a manifestação de vontade discernida. Por isso, pensar a guarda exercida por genitores com deficiência pressupõe abertura para a utilização de instrumentos de apoio, que preservem a autonomia e, simultaneamente, assegurem o interesse superior da criança.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reforça esse entendimento ao reconhecer, em seu preâmbulo, a família como núcleo natural da sociedade, merecedora de proteção do Estado, e ao determinar que pessoas com deficiência e seus familiares recebam a assistência necessária para o exercício de suas funções parentais. No art. 23, item 2, a CDPD impõe aos Estados o dever de assegurar às pessoas com deficiência o direito de exercer responsabilidades parentais, inclusive no tocante à guarda, custódia, tutela e adoção, garantindo sempre a prevalência do interesse da criança. Embora o Brasil não tenha editado normas específicas de regulamentação nesse campo, a diretriz internacional é inequívoca. A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu art. 9º, item 3, converge nesse sentido, ao garantir o direito da criança de manter contato regular com ambos os pais, salvo se isso contrariar seu interesse superior.

A jurisprudência nacional ainda é tímida na aplicação prática dessas disposições quando

um ou ambos os genitores são pessoas com deficiência, como destacam Ventura e Fernandes (2020). A ausência de normatização específica resulta em decisões casuísticas, nas quais, muitas vezes, prevalece uma visão paternalista que presume incapacidade, em vez de avaliar concretamente a situação e os apoios necessários. Nesse sentido, Vitor Almeida (2020, p. 129) ressalta que a convivência familiar é direito fundamental da pessoa com deficiência, cuja violação se dá quando disputas familiares afastam injustificadamente o genitor vulnerável da vida dos filhos.

É nesse ponto que as contribuições da psicanálise podem fornecer elementos importantes. Conforme observa Amiralian (2003, p. 98), a psicanálise busca compreender o ser humano em sua totalidade — aspectos físicos, emocionais e afetivos — oferecendo subsídios para abordagens clínicas e educacionais aplicáveis às pessoas com deficiência. Mais recentemente, Dunker e Thebas (2019) destacaram a escuta como prática ética e política, capaz de suspender o exercício do poder e abrir espaço para que a subjetividade do outro seja reconhecida.

Verifica-se que segundo os autores “[...] a escuta se transmite por meio de prática, de encontros, de acontecimentos. Neles acontece a mágica por meio da qual a implicação com as palavras e com o outro nos transforma” (Dunker; Thebas, 2019, p. 34), “o pacto de acolhimento e hospedagem do outro é o começo da escuta” (Dunker; Thebas, 2019, p. 43) e no desenvolvimento do “lugar de escuta” tem-se como base a vulnerabilidade, que promove conexão, ponto de partida para as quatro modalidades de escuta desenvolvidas, a saber: hospitalidade, hospital, hospício, hospedeiro (2019, p. 72).

A hospitalidade compreende “acolher o que o outro diz na sua linguagem e no seu tempo próprio”; hospital significa “cuidar do que se disse, como se cuida da relação entre os que se encontram debilitados”; hospício se refere a “permitir ser quem se é, abrindo-se ao estrangeiro, em nós e no outro, com todas as incoerências e contradições”, e hospedeiro significa “carregar, compartilhar e transmitir a experiência vivida” (Dunker; Thebas, 2019, p. 72).

A mudança de paradigma que permeia o tratamento concedido as pessoas com deficiência passa não apenas pelas alterações legislativas, mas pela participação de toda a sociedade e a comunidade em que se insere a pessoa com deficiência (indica-se aqui os significados de “hospitalidade” e “hospital”) na busca por exercer, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, visando à sua inclusão social e cidadania (indica-se aqui os significados de “hospício” e “hospedeiro”).

Portanto, transpostas para o contexto jurídico, essas técnicas de escuta auxiliam na

efetivação do direito à guarda por genitores com deficiência mental ou intelectual. Reconhece-se que, em alguns casos, o exercício pleno pode ser inviabilizado pela ausência de discernimento; contudo, a deficiência por si só não pode ser considerada impeditiva. O art. 12.4 da CDPD determina que medidas de apoio sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, de modo a assegurar sua capacidade legal. Assim, recursos como comunicação não verbal, gestos, acompanhamento multiprofissional e planos personalizados de cuidado podem ser mobilizados para interpretar vontades e preferências, garantindo o respeito à dignidade.

Trata-se de um movimento que exige não apenas normas jurídicas, mas mudança de paradigma cultural: afastar o discurso de privação de direitos fundado no paternalismo e reconhecer que autonomia, dependência e vulnerabilidade não são excludentes, mas dimensões coexistentes da experiência humana (Almeida Júnior, 2024, p. 69-70). A efetividade do direito à guarda, portanto, depende de práticas que preservem ao máximo a autodeterminação, promovam inclusão social e reconheçam a singularidade de cada sujeito.

Assim, para efetivar o exercício do direito à guarda por uma pessoa com deficiência mental ou intelectual que não pode exprimir sua vontade de maneira discernida, é importante considerar algumas abordagens baseadas nas contribuições da psicanálise e a perspectiva de apoio, como, por exemplo, a utilização de técnicas de escuta atenta que valorizem a comunicação não verbal e as emoções da pessoa com deficiência mental ou intelectual. A psicanálise enfatiza a importância de compreender o inconsciente e as mensagens que podem ser transmitidas de forma sutil.

Outras alternativas são a realização de avaliações psicológicas com profissionais especializados que possam identificar as capacidades da pessoa com deficiência mental ou intelectual e formar um entendimento mais claro de suas necessidades e desejos, mesmo que não sejam verbalizados de forma convencional e a implementação de mecanismos de apoio decisório que envolvam familiares, amigos ou outros representantes legais que conheçam profundamente a pessoa com deficiência mental ou intelectual e possam agir em seu melhor interesse, respeitando sua dignidade e direitos.

O desenvolvimento de planos de cuidados personalizados que considerem o bem-estar físico, emocional e social da pessoa com deficiência mental ou intelectual, garantindo que suas preferências e necessidades sejam levadas em conta, mesmo sem uma manifestação clara, com a intervenção de uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, como terapeutas e psicanalistas que possam ajudar a interpretar os sinais emocionais e fornecer uma compreensão mais profunda

da subjetividade da pessoa no exercício do direito à guarda. E, por fim, importante que haja a educação e formação de cuidadores na capacitação daqueles que estão diretamente envolvidos nos cuidados da pessoa com deficiência, enfatizando a importância da escuta e da sensibilidade às necessidades não articuladas.

Em síntese, a centralidade da pessoa humana no direito de família contemporâneo impõe que a deficiência não seja confundida com incapacidade. O desafio jurídico é articular os instrumentos de apoio - entre eles, as técnicas de escuta psicanalítica - de modo a possibilitar que genitores com deficiência mental ou intelectual exerçam plenamente o direito à guarda. A preferência legislativa pela guarda compartilhada encontra, nesse contexto, seu fundamento ético-político: garantir que a parentalidade seja vivida em sua dimensão dialógica, preservando os desejos e preferências da pessoa com deficiência, sem afastar a prioridade absoluta do interesse da criança.

CONCLUSÃO

Em resposta ao problema de pesquisa, conclui-se que o paradigma inaugurado pela CDPD e consolidado pelo EPD desloca o foco da antiga presunção de incapacidade para o critério normativo da (im)possibilidade concreta de exprimir vontade. A deficiência mental ou intelectual, por si, não afasta a capacidade para o exercício de direitos existenciais, entre eles a família, a convivência e a guarda (art. 6º, EPD). A curatela permanece como medida excepcional, proporcional e prioritariamente patrimonial, devendo ser motivada e de menor duração possível. Nesse horizonte, o melhor interesse da criança atua como parâmetro de compatibilização entre autonomia da pessoa com deficiência e proteção integral da infância.

Para viabilizar o exercício do direito à guarda por pessoas com deficiência mental ou intelectual — inclusive quando houver limitação na manifestação de vontade discernida — a solução jurídica adequada combina apoios proporcionais (art. 12.4, CDPD) com técnicas de escuta psicanalítica. As modalidades de escuta propostas por Dunker e Thebas (hospitalidade, cuidado, acolhimento das contradições e compartilhamento da experiência) funcionam como método para captar preferências e desejos mesmo quando expressos de forma não convencional, reduzindo o risco de paternalismo. Operacionalmente, isso exige comunicação acessível, mediações familiares, plano de parentalidade inclusivo e avaliação biopsicossocial interdisciplinar que traduza sinais verbais e não verbais em elementos jurídicos relevantes.

Propõe-se, assim, um roteiro procedimental: (i) triagem técnica inicial e protocolo de escuta com registro das manifestações de vontade; (ii) plano de cuidados e de parentalidade com definição de apoios, responsabilidades e rotinas (preferencialmente em guarda compartilhada); (iii) decisão judicial motivada, com cláusulas de proporcionalidade, reversibilidade e revisões periódicas; (iv) monitoramento por equipe interprofissional, preservando a convivência e evitando tanto a interdição desnecessária quanto a desproteção fática. Essa via concretiza a capacidade legal em chave dialógica, alinha-se ao interesse da criança e dá efetividade à igualdade de oportunidades assegurada pela CDPD e pelo EPD.

Reconhecem-se, por fim, limites: nos casos de ausência persistente de discernimento associada a risco não mitigável por apoios, a restrição do exercício da guarda pode ser necessária, sem supressão do direito à convivência e com medidas substitutivas proporcionais. Abre-se, daí, uma agenda de implementação: elaboração de diretrizes nacionais de escuta em processos de família; capacitação de magistrados e equipes técnicas; produção de provas padronizadas sobre preferências e interesses; bancos de boas práticas e estímulo a decisões fundamentadas em avaliação biopsicossocial. Com isso, o sistema jurídico dá a resposta devida ao problema pesquisado: a escuta psicanalítica, integrada a apoios e salvaguardas normativas, é instrumento idôneo para efetivar o direito à guarda pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, sem abdicar da prioridade absoluta do interesse da criança.

AGRADECIMENTOS

A segunda autora é doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.

REFERÊNCIAS

Almeida, R. B. de, & Rodrigues Júnior, W. E. (2023). *Direito civil: Famílias* (3ª ed.). Editora Expert.

Almeida, V. (2019). *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Fórum.

Almeida Junior, V. de A. (2024). Cuidado e apoio à pessoa com deficiência: Perspectivas a partir das dimensões da vulnerabilidade. In A. P. Barbosa-Fohrmann (Org.), *Cuidado e vulnerabilidade de pessoas com deficiência e pessoas idosas: Entre teoria, prática e experiências* (pp. 65–81). Editora CRV.

Almeida, V. (2020). Reflexões sobre alienação familiar da pessoa com deficiência. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, (41), 128–144.

Amiralian, M. L. de T. M. (2003). Deficiências: Um novo olhar. Contribuições a partir da psicanálise winnicottiana. *Estilos da Clínica*, 8(15), 94–111.

Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. (2010). *Censo demográfico 2010*. Recuperado em 28 janeiro 2025, de <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao.html>

Brasil. (2015, 6 julho). *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Recuperado em 8 janeiro 2025, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

Brasil. (1988, 5 outubro). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Recuperado em 8 janeiro 2025, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Brasil. (2008, 10 julho). *Decreto Legislativo nº 186, de 2008*. Recuperado em 8 janeiro 2025, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm

Brasil. (1999, 20 dezembro). *Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Recuperado em 8 janeiro 2025, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm

Brasil. (2009, 25 agosto). *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Recuperado em 8 janeiro 2025, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

Brasil. (2002, 10 janeiro). *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)*. Recuperado em 10 janeiro 2025, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm

Brasil. (1990, 13 julho). *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)*. Recuperado em 8 janeiro 2025, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Brasil. (1990, 21 novembro). *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 (Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança)*. Recuperado em 9 janeiro 2025, de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm

Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. (s.d.). *PNAD Contínua – Pessoas com deficiência 2022* [PDF]. Recuperado em 20 janeiro 2025, de https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/0a9afaed04d79830f73a16136dba23b9.pdf

Carminate, R. F. (2019). *Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família*. Editora D'Plácido.

Dunker, C., & Thebas, C. (2019). *O palhaço e o psicanalista: Como escutar os outros pode transformar vidas*. Planeta do Brasil.

Farias, C. C. de, Cunha, R. S., & Pinto, R. B. (2016). *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. JusPodivm.

Lima, T. M. M. de. (2019). O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a negociação individual nas relações de trabalho. In S. C. A. Soares, V. S. de M. Eça, & I. M. M. Soares (Orgs.), *Direitos das pessoas com deficiência e afirmação jurídica* (pp. 215–228). Editora CRV.

Menezes, J. B. de. (2016). O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In J. B. de Menezes (Org.), *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão* (pp. 509–543).

Minas Gerais. Tribunal de Justiça do Estado. (2017, 14 fevereiro). *Apelação Cível nº 1.0245.13.011494-6/001* (Rel. Des. Alice Birchall, 7ª Câmara Cível). <http://www.tjmg.jus.br>

Miranda, F. C. P. de. (2000). *Tratado de direito privado: Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*. Bookseller.

Oliveira, P. J. S. (2021). *A curatela e a tomada de decisão apoiada: A proteção e a promoção da autonomia da pessoa com deficiência*. Editora Dialética.

Poli, L. M., & Corcione, G. M. (2020). O problema do afeto no direito de família: O afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. *Revista DUC In Altum Cadernos de Direito*, 12(26), 275–334.

Piovesan, F. (2012). Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In C. V. Ferraz et al. (Orgs.), *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. Saraiva.

Sêco, T. F. T. (2016). Direito de adotar e de exercer a guarda, a tutela e a curatela. In J. B. de Menezes (Org.), *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão* (pp. 415–442). Processo.

Teixeira, A. C. B. (2010). *Saúde, corpo e autonomia privada*. Renovar.

Ventura, S. K. da S., & Fernandes, D. M. P. (2020). A análise do exercício de guarda por pessoas com deficiências mentais e intelectuais após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Recuperado em 20 janeiro 2025, de <https://www.pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/2154/1832>