

APRESENTAÇÃO
Marcos Ehrhardt Jr.

PARTE I
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL E SEUS IMPACTOS NO
DIREITO MATERIAL

DESCONSIDERAÇÃO DA
PESSOA ALIADA JURÍDICA
NO NOVO CPC
BENLAUTE OLIVEIRA SILVA

O IMPACTO DO NOVO CPC NO
DIREITO CONTRATUAL
A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES E A APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
CARLOS NELSON KONDER

OS PATRIMÔNIOS DE AFETAÇÃO NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
LUCIANA PEDROSO XAVIER,
VIVIANE LEMES DA ROSA

MEDIADAÇÃO, AUTÔNOMIA E
AUDIÊNCIA INICIAL NAS AÇÕES
DE FAMÍLIA REGIDAS PELO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
FERNANDA TARTUCE

UM BREVE ENSAIO ACERCA DOS
DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS E
DO EQUIVO OCO QUE INFORMA
UMA DAS OPÇÕES DOGMÁTICAS
IDENTIFICADAS NA CODIFICAÇÃO
PROCESSUAL CIVIL TUPINIKIM
RECEM-APROVADA
MARCOS CATALAN

A COLAÇÃO NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015
DANIEL BUCAR,
DANIELE TEIXEIRA

A JUSTIÇA DESPORTIVA COMO
MARCO HISTÓRICO INAUGURAL
DO CRESCENTE FENÔMENO DE
EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO
JOSE EDUARDO COELHO BRANCO
JUNQUEIRA FERRAZ

O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA E O NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS
CONTROVERTIDOS E QUESTÕES DE
DIREITO IN TERTIOPORAL
ANTONIO DOS REIS JUNIOR

PARTE II
ESTATUTO DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS
NO DIREITO MATERIAL

DESENDANDO O CONTEÚDO
DA CAPACIDADE CIVIL A PARTIR
DO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA
JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES,
ANA CAROLINA BROCHADO
TEIXEIRA

A INCAPACIDADE DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU
INTELIGENCIAL: O REGIME DAS
INVALIDADES: PRIMEIRAS REFLEXÕES
HELOISA HELENA BARBOZA,
VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA
JUNIOR

A TEORIA DAS INVALIDADES E
O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA – EPD
CLÁUDIA STEIN VIEIRA,
FERNANDO MOREIRA FREITAS DA
SILVA

O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA E O REGIME DAS
INCAPACIDADES: BREVE ENSAIO
SOBRE ALGUMAS POSSIBILIDADES
ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

APONTAMENTOS SOBRE AS
PRINCIPAIS MUDANÇAS OPERADAS
PELO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA (LEI N.º 13.146/2015):
REGIME DAS INCAPACIDADES
BRUNA LIMA DE MENDONÇA

INFLUXOS DE UMA PERSPECTIVA
FUNCIONAL SOBRE A INVALIDADE
DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PRATICADOS POR PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU
PSÍQUICA

RODRIGO DA GUTA SHIVA,
EDUARDO NUNES DE SOUZA

A TUTELA PSICOFÍSICA DA PESSOA
IDOSA COM DEFICIÊNCIA EM BUSCA
DE INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO
DE SUA AUTONÔMIA EXISTENCIAL:
DEBORAH PEREIRA PINTOS
DOS SANTOS,

VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA

JUNIOR

OS REFLEXOS DO ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO
DIREITO DE FAMÍLIA
FABÍOLA ALBUQUERQUE LOBO,
LUCIANA BRASILEIRO,
MARIA RITA DE HOLANDA
SILVA OLIVEIRA,
CAMILA BUARQUE CABRAL

A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL SOBRE A OITRA
PRESCRITIBILIDADE CONTRA
PORTADORES DE DEFICIÊNCIAS
MENTAIS APÓS O ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA
JOSE BARROS CORREIA JUNIOR,
PAULA TALCÃO ALBUQUERQUE

O ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA E A
HIPERVULNERABILIDADE DO
CONSUMIDOR: DIÁLOGOS E DESAFIOS
ANDRESSA JARIFFTTI GONÇALVES
DE OLIVEIRA,
NICOLAS FAßBINDER

PROJETO DE LEI DO SENADO
FEDERAL N.º 775/2013 ALTERA
O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA, O CÓDIGO CIVIL E O
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
FLAVIO TARTUCE



MARCOS EHRHARDT JR.

COORDENADOR

IMPACTOS DO NOVO CPC E DO EPD
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

MARCOS EHRHARDT JR.

DIREITO CIVIL

HELOISA HELENA BARBOZA



ISBN 978-450-01744



9 788545 001744

CÓDIGO: 10001040



Acesse nossa livraria virtual
www.editoraforum.com.br/loja

MARCOS EHRHARDT JR.

Coordenador

Prefácio

Heloisa Helena Barboza

IMPACTOS DO
NOVO CPC E DO EPD
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Belo Horizonte



2016

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

| | |
|----------------------------------|---------------------------------------|
| Adilson Abreu Dallari | Fábio Henrique Unea Pereira |
| Alecia Paducci Nogueira Bisolho | Floriano de Azevedo Manques Neto |
| Alexandre Coutinho Pagliarini | Gustavo Justino de Oliveira |
| André Ramos Tavares | Inês Virginia Prado Soares |
| Carlos Ayres Britto | Jorge Ulisses Jacoby Fernandes |
| Carlos Mário da Silva Velloso | Juarez Freitas |
| Cármen Lucia Antunes Rocha | Luciano Ferraz |
| Cesar Augusto Guimarães Pereira | Lúcio Góis |
| Clóvis Bezerra | Marcia Carla Pereira Ribeiro |
| Christiana Fortini | Márcio Cammarano |
| Dinora Adelaide Muzetti Grotti | Marcos Ehrhardt Jr. |
| Diogo de Figueiredo Moreira Neto | Maria Sylvia Zanelli Di Pietro |
| Egon Bockmann Moreira | Ney José de Freitas |
| Emerson Gabardo | Oswaldo Olhon de Pontes Saraiva Filho |
| Fábio Motta | Paulo Modesto |
| Fernando Rossi | Romeu Felipe Bacellar Filho |
| | Sérgio Guerra |



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araujo

Af. Afonso Pena, 2770 - 1º andar - Savassi - CEP 30130-012
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br - editoraforum@editoraforum.com.br

I31 Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro /
Marcos Ehrhardt Jr. (Coord.) - Belo Horizonte: Fórum, 2016.
451 p.
ISBN: 978-85-450-0174-4

1. Direito Civil. 2. Direito Processual Civil. 3. Direito do
Consumidor. 4. Estatuto das Pessoas com Deficiência. 5. Código
de Processo Civil. I. Ehrhardt Jr., Marcos. II. Título.

CDD 347
CDU 347.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023/2002 da
Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 451 p. ISBN 978-85-450-0174-4.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Heloisa Helena Barboza.....13

APRESENTAÇÃO

Marcos Ehrhardt Jr.....17

PARTE I

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO MATERIAL

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CPC

BECLAUTE OLIVEIRA SILVA.....21

| | |
|-----|--|
| 1 | Introdução.....21 |
| 2 | Notas sobre a diferença entre dívida e responsabilidade e o vínculo com a desconsideração da personalidade jurídica22 |
| 3 | Formulação do pedido desconsideração da personalidade jurídica no processo23 |
| 3.1 | Pedido de desconsideração na petição inicial24 |
| 3.2 | Incidente processual autônomo de desconsideração25 |
| 4 | Resposta na desconsideração da personalidade jurídica.....26 |
| 5 | Cargas de eficácia da decisão que desconsidera a personalidade jurídica.....26 |
| 6 | Consequências da desconsideração da personalidade jurídica.....29 |
| 6.1 | Responsabilização do patrimônio de terceiro29 |
| 6.2 | Desconsideração e a fraude à execução.....30 |
| 7 | Recurso.....31 |
| 7.1 | Recurso em pedido de desconsideração em incidente autônomo na primeira instância.....32 |
| 7.2 | Recurso em pedido de desconsideração em incidente autônomo na segunda instância32 |
| 7.3 | Recurso em decisão proferida em pedido de desconsideração veiculado na petição inicial.....32 |
| 8 | Coisa julgada e a decisão que desconsidera a personalidade jurídica.....33 |

| | | |
|---|--|----|
| 9 | Conclusão..... | 34 |
| | Referências..... | 34 |
| O IMPACTO DO NOVO CPC NO DIREITO CONTRATUAL: A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ | | |
| CARLOS NELSON KONDER..... | 37 | |
| 1 | Introdução..... | 37 |
| 2 | O novo CPC e a exigência de fundamentação das decisões..... | 38 |
| 3 | A contribuição da teoria da argumentação para a fundamentação das decisões..... | 41 |
| 4 | A peculiaridade dos princípios e sua importância no direito contratual contemporâneo | 43 |
| 5 | As decisões que aplicam o princípio da boa-fé como exemplos do desafio a ser enfrentado..... | 47 |
| 6 | Conclusão..... | 51 |
| | Referências..... | 52 |
| OS PATRIMÔNIOS DE AFETAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 | | |
| LUCIANA PEDROSO XAVIER, VIVIANE LEMES DA ROSA | 55 | |
| 1 | Introdução..... | 55 |
| 2 | O patrimônio de afetação no Código de Processo Civil de 2015..... | 57 |
| 2.1 | A constituição de capital para garantia de prestação alimentícia decorrente de ato ilícito | 58 |
| 2.2 | A impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária | 66 |
| 3 | Considerações finais: críticas à regulamentação do patrimônio de afetação pelo Código de Processo Civil | 72 |
| | Referências..... | 74 |
| MEDIAÇÃO, AUTONOMIA E AUDIÊNCIA INICIAL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA REGIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | | |
| FERNANDA TARTUCE | 77 | |
| 1 | Relevância do tema..... | 77 |
| 2 | Mediação, autonomia e voluntariedade..... | 78 |
| 3 | É tempo de acordar?..... | 81 |
| 4 | Mediação judicial: opções relevantes | 84 |
| 5 | Designação de sessão consensual inicial em demandas familiares regidas pelo novo CPC | 88 |
| | Referências..... | 90 |

| | | |
|--|--|-----|
| UM BREVE ENSAIO ACERCA DOS DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS E DO EQUÍVOCO QUE INFORMA UMA DAS OPÇÕES DOGMÁTICAS IDENTIFICADAS NA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL TUPINIKIM RECÉM-APROVADA | | |
| MARCOS CATALAN..... | 93 | |
| 1 | Colunas e arietes: construção e desconstrução..... | 93 |
| 2 | Decodificando o mosaico formado da fusão de fragmentos jurídicos: Afrodite ou Hefesto?..... | 99 |
| | Referências | 104 |
| A COLAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 | | |
| DANIEL BUCAR, DANIELE TEIXEIRA | 107 | |
| 1 | Introdução..... | 107 |
| 2 | A legitimidade..... | 108 |
| 3 | A colação e inovação do Código de Processo Civil de 2015..... | 112 |
| 4 | Conclusão..... | 119 |
| A JUSTIÇA DESPORTIVA COMO MARCO HISTÓRICO INAUGURAL DO CRESCENTE FENÔMENO DE EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO | | |
| JOSÉ EDUARDO COELHO BRANCO JUNQUEIRA FERRAZ | 121 | |
| 1 | Introdução..... | 121 |
| 2 | Da crescente tendência de extrajudicialização do direito civil | 123 |
| 3 | A justiça desportiva enquanto instrumento de resolução extrajudicial de conflitos de interesse | 126 |
| 4 | Conclusão..... | 132 |
| | Referências | 133 |
| O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS E QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL | | |
| ANTONIO DOS REIS JÚNIOR | 135 | |
| 1 | Introdução: a revolução do modelo de proteção da pessoa com deficiência mental | 135 |
| 2 | A revalorização do estado da pessoa com deficiência mental: além da capacidade civil | 138 |
| 3 | A pessoa com deficiência mental tem direito adquirido à incapacidade? | 144 |
| 3.1 | O princípio da não retroatividade da lei | 146 |
| 3.2 | A retroatividade da lei ao estado da pessoa | 148 |
| 3.3 | A retroatividade da lei às situações jurídicas existenciais | 151 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.4 | A irretroatividade e a retrospectividade da Lei nº 13.146/15 em face das situações jurídicas subjetivas patrimoniais | 158 |
| 3.4.1 | A proteção ao ato jurídico perfeito..... | 158 |
| 3.4.2 | A proteção ao direito adquirido | 160 |
| 3.4.3 | A proteção à coisa julgada..... | 163 |
| 3.4.3.1 | A decisão de interdição..... | 164 |
| 3.4.3.2 | As decisões, transitadas em julgado, sobre atos e negócios das pessoas com deficiência mental | 168 |
| 4 | Prospectiva em torno da invalidade dos atos e negócios firmados por pessoas com deficiência mental..... | 170 |
| | Referências | 172 |

PARTE II

ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS NO DIREITO MATERIAL

| | | |
|---|--|-----|
| DESVENTANDO O CONTEÚDO DA CAPACIDADE CIVIL A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA | | |
| JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA | | |
| 1 | Introdução..... | 177 |
| 2 | Revisitando conceitos clássicos: personalidade, capacidade de direito e capacidade de exercício..... | 178 |
| 2.1 | Incapacidade absoluta e incapacidade relativa até o advento do EPD..... | 181 |
| 2.2 | Função do regime das incapacidades..... | 183 |
| 3 | A ideia contemporânea de capacidade a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência | 188 |
| 4 | Reflexões finais..... | 200 |
| | Referências | 201 |

| | | |
|--|--|-----|
| A (IN)CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU INTELECTUAL E O REGIME DAS INVALIDADES: PRIMEIRAS REFLEXÕES | | |
| HELOISA HELENA BARBOZA, VÍTOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR | | |
| 1 | Considerações iniciais..... | 205 |
| 2 | Diretrizes constitucionais | 207 |
| 3 | A capacidade civil das pessoas com deficiência mental e intelectual..... | 211 |

| | | |
|---|--|-----|
| 4 | O regime das invalidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência | 220 |
| 5 | Considerações finais..... | 225 |
| | Referências | 226 |

A TEORIA DAS INVALIDADES E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – EPD

CLÁUDIA STEIN VIEIRA, FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA

| | | |
|---|--|-----|
| 1 | As alterações na teoria das invalidades. A chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência | 229 |
| 2 | Os atos/negócios jurídicos celebrados pela pessoa com deficiência mental/intelectual. A repercussão da incapacidade relativa | 232 |
| 3 | O casamento | 235 |
| 4 | A imperiosidade da manifestação de vontade livre para a celebração de atos/negócios jurídicos | 235 |
| 5 | Conclusão..... | 236 |
| | Referências | 239 |

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O REGIME DAS INCAPACIDADES: BREVE ENSAIO SOBRE ALGUMAS POSSIBILIDADES

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

| | | |
|---|--|-----|
| 1 | Considerações iniciais | 241 |
| 2 | O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as discussões sobre a capacidade civil | 244 |
| 3 | Algumas propostas para reflexão sobre a capacidade da pessoa com deficiência: o necessário olhar sobre um novo sistema | 245 |
| 4 | Considerações finais..... | 254 |
| | Referências | 255 |

APONTAMENTOS SOBRE AS PRINCIPAIS MUDANÇAS OPERADAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015) NO REGIME DAS INCAPACIDADES

BRUNA LIMA DE MENDONÇA

| | | |
|-----|--|-----|
| 1 | Introdução..... | 257 |
| 2 | Personalidade, capacidade de fato e capacidade de direito | 258 |
| 3 | As mudanças operadas na legislação brasileira pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) | 263 |
| 3.1 | A revisão do regime das incapacidades | 266 |

| | | |
|-----|----------------------------------|-----|
| 3.2 | A nova curatela | 269 |
| 3.3 | A tomada de decisão apoiada..... | 273 |
| 5 | Conclusão..... | 275 |
| | Referências | 276 |

INFLUXOS DE UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL SOBRE A (IN)VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU PSÍQUICA

RODRIGO DA GUIA SILVA, EDUARDO NUNES DE SOUZA 279

| | | |
|---|---|-----|
| 1 | Da invalidade como instância de controle valorativo da eficácia negocial | 279 |
| 2 | A incapacidade do agente como simples ponto de partida no estudo da validade dos negócios jurídicos | 288 |
| 3 | Considerações em torno da efetiva proteção da pessoa com deficiência: entre autonomia, discernimento e vulnerabilidade..... | 299 |
| 4 | Síntese conclusiva | 308 |

A TUTELA PSICOFÍSICA DA PESSOA IDOSA COM DEFICIÊNCIA: EM BUSCA DE INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DE SUA AUTONOMIA EXISTENCIAL

**DEBORAH PEREIRA PINTOS DOS SANTOS,
VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR** 311

| | | |
|-----|---|-----|
| 1 | Notas introdutórias: o envelhecimento do corpo e a vulnerabilidade social. A tutela da pessoa idosa com deficiência..... | 311 |
| 2 | Personalidade, capacidade e liberdade: entre conceitos, sentidos e função | 314 |
| 2.1 | A capacidade de direito e de exercício. O regime das incapacidades: absoluta e relativa. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade das pessoas com deficiência mental e intelectual | 317 |
| 3 | Capacidade e autonomia privada: liberdade e discernimento | 322 |
| 4 | A vulnerabilidade da pessoa idosa e seu melhor interesse | 327 |
| 5 | O direito à autodeterminação do idoso em situações existenciais | 332 |
| 6 | A tutela existencial da pessoa idosa com deficiência e os instrumentos de promoção de sua autonomia | 339 |
| 7 | Notas conclusivas: soberania da pessoa sobre o próprio corpo e o protagonismo sobre a trajetória da vida | 345 |
| | Referências | 347 |

OS REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

**FABIOLA ALBUQUERQUE LOBO, LUCIANA BRASILEIRO,
MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA,
CAMILA BUARQUE CABRAL** 351

| | | |
|-----|---|-----|
| 1 | A deficiência e sua nova concepção legal..... | 351 |
| 2 | O instituto da interdição diante do novo cenário da curatela e da tomada de decisão apoiada | 353 |
| 3 | Os impactos do Estatuto nos direitos existenciais: conjugalidade e parentalidade..... | 359 |
| 3.1 | A conjugalidade da pessoa com deficiência: casamento e união estável | 360 |
| 3.2 | Parentalidade: a adoção e o exercício do poder familiar | 364 |
| 4 | Conclusões | 370 |
| | Referências | 371 |

A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL SOBRE A (IM)PRESCRIBILIDADE CONTRA PORTADORES DE DEFICIÊNCIAS MENTAIS APÓS O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

**JOSÉ BARROS CORREIA JUNIOR,
PAULA FALCÃO ALBUQUERQUE** 373

| | | |
|---|--|-----|
| 1 | Introdução..... | 373 |
| 2 | O Estado Democrático de Direito e a capacidade civil dos portadores de deficiência mental | 376 |
| 3 | O instituto prescrição para os portadores de deficiência mental no Código Civil | 382 |
| 4 | A Constituição como filtro axiológico e metodológico na aplicação da prescrição para os portadores de deficiência mental | 387 |
| 5 | Conclusão..... | 393 |
| | Referências | 394 |

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR: DIALOGOS E DESAFIOS

**ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE OLIVEIRA,
NICOLAS FASSBINDER** 397

| | | |
|---|---|-----|
| 1 | Introdução..... | 397 |
| 2 | A virada de Copérnico do direito no século XX: da codificação clásica à proteção dos vulneráveis..... | 398 |
| 3 | O Estatuto da Pessoa Com Deficiência e o novo Código de Processo Civil: ressignificações no direito privado brasileiro..... | 401 |

| | | |
|---|---|-----|
| 4 | A atuação jurisprudencial no reconhecimento da hipervulnerabilidade dos deficientes | 409 |
| 5 | Notas conclusivas | 412 |
| | Referências | 413 |

**PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 757/2015
ALTERA O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA,
O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

| | |
|--|-----|
| FLÁVIO TARTUCE | 415 |
| 1 A alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil. Retorno parcial à antiga teoria das incapacidades | 416 |
| 2 Da modificação do art. 1.548 do Código Civil. Do casamento celebrado pelo incapaz | 421 |
| 3 Das alterações dos arts. 1.767 e 1.777 do Código Civil | 423 |
| 4 Propostas quanto à tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A do Código Civil) | 424 |
| 5 Da repristinação dos arts. 1.768, 1.770, 1.771 e 1.773 do Código Civil de 2002 | 427 |
| 6 Análise pontual da proposta de alteração do art. 1.772 do Código Civil, conforme o projeto do relator | 429 |
| 7 Da inclusão do art. 1.780-A no Código Civil. Da curatela do enfermo ou portador de deficiência física | 432 |
| 8 Das alterações dos arts. 747, 748 e 755 do novo Código de Processo Civil | 434 |
| 9 Da inclusão do art. 763-A no novo CPC. Aplicação residual das regras da curatela para a tomada de decisão apoiada e possibilidade de conversão em curatela | 438 |
| 10 Da inclusão do art. 1.768-B no Código Civil | 440 |
| 11 Da reabilitação do interditado. Proposta de art. 1.775-B do Código Civil. Sugestão de regra de direito intertemporal para as pessoas que se encontram interditadas na entrada em vigor do EPD | 441 |
| 12 Da alteração do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência | 443 |

| | |
|------------------------|-----|
| SOBRE OS AUTORES | 447 |
|------------------------|-----|

PREFÁCIO

Em junho de 2016, realizou-se o XIV Encontro dos Grupos de Pesquisa em Direito Civil, que, pela denominação, parecia indicar mais uma atividade realizada para cumprir requisitos acadêmicos. Todos os que atenderam à convocação para “uma jornada de reflexões acadêmicas” constataram que ali se desenvolveu mais uma etapa de um projeto que, em seu início há mais de dez anos, foi provavelmente considerado por muitos ousado, se não utópico.

Professores e pós-graduandos da Universidade Federal do Paraná – UFPR e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ reuniram-se, em 2001, para “refletir sobre o estado da pesquisa jurídica no Brasil e sobre a renovação de categorias jurídicas ainda vinculadas a um modo de pensar que não mais se concilia com a ordem constitucional em vigor”. Houve continuidade dos encontros, e as propostas então formuladas se mantiveram e fortaleceram. O grupo inicial ganhou aliados de peso, como os pesquisadores, professores e alunos dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e, mais recentemente, Universidade de São Paulo – USP.

O brevíssimo recorte histórico serve apenas como pano de fundo para destaque de algumas “ousadias” iniciais. Em pleno momento em que se aguardava a vigência do Código Civil de 2002, formulou-se um “convite ao diálogo” sobre direito civil, “propositadamente” não considerado “novo”, na medida em que se entendeu nada haver efetivamente de “novo” em um Código que “não representa qualquer inflexão na marcha evolutiva de nosso direito civil, mas tão somente a consolidação de alguns avanços jurisprudenciais” e doutrinários.

(Re)Afirmou-se ali o talvez preterido “papel a ser desempenhado pela Universidade”, no atendimento de demandas sociais cada vez mais complexas, através da reconstrução da dogmática especialmente do direito privado. Buscava-se construir uma nova racionalidade para o direito civil à luz da axiologia constitucional. A descoberta de novos caminhos, contudo, não implicava o abandono de “técnicas de construção” do passado que se mostrasse apropriadas à construção de um novo direito que se iniciara. Como se observou, então, as pontes

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Influxos de uma perspectiva funcional sobre a (in)validade dos negócios jurídicos praticados por pessoas com deficiência intelectual ou psíquica. In: EHRRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 279-310. ISBN 978-85-450-0174-4.

A TUTELA PSICOFÍSICA DA PESSOA IDOSA COM DEFICIÊNCIA: EM BUSCA DE INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DE SUA AUTONOMIA EXISTENCIAL

DEBORAH PEREIRA PINTOS DOS SANTOS

VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR

*A tragédia da velhice não é ser-se velho,
mas ser-se novo.*

(Oscar Wilde)

1 Notas introdutórias: o envelhecimento do corpo e a vulnerabilidade social. A tutela da pessoa idosa com deficiência

A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo são signos da humanidade, do destino comum que iguala as pessoas.¹ As marcas do tempo são visíveis, e o corpo muda com o passar dos anos, mas o processo de envelhecimento deve ser visto como uma fase da vida na qual

¹ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 176.

a dignidade da pessoa humana merece especial proteção, em razão de sua maior vulnerabilidade.

A antropóloga Guita Grin Debert, em estudo de campo com um grupo de mulheres de vida ativa com mais setenta anos, observou que "elas não se consideravam velhas, sendo que a velhice era vista como um problema de outros que se comportavam como velhos, mesmo que com menos idade". Isso porque "a velhice não estava referida à idade, mas à perda de autonomia".² De igual modo, frase emblemática é atribuída a E. J. Stieglitz, para quem "a suprema tragédia da velhice é a convicção da inutilidade".³

O processo natural de envelhecimento do corpo não pode ser visto como sinônimo de perda de autonomia da pessoa. A idade não é um aspecto *per se* incidente sobre o *status personae*, sobre a capacidade jurídica como aptidão abstrata à titularidade de situações subjetivas. Além disso, o simples passar dos anos não é causa incapacitante, devendo ser verificada a real possibilidade de a pessoa fazer escolhas e tomar comportamentos correlatos às situações subjetivas interessadas.⁴

De fato, não é de todo recente a preocupação com o envelhecimento populacional e a posição do idoso na sociedade. Em âmbito internacional, em 1982, foi elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU) o Plano de Ação para o Envelhecimento, que ensejou a posterior adoção de uma Carta de Princípios da ONU para as Pessoas Idosas, em 1991, e a consagração do Ano Internacional do Idoso em 1999.⁵ Mais recentemente, foi aprovada, em 15 de junho de 2015, a Convenção Interamericana sobre a proteção dos direitos humanos das pessoas idosas pelos Estados membros da Organização dos

² DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice*. São Paulo: EdUSP, 1999, p. 26.

³ STIEGLITZ, E. J. A suprema tragédia da velhice é a convicção da inutilidade. *Selecta. Revista Médica*, Rio de Janeiro, 1978, apud BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. Aspectos jurídicos do envelhecimento. *Revista de Jurisprudência: Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro*, 3. série, n. 6, 1986.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 785.

⁵ Cf. LOPEZ, Elisabete Mariucci; GARCIA, José Alton. A inclusão jurídica e social do idoso. *Revista Forense*, n. 415 v. 108, 2012, p. 98-99. "Com base no tema 'Uma sociedade para todas as idades', os países foram chamados a refletir, discutir e tomar ações para que pessoas idosas e também de todas as idades vivam de maneira digna, com respeito a seus direitos e sempre observando as peculiaridades de cada faixa etária. Independência, participação, cuidado, possibilidade de autossatisfação e possibilitar que sejam agregados novos papéis e significados para a vida na idade avançada são, resumidamente, segundo a ONU, palavras-chave que deverão estar presentes dentro de qualquer política destinada aos idosos, em qualquer parte do mundo".

Estados Americanos (OEA), sendo que o Brasil – conjuntamente com a Argentina, Chile, Costa Rica e Uruguai – foi o primeiro país signatário do documento, que se destaca por ser o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante voltado à proteção e à promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas idosas, em igualdade de condições.

No Brasil, a questão ganhou relevo com Constituição de 1988. Com o aumento da expectativa de vida da população brasileira nas últimas décadas,⁶ a situação do idoso chamou a atenção do Constituinte e, com isso, a Carta Republicana introduziu direitos específicos para essa parcela da população, definindo responsabilidades, entre as gerações, para a família, o Estado e a própria sociedade.⁷ No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.842/1994 estabeleceu a Política Nacional do Idoso, que foi efetivada, na área de saúde, pela Política Nacional de Saúde do Idoso.⁸ Posteriormente, em 2003, foi sancionado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que, além de descrever e enumerar os direitos da pessoa idosa, estabeleceu prioridades nas políticas públicas e indicou mecanismos pelos quais essa parcela da população poderá buscar o exercício da sua própria cidadania.⁹

⁶ Segundo Pesquisa do IBGE, publicada na Folha de São Paulo, até o ano de 2060, os idosos serão ¼ da população brasileira. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1333690-idosos-serao-14-da-populacao-no-ano-de-2060-aponta-o-ibge.shtml>

⁷ Art. 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade"; Art. 230: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade e defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida", ambos da Constituição da República. Sob essa perspectiva, v. MARTINS, Ives Gandra da Silva. A família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira NASCIMENTO, Carlos Valder (Orgs.). *Tratado de direito constitucional*, v. 2. São Paulo: Sarávia, 2012, p. 745: "Além da integração, assegurando-se sua participação na comunidade, devem a família, a sociedade e o Estado defender sua dignidade e bem-estar para os últimos anos de sua vida, normalmente com maiores problemas de saúde, de isolamento e de realizações, sejam compensados por um ambiente em que possa se sentir ainda útil e necessário. Houve, por bem e para tanto, o constituinte, realçar a necessidade de defesa de sua dignidade e bem-estar, como forma de tornar o idoso pessoa relevante na solidariedade que deve existir entre as pessoas, sem exceção".

⁸ Portaria nº 1.395/GM, de 10 de dezembro de 1999. Atualmente, após a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, foi editada nova portaria pelo Ministério da Saúde, Portaria nº 2.528/GM, de 16 de outubro de 2006.

⁹ Cf. MORAES, Cristiana de Cássia Pereira; SOUZA, Rildo Bento de. Os caminhos da cidadania: a legislação brasileira referente à pessoa idosa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 184, v. 46, 2009, p. 227-244.

Decerto, a cidadania da pessoa idosa não se reduz à mera subsistência, incluindo, sobretudo, a busca por uma vida com dignidade. Se o tempo não traz em si causa de incapacidade, na atual ordem constitucional, a garantia de autonomia à pessoa é essencial para o envelhecimento com dignidade. Como se pretende demonstrar no presente trabalho, o direito à autodeterminação do idoso é fundamental para o processo de autoconstrução da pessoa humana, sempre contínuo ao longo do acúmulo de primaveras, no entanto, sob risco constante em razão de sua vulnerabilidade, causada não só pela fragilidade e envelhecimento do corpo, mas, sobretudo, em razão do preconceito social ainda presente.

A autonomia existencial da pessoa idosa depara-se com riscos ainda maiores quando vítima de múltipla discriminação, como no caso das pessoas idosas com deficiência, eis que, além da condição de vulnerabilidade em razão do contínuo e complexo processo de debilitação física e mental, no campo social, a situação se agrava em virtude de fatores socioculturais de idolatria do novo e do moderno em detrimento do velho e antigo. Assim, pode-se afirmar que a vulnerabilidade da pessoa idosa assenta-se em fatores de ordem biológica e sociocultural. O mesmo pode se estender às pessoas com deficiência, que, além do impedimento de natureza física, mental, sensorial ou intelectual, também são marginalizadas socialmente.

Nesse trilho, a própria lei reforça a especial vulnerabilidade da pessoa idosa com deficiência, nos termos do parágrafo único do art. 5º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), sendo necessária uma tutela energética protetiva em relação a esse grupo duplamente vulnerável no sentido do pleno reconhecimento de sua autonomia, ante a constante ameaça de sua negação, de modo a permitir a valorização, independência, protagonismo e liberdade da pessoa idosa com deficiência, especialmente sua autorrealização nas situações existenciais. Desse modo, o presente trabalho pretende abordar a autonomia na esfera existencial da pessoa idosa com deficiência, apontando os possíveis instrumentos para a promoção de uma efetiva autodeterminação e autorrealização.

2 Personalidade, capacidade e liberdade: entre conceitos, sentidos e função

Antes de enfrentar os instrumentos de promoção da autonomia da pessoa idosa com deficiência, indispensável rastrear os sentidos de conceitos centrais para a ordem jurídica – como a personalidade e

a capacidade, eis que reside justamente no regime das incapacidades um dos maiores obstáculos ao pleno reconhecimento da autonomia da pessoa idosa e/ou com deficiência mental.

É de se afirmar que grande é a dificuldade na doutrina para distinguir conceitualmente as ideias de personalidade e capacidade jurídica.¹⁰ Quanto à primeira, a rigor, identificam-se dois sentidos técnicos para o termo.¹¹ Por um lado, sob o ponto de vista estrutural, personalidade é a qualidade para ser sujeito de direito (titular de direitos e deveres), conceito aplicável às pessoas físicas e jurídicas. Por outro, traduz, na perspectiva valorativa, “o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural”.¹²

Nesse sentido, ter personalidade como *valor* é característica da pessoa humana, atraindo, por essa razão, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações jurídicas existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito, que o ordenamento concede indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados, designa a *subjetividade*, separando-se do sentido valorativo da *personalidade*.¹³ Em poucas palavras, ter subjetividade é ter a *qualidade de sujeito de direito*, ser titular de situações jurídicas subjetivas: as pessoas físicas ou entidades jurídicas na dupla fisionomia de pessoas jurídicas ou entidades desprovidas de reconhecimento formal.

¹⁰ Por exemplo, Adriano de Cupis não separa as ideias, entendendo que “a personalidade, ou a capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica” (CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 19).

¹¹ Já atribuiu dois sentidos ao termo “personalidade”, DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 151, sendo o primeiro como sinônimo de capacidade jurídica (perspectiva técnica-jurídica) e o segundo como “complexo de seus atributos”, “um complexo de bens que são do mais alto interesse para o Direito”, que compõem os direitos da personalidade.

¹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 4. A mesma posição foi antes desenvolvida em TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de Direito Civil*, t. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28-29.

¹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, cit., p. 4-5. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo. A crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. XXVI-XXVII.

Já a capacidade de direito é a aptidão genérica da pessoa para titularizar e exercer situações jurídicas subjetivas. Todo ente qualificado como pessoa – natural ou jurídica – pelo ordenamento jurídico possui capacidade.¹⁴ Cuida-se de critério *quantitativo*, que se opõe ao critério *qualitativo* da subjetividade e, por isso, a capacidade é considerada como medida da personalidade (como subjetividade).

Por conseguinte, enquanto a personalidade é valor que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pela ordem jurídica, como realização desse valor.¹⁵ Como ensina Heloisa Helena Barboza, a capacidade é conceito dinâmico e admite graus, ausência parcial, limitações e extensões.¹⁶ Assim também já se posicionava Moreira Alves:

Com efeito, enquanto a *personalidade jurídica* é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), *capacidade jurídica* é conceito relativo (pode-se ter mais capacidade jurídica, ou menos). (...) No direito romano, há exemplos esclarecedores dessa distinção. Basta citar um: no tempo Justiniano, os heréticos (que eram pessoas físicas; logo, possuíam personalidade jurídica) não poderiam receber herança ou legado (por conseguinte, sua capacidade jurídica era menor do que a de alguém que não fosse herético).¹⁷

A capacidade é conceito necessariamente quantitativo, que admite graduação. Contudo, a pessoa, como sujeito de direito, possui subjetividade e tem garantida pelo ordenamento a titularidade de situações jurídicas, ainda que não possa exercê-las de forma autônoma. Assim, fundamental é a ideia de discernimento, que, para as pessoas naturais, separa a capacidade da incapacidade. A graduação da capacidade para as pessoas físicas depende do grau de discernimento.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “quem tem discernimento é considerado plenamente capaz; quem o tem reduzido é tido por relativamente incapaz; e aquele que não o tem é declarado absolutamente incapaz”.¹⁸ Desse modo, somente “quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos”.¹⁹ A capacidade, numa

¹⁴ Conforme preceituou o art. 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 216.

¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. *Capacidad*. In: CASABONIA, Carlos Mario Romeo (Dir.). *Encyclopedie de Biomedicina y Biotecnica*. Tomo I. Granada: 2011, p. 325 (tradução livre).

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 97.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 191.

¹⁹ *Id. Ibid.*, p. 192.

perspectiva dinâmica, é o *quantum* – da aptidão genérica para titularizar situações jurídicas subjetivas que existe em todas as pessoas –, que poderá ser efetivamente exercido de forma direta em um determinado caso concreto. Toda pessoa possui a qualidade de sujeito de direito e tem capacidade jurídica, mas nem todo sujeito de direito poderá exercer autonomamente as situações jurídicas que titulariza.

Nas pessoas jurídicas e nos entes despersonalizados, a lei estabelece os contornos e limites à sua capacidade.²⁰ Já para as pessoas físicas, a graduação da capacidade trará a bifurcação entre a capacidade de direito e a capacidade de fato conforme o nível de discernimento do indivíduo no caso concreto, sendo que qualquer limitação depende, igualmente, de previsão legal. Na esteira do ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, quanto maior o discernimento, maior a capacidade e, como consequência, maior a liberdade da pessoa para realizar suas escolhas de vida. Nessa linha, a capacidade deve ser a regra no ordenamento, cuja função se aflora como consecutário nuclear da liberdade para a prática dos atos da vida civil.

2.1 A capacidade de direito e de exercício. O regime das incapacidades: absoluta e relativa. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade das pessoas com deficiência mental e intelectual

Uma vez presente a personalidade e a capacidade de direito, tem-se que a capacidade de fato representa o poder que a pessoa natural tem de dirigir-se autonomamente na ordem civil.²¹ Em outros termos, “é a idoneidade para através de atos próprios ou mediante procurador (representante voluntário), agir juridicamente exercendo direitos e cumprindo obrigações, ou seja, praticando atos da vida civil”.²²

Como já repetido, todas as pessoas possuem capacidade de direito. É o princípio da capacidade total de direito no plano do direito

²⁰ V. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 227: “Nas pessoas jurídicas são os respectivos órgãos administrativos que exercem a capacidade de agir na forma da lei ou do estatuto, limitadas às relações jurídicas de caráter patrimonial, pois não há campo para aquelas próprias da pessoa física, como o direito a alimentos ou as relações familiares”.

²¹ EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 137.

²² RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 12.

privado. Segundo Pontes de Miranda, não há "incapacidade de direito, por motivo de religião ou de pertencer a uma ordem religiosa, ou por motivo de convicção filosófica ou política; nem se admite a morte civil, fundada em regras de direito romano ou canônico".²³ Diferentemente, a capacidade de fato pode não estar presente em todas as pessoas ou, ao menos, não no mesmo grau.

Enquanto a capacidade de direito se refere à extensão ou medida do universo de situações jurídicas subjetivas ou relações jurídicas titularizáveis por uma pessoa, a capacidade de fato, de exercício ou negocial, embora também um conceito quantitativo, se funda em premissas qualitativas ligadas ao pressuposto "racionalidade humana" do conceito de pessoa.²⁴

Para separar a capacidade de fato da de direito, Caio Mário da Silva Pereira leciona que:

[...] a esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de direito*, e se distingue da *capacidade de fato*, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo. (...) Se hoje podemos dizer que toda pessoa é dotada de capacidade de direito, é precisamente porque o direito a todos confere, diversamente do que ocorria na antiguidade. E se aqueles que preenchem condições materiais de idade e saúde e etc. se dizem portadores de capacidade de fato, é também porque o ordenamento jurídico lhes reconhece a aptidão para o exercício pessoal dos direitos.²⁵

Decerto, a capacidade de direito representa uma posição estática do sujeito, enquanto a capacidade de fato traduz uma atuação dinâmica. Aquela advém da simples condição de ser pessoa, detentora de subjetividade; esta depende, nas pessoas naturais, do nível de discernimento de cada indivíduo, do desenvolvimento da racionalidade humana.

²³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 247-248.

²⁴ SILVA, Denis Franco; CICCO, Maria Cristina de. *Pessoas*: conceito, capacidade, responsabilidade. In: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique Silva; FERES, Marcos Vinícius Chirig (Orgs.). *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: Ed. UFFJ, 2011, p. 129-130. Assim, para a ausência de capacidade de fato, "o requisito 'racionalidade autônoma' encontra-se materializado de forma insuficiente para que se permita a prática pessoal de todo e qualquer ato constitutivo, modificativo ou extintivo de relações jurídicas ou situações subjetivas relevantes".

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 263-264.

Com efeito, as limitações à capacidade de exercício devem ser vistas como excepcionais, sendo necessariamente estabelecidas em lei, tendo que, em alguns casos, ser declaradas por sentença, não se admitindo interpretação extensiva. Ou seja, a capacidade de fato é a regra, sendo a incapacidade (absoluta ou relativa) a exceção. Registre-se, ademais, que a restrição da capacidade de exercício não se confunde com a exigência de uma capacidade especial, nem com proibições ou impedimentos, hipóteses em que a pessoa tem plena capacidade, mas não poderá praticar determinados atos ou deverá atender a alguma exigência legal para tanto.²⁶

Igualmente, a capacidade de fato difere da legitimidade. Esta é a "aptidão para a prática de determinado ato, ou para o exercício de certo direito, resultante não da qualidade da pessoa, mas de sua posição jurídica em face de outras pessoas".²⁷ Assim, enquanto que a capacidade é genérica, como aptidão titularizar pessoalmente voluntário situações jurídicas subjetivas, a legitimidade se refere a um determinado ato em particular.²⁸

Outrossim, a ausência de capacidade de fato não interfere na titularidade de situações jurídicas subjetivas, pois a capacidade de direito, assim como a subjetividade, estarão sempre presentes. O incapaz pode adquirir direitos e contrair obrigações: pode ocupar a posição de credor ou a de devedor em uma relação obrigacional. Contudo, para tanto, a lei prevê a necessidade de estar assistido ou representado, se relativa ou absolutamente incapaz, respectivamente.²⁹

O instituto da incapacidade foi construído para a proteção de determinado grupo de pessoas em que a lei estabeleceu que faltavam

²⁶ BARBOZA, Heloisa Helena, *op. cit.*, p. 329-330 (tradução livre).

²⁷ AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 224-225.

²⁸ Como exemplo, pode-se mencionar o art. 1.647 do Código Civil, que trata da necessidade de outorga conjugal para a prática de determinados atos pelos cônjuges. Estabelece o dispositivo que, "ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos; III – prestar fiança ou aval; IV – fazer doação não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura maeção". Apesar de plenamente capaz, para que o cônjuge tenha legitimidade para praticar qualquer desses atos, precisará de autorização de seu consorte ou de suprimento judicial desta (art. 1.648). Nesse sentido, por exemplo, entende o STJ, no Enunciado nº 332 de sua súmula, que "a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a inevalidade total da garantia".

²⁹ Afirma MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, p. 249, que é preciso repelir a ideia de que a ausência de capacidade de exercício teria como consequência a incapacidade de direito, pois não cabe admitir que "o representante do incapaz de obrar adquiria para esse. Quem adquire, para si, por intermédio do representante legal, (...) é o próprio incapaz".

determinados requisitos para o pleno exercício dos direitos, geralmente em razão da temeridade ou de alguma deficiência psíquica, decorrente da ausência ou redução do discernimento. Tendo em vista a diversidade de condições pessoais dos incapazes e a maior ou menor profundidade da redução do discernimento, o Código Civil separa, de um lado, "os que são incapazes para a vida civil, na sua totalidade" e, de outro, "os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de exercício". Dessa forma, conforme a extensão da incapacidade, a lei gradua a forma de proteção, sendo os primeiros considerados *absolutamente incapazes*, que se sujeitam ao instituto da *representação*; e os segundos, *relativamente incapazes*, que se submetem à *assistência*.³⁰

Assim, enfatiza a doutrina que a finalidade precípua do regime das incapacidades é a proteção do incapaz nas relações jurídicas patrimoniais. Decerto, as restrições à capacidade de agir, sejam absoluta ou relativa, não existem para alhejar os incapazes, mas para integrá-los ao mundo negocial.³¹ No entanto, em razão das demandas crescentes das pessoas por autonomia, surge o questionamento quanto à aplicação das normas civis que regem a capacidade civil de modo irrestrito às relações existenciais.³²

Como se verá adiante, a divisão estanque entre capacidade e incapacidade, entre capacidade de direito e de exercício, ressentente-se do impacto provocado pelo crescimento da importância das relações não patrimoniais, que passaram a ser protegidas de forma prioritária pelo ordenamento jurídico, com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana (at. 1º, III, da Constituição da República). Tal separação absoluta tende a ser bastante questionada, principalmente quanto a escolhas ligadas diretamente à autonomia existencial dos incapazes.³³

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. I, p. 272-273.

³¹ EBERLE, Simone. *op. cit.*, p. 139.

³² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Integridade psíquica e capacidade de exercício*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 33, ano 9, jan./mar. 2008, p. 12.

³³ Nesse diapasão, é o Enunciado nº 138 da III Jornada de Direito Civil do CJF: "A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto". Sob o ponto, v., no direito italiano, RODOTÁ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. 2. ed. Milão: Feltrinelli Editore, 2012, p. 26-27: "Spaccato in due da una distinzione senza appello tra capaci e incapaci, il mondo del diritto confinava questi ultimi in una indistinta area di esclusione, ritenendo davvero rilevanti solo le attività a contenuto economico, misurava su queste la capacità e legitimava al loro esercizio esclusivamente soggetti forti. La vita diventava così soprattutto quella economica. Tutti soggetti 'debolí'- minori e inferni di mente - venivano chiusi nella categoria escludente dell' 'incapacità'. (...) E la negazione della capacità nell'ambito patrimoniale ha trascinato con sé una sostanziale negazione di capacità in

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) instaura profundas mudanças no instituto da capacidade jurídica. Encontra-se em seu art. 6º uma das mais profundas inovações promovidas pelo Estatuto: a afirmação de que 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.

Para ratificar o reconhecimento da plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência, espandindo dúvida porventura existente, o Estatuto (art. 114) alterou o art. 3º do Código Civil para declarar como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, visto derrogar os incisos I a III do citado artigo, dando nova redação ao *caput*.³⁴ Os incisos II e III do art. 4º do Código Civil receberam nova redação, tendo sido suprimida a referência aos incapazes que, por *deficiência mental, tenham seu discernimento reduzido* do inciso II e substituído a odiosa expressão *exceptionis, sem desenvolvimento mental completo*, por "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade".

No entanto, apesar de vozes doutrinárias em contrário, entende-se que, em interpretação sistemática do art. 6º cumulado com o art. 84, §1º, ambos do Estatuto protetivo, nas hipóteses em que a pessoa com deficiência puder ser submetida à curatela, que se torna medida extraordinária e se legitima apenas como medida de proteção, devendo

altri momenti dell'attività umana, come quelli riguardanti gli atti di natura personali e quelli legati alla vita quotidiana. 'Chi non è buono per il re, non è buono neppure per la regina': era questo il detto popolare che insinuava un dubbio sulla capacità di chi veniva escluso dal servizio militare. Chi non è buono per i commerci, non vale per null'altro, si potrebbe aggiungere, riassumendo l'antico esclusivismopatrimonialista della legislazione civile'.

³⁴ Excluídos estarão "os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos (inciso II)" e "os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade" (inciso III).

ser deferida de modo “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” e “no menor tempo possível” (art. 84, §3º), a incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa, eis que limitada aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85), não atingindo, em regra, os atos existenciais.

3 Capacidade e autonomia privada: liberdade e discernimento

A ideia de liberdade, que remonta à concepção aristotélica, traduz-se no poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas, como “decisão e escolha entre possíveis diversos”.³⁵ A concepção liberal de autonomia do indivíduo consolidou-se na modernidade, com o Iluminismo, e teve sua expressão máxima na formulação moral sistemática de Kant, pela qual o homem, ser racional, é um fim em si mesmo.

Na Constituição da República de 1988, a cláusula geral de liberdade é extraída do princípio da legalidade, positivado no art. 5º, inciso II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não.

Outrossim, o princípio da liberdade individual consubstancia-se nos direitos à vida privada e à intimidade. Conforme autorizada doutrina, “liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências, de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier”.³⁶ Esse sentido de liberdade é essencial ao ser humano como condição para a vida com dignidade. Judith Martins-Costa afirma que

[...] o homem modela a si mesmo com liberdade e nisto está a sua dignidade. A surpreendente correlação entre ser humano e autonomia, e entre essa e uma nova espécie de dignidade, (...) não mais uma dignidade do

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 100.

³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 108.

que se tem, mas do que se é como espécie no reino da natureza. (...) Daí que a dignidade – connotada ao ser humano, não ao status por ele ocupado na ordem social – valerá singularidade e autonomia.³⁷

Segundo Luís Roberto Barroso, a dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação, sendo o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. É o poder de realizar escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da concepção de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar os planos de própria trajetória e, por conseguinte, realizá-los. Com efeito, as “decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade”.³⁸

Por sua vez, a autonomia privada³⁹ encontra-se entrelaçada com a capacidade jurídica.⁴⁰ Como visto, aos indivíduos, às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com liberdade no mundo civil. Embora a ordem jurídica não negue a capacidade de gozo ou de aquisição,

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 6, 2009, p. 9, texto gentilmente cedido pela autora. A autora baseia-se em Pico da Mirandola.

³⁸ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, *op. cit.*, p. 191-192. Os autores baseiam-se nas lições de Ronald Dworkin.

³⁹ Segundo o professor PERLINGERI Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335-336, a autonomia privada pode ser considerada, no ponto de partida, como “o poder, reconhecido ou concedido por ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar ‘vicissitudes jurídicas’ como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”. É a “liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual”. No entanto, como se verá, “essa concepção está radicalmente alterada na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: liberdade da pessoa, e a responsabilidade e conseguinte ultrapassa e subordina a iniciativa econômica a si própria”. V., igualmente, AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental do ordenamento jurídico: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 214: “A autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema jurídico, da existência de um âmbito particular, uma esfera privada de atuação com eficácia normativa. Trata-se, efetivamente, de uma esfera privada de atuação com eficácia normativa. Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira projeção, na ordem jurídica do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade”.

⁴⁰ *Loc. cit.*

recusa-lhe a *autodeterminação*, interdizendo o exercício dos direitos, de modo pessoal e direto, todavia condicionando à intervenção de outra pessoa, que os representa ou assiste.

Segundo San Tiago Dantas, a incapacidade supre-se “colocando ao lado do incapaz alguém que decida por ele ou, então, decida em colaboração com ele”. Desse modo, ao lado do absoluto ou relativamente incapaz, existe sempre alguém que o represente ou assista, respectivamente, surpreendendo a sua incapacidade,⁴¹ mas isso, sem dúvida, significa uma brutal restrição à autonomia da pessoa legalmente considerada incapaz.

Gustavo Tepedino afirma que a autonomia privada foi qualitativamente alterada na atual ordem constitucional. A noção, como concebida na visão patrimonialista e individualista do século XIX, dá lugar à autonomia privada alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. Quanto ao primeiro aspecto, assiste-se “a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada”.⁴² O ordenamento, que, a partir da Revolução Francesa – em razão do princípio da igualdade formal –, passou a assegurar a toda pessoa tratamento isonômico perante a lei, volta a sua atenção no direito contemporâneo para as diferenças que a inferiorizam, tornando-vulnerável, visando alcançar a igualdade substancial. “Dai voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana.”⁴³

No que se refere ao segundo aspecto, a mudança no objeto da autonomia privada “revele-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado”.⁴⁴ Por fim, a forma dos atos jurídicos passa a exercer papel de limitação da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e de proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade.⁴⁵

Assim, como visto, a pessoa natural, por ser sujeito de direito, acima de tudo pessoa concretamente considerada em sua múltipla dimensão, possui subjetividade e capacidade jurídica, sendo que o exercício depende de alguns requisitos exigidos pelo ordenamento. Por

⁴¹ DANTAS, San Tiago, *op. cit.*, p. 136-137.

⁴² TEPEGINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 14.

⁴³ *Id. Ibid.*, p. 15.

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ *Loc. cit.*

isso, esta última é variável, dependendo, na sua perspectiva dinâmica, do nível de discernimento de cada indivíduo. Leciona Maria Celina Bodin de Moraes que

[...] para que o sujeito possa exercer pessoalmente a sua liberdade, isto é, gozar em primeira pessoa da liberdade que o ordenamento jurídico lhe concede, o Código Civil estabelece alguns requisitos, sem os quais ocorre a condição dita incapacidade. (...) O ordenamento considera como o divisor de águas, a linha que separa a capacidade da incapacidade: a noção de discernimento.⁴⁶

Apesar de inegavelmente ligadas, a autonomia privada não se esgota na capacidade civil, questão que causa perplexidade no que diz respeito aos atos praticados por incapazes. Como observa Heloisa Helena Barboza, “não há como negar aos que têm a sua capacidade civil restringida, evidentemente nos limites do razoável, o poder de decisão com relação a determinados atos do cotidiano e mesmo da vida civil”.⁴⁷

Mais do que isso, na legalidade constitucional, a noção de autonomia privada sofreu uma profunda transformação conforme sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação existencial.⁴⁸ Isso porque o legislador democrático entendeu

⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do princípio da liberdade*, *cit.*, p. 191.

⁴⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEGINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 417. Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, *op. cit.*, p. 7, nota 12, com base em Giorgio Stella Richter, “não se pode ignorar que mesmo os incapazes não estão totalmente excluídos da prática de atividades de conteúdo patrimonial, tais como os atos necessários à vida cotidiana, chamados de relações contratuais de fato. A controvérsia é acentuada em razão de uma visão monolítica da capacidade de agir, pressuposto necessário de qualquer ato a ser realizado. [...] Se um dado comportamento é valorizado como tal e independentemente da consciência que o sujeito possa ter, valoriza-se o autorregulamento de interesses, não tendo relevância para a sua validade a capacidade de fato que praticou o ato”.

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 347-349: “A tentativa de individuar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (art. 41 Const.) é parcial: a autonomia negocial não se identifica e nem se exerce com os atos de empresas. Não se pode deixar de colocar em relação a negociação que tem por objeto situações subjetivas, não patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – com o princípio geral de tutela da pessoa humana (art. 2º Const.). Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados em função dos valores e interesses a realizar. (...) A constatação do diverso fundamento (constitucional ou comunitário) da autonomia negocial é de máxima importância, ainda que não seja reconhecida adequadamente pela doutrina em seu significado pleno: um fundamento diverso corresponde uma colocaçao diferente na hierarquia de valores. Quando a autonomia (o poder de por regras) atinge fortemente o valor da pessoa humana, a consideração do ordenamento não pode ser abstrata, não

que a vida, para ser digna, precisa, intrinsecamente, da maior liberdade possível nas relações não patrimoniais.⁴⁹

Stefano Rodotà afirma que o *direito fundamental à autodeterminação* não pode ser reduzido à noção de autonomia privada que tem como ponto de referência as dinâmicas de mercado e as consequentes exigências de certeza na circulação dos bens. Evidencia-se, dessa forma, a impropriedade de adotar "aqueelas categorias jurídicas para delinear o quadro institucional no qual se coloca o direito à autodeterminação, que se refere à vida, em si irredutível à lógica de mercado, e que deve verdadeiramente referir-se ao tema da personalidade e, definitivamente, da soberania".⁵⁰

De igual modo, para Pietro Perlingieri,

[...] a contraposição entre capacidade e incapacidade de fato e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não patrimoniais, não corresponde à realidade. As capacidades de entender e de querer, de discernir, são expressões da gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito ou de fato que impeçam o seu exercício.⁵¹

Ressalte-se, a propósito, que os ensinamentos são inteiramente aplicáveis à realidade brasileira na ordem constitucional de 1988. Em sendo a cláusula geral de tutela da pessoa humana princípio fundante da Constituição, as situações existenciais, por retratarem escolhas a respeito da própria pessoa do titular, de seu *corpo*, são personalíssimas, o que faz seu exercício, em princípio, incompatível por outrem.

pode ser formalisticamente igualar a manifestação de liberdade que toca profundamente a identidade do indivíduo e a liberdade de perseguir o maior lucro possível". Os dispositivos mencionados são da Constituição Italiana.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do princípio da liberdade*, cit., p. 190. E prossegue a autora: "No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada dos sujeitos – como, por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento –, considera-se haver uma 'proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade'. Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional. O mesmo não se dá com as situações privadas patrimoniais, mais sujeitos à intervenção por parte do Estado. Tais situações, em virtude de fatores socioeconômicos considerados pelo constituinte, devem desempenhar, além da função individual, também uma função social".

⁵⁰ RODOTÀ, Stefano. *Autodeterminação e laicidade*. Trad. de Carlos Nelson Konder. No prelo.

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 1.003-1.004.

Decerto, o fato de uma pessoa ser incapaz não a torna menos pessoa ou menos merecedora de tutela em sua dignidade. Pelo contrário, a vulnerabilidade e a incapacidade são condições de determinadas pessoas humanas que exigem do ordenamento uma proteção reforçada e a promoção de suas escolhas existenciais. Assim, "a condição real de discernimento em cada caso passa a ser fundamental para que tenha alguma eficácia a manifestação de vontade daquele considerado civilmente incapaz. (...) Ainda que em grau mínimo de autodeterminação (...) deve-se buscar a maior participação do incapaz, quer seja por idade, quer seja por doença".⁵²

Portanto, torna-se imperiosa a reconfiguração do sujeito de direito, afastando-se de sua versão abstrata para valorar-se a pessoa humana concreta, inserida em determinada relação jurídica. Consoante ensinamentos de Heloisa Helena Barboza, "os até então silenciosos passaram a ter reconhecido seu direito de manifestação, expressando autonomia condizente com seu desenvolvimento", o que, apesar de não autorizar, por si só, a concessão da capacidade civil plena, não pode ser desprezado em nome do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵³ Tal caminho parece ter sido o trilhado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que expressamente reconheceu a plena capacidade das pessoas com deficiência, inclusive para os atos de autonomia existencial, mas permitiu que, em casos extraordinários, fosse submetido à curatela.

4 A vulnerabilidade da pessoa idosa e seu melhor interesse

A velhice é o tempo de toda vida humana em que o corpo sofre as mais consideráveis mutações de aparência e declínio de força e disposição. Apesar disso, o envelhecimento não se trata de mero processo degenerativo do organismo, mas, sim, de "uma marcha contínua de transformação do ser humano, que pode ser caracterizado também pelo dinamismo". Isso porque as alterações físicas (ou até psíquicas) não significam, necessariamente, o aparecimento de alguma doença.⁵⁴

A idade avançada não é causa de incapacidade em termos jurídicos. O critério etário (18 anos) é utilizado pela legislação para estabelecer marco a partir do qual a pessoa se torna plenamente capaz. No entanto,

⁵² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 127-131.

⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões...*, p. 422.

⁵⁴ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

não há parâmetro equivalente para a perda da capacidade, sendo necessário processo judicial em que se apurará o nível de discernimento concreto do indivíduo, o qual poderá, então, sujeitar-se à curatela, mesmo assim nos limites fixados pela decisão judicial de interdição.⁵⁵

Como acentua Ana Carolina Brochado Teixeira:

A fragilidade física, que normalmente acomete o idoso com o passar dos anos, não significa debilidade mental ou falta de discernimento, pois velhice não é, por si só, incapacitante, em termos jurídicos. O envelhecer pode trazer muitas benesses, como a sabedoria advinda com a experiência, o maior conhecimento sobre a vida e sobre as pessoas. Também pode significar uma fase de maior aproveitamento da vida, com sossego e paz de espírito, na colheita dos frutos do caminho percorrido.⁵⁶

Nada obstante, a fragilidade crescente do corpo com o passar dos anos é vista, socialmente, como fator incapacitante, desconsiderando-se o idoso como pessoa dotada de dignidade e em processo de contínua construção de sua personalidade. Por isso, ressalta a autora a importância de instalar-se "um novo discurso jurídico para que o direito possa exercer sua função protetiva e promocional, de modo a neutralizar o viés social que carrega no seu cerne grande preconceito".⁵⁷

Com efeito, a função promocional do direito deve garantir à pessoa humana um envelhecimento com autonomia.⁵⁸ Inegavelmente, ao idoso foi concedida proteção constitucional reforçada em razão de sua especial vulnerabilidade, o que, todavia, não pode anular a liberdade

⁵⁵ Cf. DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arae Editores, 2011, p. 75: "Muitas pessoas pensam que a idade avançada é, por si só, causa de incapacidade; ou, ainda, que a disposição de bens pelo idoso pode ser vista como prodigalidade. (...) O que pode ocorrer é que, em razão de alguma enfermidade ou por prodigalidade comprovada, possa o idoso ser considerado incapaz. Assim, considerando-se que a incapacidade pode ser graduada (relativa e absoluta) em cada caso específico, o grau de incapacidade deve ser observado e determinado em processo de interdição".

⁵⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁷ Id. *ibid.*, p. 26.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Bauer: Manole, 2007, p. 13-14: "Nas Constituições clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas Constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez mais com maior frequência, a função de promover. (...) A contraposição entre o velho e o novo modelo constitucional emerge do confronto entre a afirmação de uma tarefa meramente protetora, que se realiza quase sempre mediante a técnica de medidas negativas, e a afirmação de uma tarefa promocional, que se realiza quase por medidas positivas".

que compõe o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana.⁵⁹ Decreto, determinadas pessoas são circunstancialmente afetadas, fragilizadas por situações contingenciais, como idade, seja a menoridade ou a senioridade, ou outras condições psicofísicas.

O movimento pela igualdade, em sua acepção material, ganhou consistência com a proteção especial de pessoas "desiguais", assim reconhecidas em razão de situação existencial peculiar em que se encontram, como decorrência necessária da cláusula geral de tutela da pessoa humana.⁶⁰ Sobre a difícil definição da vulnerabilidade no direito, discorre Yann Favier:

[...] na esfera das relações de direito privado, a noção de vulnerabilidade não é propriamente jurídica. Se a vulnerabilidade não está instituída como tal no direito privado, ela é de toda sorte aplicada a este. A vulnerabilidade em direito aparece em uma relação de forças quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas como 'naturais' e resultantes de um fato considerado objetivo (idade ou estado de saúde) ou como resultado de uma situação voluntaria instituída entre pessoas privadas (em relação às obrigações).⁶¹

Nas situações jurídicas existenciais envolvendo vulneráveis, como os idosos, capazes ou incapazes juridicamente, não poderá haver um comprometimento injustificado de sua autonomia, sob pena de sacrifício de sua liberdade e, em última instância, de sua dignidade. Mesmo reduzida em razão de seu estado de vulneração, a autonomia

⁵⁹ Cf. BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, *Op. cit.*, p. 189-190: "Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que todos pessoas e um fim em si mesma, consonteando todas as enumerações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca, inata. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra ou para servir a metas da coletividade. O valor ou princípio da dignidade veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a elas".

⁶⁰ BARBOZA, Heloisa Helena, *op. cit.*, p. 419-420.

⁶¹ FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 85, v. 22, 2013, p. 16. Sobre a vulnerabilidade do idoso, v. BARLETTA, Fabiana. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27: "Tais vivências, somadas às perdas afetivas que angariam por sua longa existência e às dificuldades físicas e psíquicas com as quais, com expressiva frequência, têm de lidar no último quadrante da vida, quando mais se aproximam da morte, experiência derradeira que ainda não tiveram e a qual, muitas vezes, temem, fazem dos idosos pessoas vulneráveis. Vulneráveis por todas as vicissitudes do movimento inverso ao da infância, a partir de quando se cresce, ganha-se força, desenvolve-se a inteligência, alguns idosos, em certa medida, involuem, decrescem, submergem".

não poderá ser preferida em determinadas situações. Pelo contrário, o direito à autodeterminação dos vulneráveis deverá ser protegido e até encorajado.⁶²

Por conseguinte, é necessário separar a incapacidade natural, inerente à idade, à fragilidade do corpo advinda com o passar dos anos, da incapacidade jurídica, que não está atrelada ao processo de envelhecimento, mas a outros fatores elencados pelo legislador, seja por motivos etários, deficiência mental ou outros contingenciais da vida, como a prodigalidade, ebriedade e uso de entorpecentes. Permite-se repetir que o avançar da idade, *per se*, não é fator gerador da incapacidade.

Dessa forma, conforme Ana Carolina Brochado Teixeira:

É de grande relevância distinguir-se a incapacidade natural, inerente à velhice, da incapacidade jurídica, que leva à perda da capacidade de agir. Sabe-se que o avançar da idade traz muitas mudanças. Entre elas, pode-se nomear a mais relevante, que se consubstancia na situação de fragilidade do idoso. Mas ela nem sempre significa fragilidade mental, impeditiva da autodeterminação. É por essa razão que o envelhecer não está atrelado à incapacidade jurídica, pois é possível um envelhecer saudável.⁶³

De igual modo, para o professor francês Yann Favier, no domínio da proteção dos maiores, o recurso ao conceito de vulnerabilidade teve como principal função repensar o esquema tradicional das incapacidades imaginado classicamente como instituto geral que não levava em conta a autonomia das pessoas. Assim, "tratava-se de recusar a noção demasiadamente ampla de incapacidade, especialmente em matéria pessoal, em proveito desta, mais neutra, de pessoal vulnerável".⁶⁴

⁶² BARBOZA, Heloisa Helena. *op. cit.*, p. 423. Essa é também a lição, no direito italiano, de ROTODA, Stefano. *La vita...*, p. 28: "L'età, l'handicap, lo stato di salute fisica o mentale non sono condizioni oggettive da registrare una volta per tutte, e davanti alle quali arrendersi. Sono situazioni da scandagliare, identificando i casi in cui il sostegno di un terzopuò accompagnare la volontà debole verso una decisione che ritrovò come protagonista il soggetto interessato. Nasce così un diritto faticoso, che non allontana da sé la vita, ma cerca di penetrarvi, non sovistuisce alla volontà del 'debole' il punto di vista di un altro (come vuole la logica del paternalismo), ma crea le condizioni perché il 'debole' possa sviluppare un punto di vista proprio (secondo la logica del sostegno)".

⁶³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *op. cit.*, p. 29. Aborda a questão PERLINGERI, Pietro, *op. cit.*, p. 790: "A própria capacidade natural, entendida como capacidade de entender, com o passar do tempo, se modifica constantemente, ora crescendo, ora diminuindo. A mudança qualitativa é expressão, além do patrimônio biológico, também das experiências e habilidades adquiridas; a capacidade efetiva evolue porque o que evolue é a personalidade do homem".

⁶⁴ FAVIER, Yann. *op. cit.*, p. 22. O autor comenta a alteração no Código Civil francês, pela Lei nº 2007-308, de 05.03.2007, que trouxe a "réforme de la protection juridique des majeurs".

Portanto, se vulnerável não é sinônimo de incapaz, a vulnerabilidade inerente à condição da pessoa idosa não pode significar a sua *infantilização*. No Brasil, a questão foi tratada expressamente pela Política Nacional de Saúde do Idoso:

A maior parte dos idosos é, na verdade, absolutamente capaz de decidir sobre seus interesses e organizar-se sem nenhuma necessidade de ajuda de quem quer que seja. Consoante aos mais modernos conceitos gerontológicos, esse idoso que mantém sua autodeterminação e prescinde de qualquer ajuda ou supervisão para realizar-se no seu cotidiano deve ser considerado um idoso saudável, ainda que seja portador de uma ou mais de uma doença crônica.

Decorre daí o conceito de capacidade funcional, ou seja, a capacidade de manter as habilidades físicas e mentais necessárias para uma vida independente e autônoma. Do ponto de vista da saúde pública, a capacidade funcional surge como um novo conceito de saúde, mais adequado para instrumentalizar e operacionalizar a atenção à saúde do idoso. Ações preventivas, assistenciais e de reabilitação devem objetivar a melhoria da capacidade funcional ou, no mínimo, a sua manutenção e, sempre que possível, a recuperação desta capacidade que foi perdida pelo idoso. Trata-se, portanto, de um enfoque que transcende o simples diagnóstico e tratamento de doenças específicas.⁶⁵

Nada obstante, em muitas situações cotidianas, a família, sob o fundamento de cuidar do bem-estar da pessoa idosa, de protegê-la e poupá-la, alia-a inteiramente da tomada de decisões, tirando a sua liberdade de escolha. Assim, os familiares passam a controlar as finanças da pessoa idosa, que deixa de ter acesso ao seu próprio dinheiro, de poder pagar contas e fazer compras básicas, e determinam que a pessoa idosa não pode mais viver sozinha, criando-se uma situação de dependência.⁶⁶ Ou seja, apesar de juridicamente capaz, é comum

⁶⁵ Introdução à Portaria nº 1.395/GM, de 10 de dezembro de 1999. Atualmente, está em vigor a Portaria nº 2.528/GM, de 16 de outubro de 2006, que ressalta que "a finalidade primordial da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa é recuperar, manter e promover a autonomia e a independência dos indivíduos idosos, direcionando medidas coletivas e individuais de saúde para esse fim, em consonância com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde". É algo dessa política todo cidadão e cidadã brasileiros com 60 anos ou mais de idade".

⁶⁶ Cf. BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *op. cit.*, p. 48-49: "Frequentemente a família, por despreparo ou até má-fé, assume a administração dos bens do idoso. (...) O idoso deixa de ir ao banco, deixa de manipular o próprio dinheiro e gradativamente deixa de pagar suas contas, pois sua filha prefere pagar tudo pelo internet e ele não consegue informática. Passo seguinte, o idoso deixa de fazer suas próprias compras, passa a receber em casa tudo que precisa, contudo o que parece conforto e carinho pode ser o caminho (quase

a pessoa idosa ter sua autonomia e independência castradas pelos familiares, que, equivocadamente, enxergam o processo de envelhecimento como incapacitante, embora formalmente não se encontrem nos arts. 3º e 4º do CC.

Entende-se, de forma diversa, que somente quando as faculdades intelectivas da pessoa estiverem gravemente comprometidas poderá ser cogitada a introdução de limites ao direito do idoso de concluir negócios e administrar seus bens, sendo imprescindível uma verificação direta e concreta da falta de discernimento no processo de interdição para eventual perda ou redução da capacidade de fato.

Por sua vez, nas situações existenciais, afasta-se a discussão do âmbito da incapacidade, pois a existência de problemas relativos à capacidade negocial do idoso não implica a presença de problemas relativos à pessoa idosa como portador de interesses não patrimoniais merecedores de promoção e proteção: "A libertação das necessidades e respeito à dignidade, como concretização ao princípio da igualdade, que é válido prescindindo das condições pessoais e de idade".⁶⁷

Nesta senda, advoga Heloisa Helena Barboza que o reconhecimento do princípio do melhor interesse do idoso procura "efetivar a proteção integral devida ao idoso, em razão da sua situação de vulnerabilidade potencializada pelas contingências existenciais, especializando a cláusula geral de tutela da pessoa humana, na linha já adotada para a criança e o adolescente e o consumidor".⁶⁸

5 O direito à autodeterminação do idoso em situações existenciais

O direito à autodeterminação identifica-se com o projeto de vida realizado e desejado pela pessoa, "governado por um exercício ininterrupto de soberania que permite aquela livre construção da

sempre sem volta) para a dependência, o isolamento e a incapacidade de subsistência. Geralmente, depois dos passos acima, o idoso desfaz-se da sua própria casa e passa a morar 'de favor' com seus parentes e cuidadores, criando formas de dependência cada vez maiores e mais definitivas. Consequentemente, o idoso torna-se um dependente completo, perde a autonomia e não controla nem mesmo a sua própria vontade".

⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 788-789.

⁶⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71.

personalidade".⁶⁹ Assim, nas situações subjetivas existenciais, a autonomia privada apresenta-se como verdadeiro instrumento de promoção da construção permanente da personalidade e identidade individual, ferramenta que permite que "por meio do poder de autodeterminação, garanta-se tutela às escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade humana de quem as pratica".⁷⁰

Como já visto e repetido, a idade avançada não é causa incapacitante, devendo ser protegida a autonomia do idoso, ainda que seja considerado vulnerável; aliás, sua autonomia deve ser enaltecida pelo ordenamento exatamente em razão de sua vulnerabilidade. O direito à liberdade significa que à pessoa idosa dever ser garantida a possibilidade de continuar fazendo suas próprias escolhas, como optar pelo tratamento de saúde que considerar mais apropriado, decidir sobre a forma de gastar suas economias ou ainda escolher com quem vai se relacionar ou onde vai morar.⁷¹

Contudo, o próprio Código Civil traz dispositivo que contraria essa garantia de índole constitucional, estabelecendo a obrigatoriedade da adoção do regime da separação de bens no casamento em que um dos cônjuges (ou ambos) seja(m) maior(es) de setenta anos.⁷² A justificativa apontada por parte da doutrina para a restrição legal é que, "nesses casos, o consorte pode encontrar-se em estado de vulnerabilidade (física ou emocional ou ambas) que se torne mais facilmente suscetível à malícia de quem se teme ou que se contemple na relação interesses exclusivamente patrimoniais".⁷³ Ou seja, a *ratio* da norma funda-se no fato de que a pessoa idosa, por ser vulnerável, deve ser protegida contra ataque em seu patrimônio por intermédio de um casamento cujo legislador presume ser por interesse.

Na vigência do Código Civil de 1916, que continha dispositivo com conteúdo similar, entendia o Supremo Tribunal Federal que

⁶⁹ RODOTÀ, Stefano. *Autodeterminação e laicidade*. No prelo.

⁷⁰ MEIRELES, Rose Melo Venczel, *op. cit.*, p. 89.

⁷¹ BRAGA, Pérola Melissa Viana, *op. cit.*, p. 71.

⁷² Art. 1.641: "É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (omissis) II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos". Registre-se que o dispositivo foi recentemente alterado pela Lei nº 12.344/2010, sendo que antes a limitação legal surgiu a partir dos sessenta anos de idade. A mudança foi provocada em razão do aumento da expectativa de vida dos brasileiros. Contudo, a alteração em nada afetou as críticas direcionadas a norma, que também era prevista no Código Civil de 1916.

⁷³ BARRUFFINI, Frederico Liserre. Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos: antes e depois do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 29, v. 8, 2007, p. 151-152.

"no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".⁷⁴ Isso em razão da necessidade de ser reconhecida a colaboração e esforço comum entre os cônjuges, ainda que não houvesse uma repartição equânime da contribuição financeira.⁷⁵

Contudo, superados os aspectos puramente patrimoniais, a questão central levantada é se poderia o Estado, em nitidamente postura paternalista, sob um fundamento calcado na proteção patrimonial, interferir na autonomia de tais pessoas, impondo ao casamento celebrado por elas a separação como regime de bens forçado. Isso porque a lei civil traz uma presunção absoluta de que a pessoa idosa com mais de setenta anos não é capaz de gerenciar o seu próprio patrimônio ou não possui discernimento suficiente para escolher bem com quem deseja casar, ainda que não esteja submetida à curatela.

Recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) foi enfático ao reforçar que a curatela de pessoa com deficiência não afeta os seus direitos existenciais – mas tão somente os direitos de natureza patrimonial e negocial, inclusive o direito ao casamento (arts. 6º, I e 85, §1º). Desse modo, apesar de o Estatuto não ter revogado expressamente o art. 1.641, II, do Código Civil, é de se cogitar se tal dispositivo não afronta o art. 230 da Constituição da República e os princípios norteadores do novel Estatuto, eis que, embora se trate de norma que faz referência à idade, ou seja, sua constitucionalidade

⁷⁴ Enunciado nº 377 do verbete da Súmula do STF, V. RE 8.984/DF, DJ 11.01.1951: "O regime legal de separação patrimonial não proíbe que os cônjuges se associem e réunam os bens adquiridos por sua atividade comum". Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da legislação infraconstitucional pós-88: "(...) As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. (...)". (RESP 736.627/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julg. em 11 abr. 2006, DJ 01.08.2006, p. 436).

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. V, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 201. Sobre a aplicabilidade do entendimento após a vigência do Código Civil de 2002, v. TEPEDINIO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no Código Civil. In: *Novo Código Civil: cinco anos de vigência. Revista do Advogado*, n. 28, Associação dos Advogados de São Paulo, 2008, p. 117: "Se a *ratio* da construção jurisprudencial traduz inegavelmente preocupação com o princípio da solidariedade, há que se vincular a incidência do Enunciado às hipóteses em que a expectativa do regime perdure e seja merecedora de tutela. Assim, em relação aos incisos I e III [do art. 1.641], o Enunciado deve prevalecer enquanto persistirem os impedimentos legais".

seria duvidosa em razão do nítido viés discriminatório em relação às pessoas idosas, igualmente não se sustentaria a tese de proteção de pessoas acima de 70 anos com deficiência mental ou intelectual pudessem ser submetidas a tal regra, eis que contraria a lógica da Lei de Inclusão e da Convenção de Nova Iorque, que, convém reprimir, possui *status* constitucional em nosso ordenamento.

Trata-se, ademais, de hipótese de *infantilização do idoso* pela própria lei. Se é certo que podem ocorrer matrimônios por interesse nesta faixa etária, também certo que eles poderão igualmente ocorrer em todas as idades.⁷⁶ Além disso, nada impede uma pessoa de desfrutar de seu patrimônio (e das companhias que desejar) durante qualquer fase da vida, mesmo na velhice.⁷⁷

Com efeito, a norma possui evidente viés patrimonialista, de prevalência das situações jurídicas patrimoniais sobre as existenciais, o que não encontra mais guarida na atual ordem constitucional. Além de propiciar a releitura do princípio da autonomia privada nas situações patrimoniais, a interpretação civil-constitucional do direito civil impõe o reconhecimento de uma esfera de atuação deste princípio prioritária, incrementada, nas situações existenciais, pois são diretamente funcionalizadas à dignidade da pessoa humana.⁷⁸

Portanto, a norma é evada de vício de inconstitucionalidade, por violar o direito à autodeterminação do idoso, punindo-o pela escolha de se casar nesta fase da vida e submetendo-o a verdadeira interdição compulsória, em flagrante desrespeito aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade de constituir entidade familiar (arts. 1º, III, e 226, da Constituição da República).⁷⁹

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. V, cit., p. 197.

⁷⁷ Em critica ao dispositivo foi aprovado o Enunciado n. 125 na I Jornada da Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal, com a proposta de revogação do dispositivo, ainda na sua redação primitiva, com a seguinte justificativa: "a norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos subnentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses".

⁷⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁹ Para crítica contundente ao dispositivo, v. DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. *Revista Doutrina ADCOAS*, n. 20, v. 8, 2005, p. 374-380: "A lei maior, que se quer cidadã, democrática e igualitária, de modo expresso veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. [...] A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar

Menciona-se também o caráter discriminatório em razão de restrição de direitos por causa de idade avançada, o que afronta o art. 3º, IV, da Constituição de 1988.

Outra questão levantada acerca da autonomia existencial do idoso é seu consentimento, livre e esclarecido, para intervenções médicas em seu corpo. O direito à informação é garantidor da autonomia do paciente, independentemente de sua idade, e possui “a função instrumental de concretizar a autodeterminação pessoal, já que a toda pessoa deve ser assegurado o poder de decidir, livremente, sobre si próprio, seu corpo”.⁸⁰ Para decidir sobre um dado tratamento, a pessoa deverá estar devidamente ciente acerca dos respectivos riscos, da forma a evitá-los ou minimizá-los.

Nesse sentido, o art. 17 do Estatuto do Idoso prevê que “ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”. Repita-se, à exaustão, velhice não é sinônimo de incapacidade e, sempre que possível, deverá ser preservado o direito à autodeterminação da pessoa, que não depende de sua idade.

A Convenção Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos reforçou, em seu art. 11, que o “idoso tem o direito irrenunciável a manifestar seu consentimento livre e informado no âmbito da saúde”, sendo que a “negação deste direito constitui uma forma de vulneração dos direitos humanos do idoso”. A Convenção, ainda, determina no citado dispositivo que os Estados-Partes se comprometam a elaborar e aplicar mecanismos “adequados e eficazes para impedir abusos e fortalecer a capacidade do idoso de compreender plenamente as opções de tratamento existentes, seus riscos e benefícios”, com o objetivo de “garantir o direito do idoso a manifestar seu consentimento informado de maneira prévia, voluntária, livre e expressa, bem como a exercer seu direito de modificá-lo ou revogá-lo, em relação a qualquer decisão, tratamento, intervenção ou pesquisa no âmbito da saúde”.

Por isso, a Convenção estabelece, ainda no aludido art. 11, a necessidade de que a informação direcionada à pessoa idosa “seja adequada, clara e oportuna, disponível de forma não discriminatória

no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio de processo judicial de interdição” (p. 375).

⁸⁰ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 76.

e acessível e apresentada de maneira comprehensível de acordo com a identidade cultural, nível educativo e necessidades de comunicação do idoso”.

Assim, profissionais de saúde, sejam de instituições públicas ou privadas, estão impossibilitados de administrar “tratamento, intervenção ou pesquisa de caráter médico ou cirúrgico sem o consentimento informado do idoso”, uma vez que a pessoa idosa, conforme assegura a Convenção Interamericana em seu art. 11, “tem direito a aceitar, recusar ou interromper voluntariamente tratamentos médicos ou cirúrgicos, inclusive os da medicina tradicional, alternativa e complementar, pesquisa, experimentos médicos ou científicos, sejam de caráter físico ou psíquico, e a receber informação clara e oportuna sobre as possíveis consequências e os riscos dessa decisão”.

Contudo, em razão da fragilidade do corpo e da mente, fruto da perda da capacidade natural ao longo dos anos, os médicos devem ter um cuidado específico ao prestarem as informações devidas à pessoa idosa. Para que haja um consentimento realmente esclarecido, é necessária uma atenção redobrada para procederem de acordo com o que o idoso realmente quer ou aceita para si, em especial no caso de haver divergência no modo de ver do médico e de seu paciente, ou deste e sua família. Assim, conforme leciona Fabiana Rodrigues Barletta:

[...] nesses quadros, a autodeterminação do paciente idoso deve ser preservada tendo em vista que o Direito lhe garante, enquanto capaz, o livre desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, o trabalho dos médicos de dar ciência acerca da doença, de suas particularidades, dos tipos de intervenções possíveis ou não, das consequências de determinado medicamento ou de determinada conduta médica, deve ser desenvolvido de forma mais qualificada e individualizada, atendendo às necessidades de um enfermo em condições muito peculiares.⁸¹

Não obstante, existem casos em que as informações não podem ser passadas diretamente para o paciente quando ele não possuir condições físicas ou psicológicas de recebê-las, casos em que “informar é mais nocivo do que não informar”. Nessas hipóteses, os médicos deverão prestar as informações necessárias aos familiares ou responsáveis, os quais acabam tendo a responsabilidade de decidir pelo paciente o

⁸¹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues, *op. cit.*, p. 43.

tratamento que será seguido.⁸² A situação, que é comum com pacientes idosos, mormente aqueles com alguma deficiência – geralmente mental ou intelectual –, possui previsão expressa no parágrafo único do art. 17 do Estatuto⁸³ e deve ser manejada com cautela redobrada, eis que pode servir como hipótese de cerceamento da autonomia da pessoa idosa com deficiência, devendo ser atestado cabalmente sua impossibilidade de tomar as decisões relativas à intervenção médica.

Insta consignar que a Convenção Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos prescreve no art. 11 que, “nos casos de emergência médica que ponham em risco a vida e quando não for possível obter o consentimento informado, poderão ser aplicadas as exceções estabelecidas em conformidade com a legislação nacional”, o que impõe a necessidade de leitura atenta das prescrições legais nacionais sobre o assunto. No caso brasileiro, o art. 17 do Estatuto do Idoso, especialmente seu parágrafo único, deve ser lido à luz do princípio do melhor interesse do idoso,⁸⁴ sem desrespeitar sua autonomia no campo existencial.

Consoante afirma Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, deve ser ressalvada

[...] a possibilidade de o médico não divulgar ao paciente certas informações que poderiam constituir uma ameaça ao seu bem estar físico ou psicológico ou um dano à sua saúde, conduta que estaria legitimada pela aplicação dos princípios da beneficência e da não maleficência, os quais só poderão ser aplicados caso na ponderação não seja violada a autonomia do paciente. Nesse caso, o médico deve informar à família, entendida como o cônjuge ou companheiro, os filhos, os pais, parentes próximos ou mais distantes, ou representante legal (tutor ou curador) do paciente, a fim de obter o consentimento esclarecido. Se o paciente

⁸² PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, *op. cit.*, p. 77. Conforme a autora aplica-se no caso o privilégio terapêutico, previsto no Código de Ética Médica, no art. 34 *fine*, segundo o qual “os pacientes psiquiátricos têm direito de acesso a informações a si pertinentes, inclusive as de prontuário, desde que tal fato não cause dano a si próprio ou a outrem”.

⁸³ Art. 17, parágrafo único: “Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita: I – pelo curador, quando o idoso for interditado; II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil; III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consultar o curador ou a família; IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou família conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público”.

⁸⁴ Cf., por todos, BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 57-71.

tiver condições psicológicas para suportar a notícia o médico deverá prestar informação verdadeira, mas sempre de forma a não traumatizá-lo e suficiente para a compreensão do diagnóstico e prognóstico.⁸⁵

Por conseguinte, caberá ao médico responsável pelo tratamento do paciente idoso verificar sua *real capacidade de discernimento* – independentemente da existência ou não da pessoa se encontrar sob curatela, que reconheça a incapacidade relativa para aspectos patrimoniais – para receber e compreender as informações necessárias para a tomada de decisão consciente acerca de seu tratamento, para a formação de seu consentimento livre e esclarecido. Para tanto, deverão ser levados em conta seu estado psicológico empírico, sua identidade individual, suas reações ao receber as informações, sua racionalidade para a tomada de decisões, podendo-se contar com o auxílio de familiares.⁸⁶

6 A tutela existencial da pessoa idosa com deficiência e os instrumentos de promoção de sua autonomia

A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos proclama entre seus princípios gerais, no capítulo II, artigo 3º, c, a dignidade, independência, protagonismo e autonomia do idoso, cabendo aos Estados-Partes proteger e promover os direitos da pessoa idosa e seu desenvolvimento integral à luz de seu melhor interesse, fortalecendo o exercício de sua capacidade e potencialidades.

⁸⁵ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, *op. cit.*, p. 78. Sob o ponto, v. BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, *op. cit.*, n. 86, p. 206, para quem, no caso de tratamentos no fim da vida (situações como a ortotanatia), “quanto aos pacientes impossibilitados de manifestar sua vontade ou os civilmente incapazes, é tarefa planejar como será feito o processo decisório. Para tanto, a referência seria a manifestação anterior de vontade, enquanto o indivíduo mantém a capacidade decisória, por meio de ‘diretrizes antecipadas’ e de ‘testamentos de vida’, quem podem conter a indicação de um responsável para tomar decisões (decisão por substituição). Se ausentes os instrumentos, caberia recuperar o estilo de vida e os valores edificados pelo indivíduo no curso de sua existência e moldá-los lado a lado com os *melhores interesses do enfermo*”.

⁸⁶ Id. *Ibid.*, p. 89-90. Sob o ponto, v. a discussão levantada sobre a eutanásia, no trabalho de BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisenhart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 44, em que se relata a morte do Papa João Paulo II, já com idade bastante avançada e portador da doença de Parkinson: “Se a conduta terapêutica foi esta, resta evidente o dramático conflito entre a necessidade de tratamento e a vontade do pacientes, submetido a procedimento tormentoso e inútil aquela altura”.

Nessa esteira, a Convenção reconhece “o direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida, a desenvolver uma vida autônoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer seus direitos”, sendo indispensável assegurar o respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, “bem como a independência na realização de seus atos” (capítulo IV, art. 7º).

Em alguns casos, é vital a tarefa de planejar como será futuramente realizado o processo decisório nas hipóteses em que severo comprometimento do discernimento resultar na inviabilidade da capacidade decisória por parte da pessoa idosa com deficiência. Nestas situações, com base na autonomia prospectiva, a referência seria a manifestação anterior de vontade por meio de “diretivas antecipadas”, que podem conter desde a indicação de um responsável para tomar decisões em caso de incapacidade temporária ou permanente para fins de cuidado de saúde – os denominados “procuradores de saúde” – ou em situação de terminalidade – os chamados “testamentos vitais” –, bem como a permissão ou proibição de determinados procedimentos médicos – como, por exemplo, as ordens de não ressuscitação. No entanto, se ausentes os instrumentos acima apontados, “caberia recuperar o estilo de vida e os valores edificados pelo indivíduo no curso de sua existência e moldá-los os melhores interesses do enfermo”.⁸⁷

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1995, de 9 de agosto de 2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, que, embora de feição ético-administrativa, já configura um avanço no respeito à decisão de enfermos incapacitados de exprimir sua vontade, que é apresentada como importante instrumento para pessoas idosas com deficiência. Nos termos do art. 1º da aludida Resolução, as diretivas antecipadas de vontade são definidas como o “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”, sendo que, “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade” (art. 2º).⁸⁸

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, *op. cit.*, n. 86, p. 206.

⁸⁸ Art. 2º, Resolução nº 1995/2012: [...] §1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. §2º O médico

Apesar do inegável avanço, a Resolução possui alto teor de paternalismo médico, o que de todo é compreensível em razão do órgão que a formulou. No entanto, tais prescrições éticas devem ser lidas à luz dos valores do ordenamento, que, com base na cláusula geral de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, enaltece e assegura a autonomia do indivíduo para tomar as decisões relacionadas à sua existência, sobretudo aquelas vinculadas aos cuidados com a saúde e com o próprio corpo.

Apesar da importância das chamadas diretivas antecipadas como instrumento que promove o respeito à vontade anteriormente externada pelas pessoas em momento de plena capacidade, há que se considerar que, com o desenvolvimento das ciências médicas, determinadas doenças neurodegenerativas progressivas, cuja incidência em pessoas idosas é maior, apresentam um retardamento dos efeitos mais severos, propiciando a essas pessoas um intervalo de lucidez maior, uma higidez mental por um período mais longo. Nesses casos, deve-se fortalecer através de mecanismos adequados à capacidade da pessoa idosa e não negar-lhe de uma vez sua autonomia.

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) criou um novo instrumento de promoção dos interesses das pessoas com deficiência, mas que se encaixa perfeitamente aos casos de pessoas idosas que apresentem deficiência de alguma natureza, com o objetivo de assegurar o exercício da capacidade civil, sem submetê-las ao instituto da curatela, até então o único instrumento existente para a proteção dos direitos da pessoa incapaz maior de idade. O novo instituto foi denominado de *Tomada de Decisão Apoiada*, por força do art. 116 do Estatuto, que inclui o art. 1.783-A e seus onze parágrafos no vigente Código Civil.

Insta consignar que o novo instituto concretiza o art. 12.3 do Decreto nº 6.949/2009, que internalizou a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, que, por sua vez, estabelece que os “Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”. Conforme já afirmado, a referida

deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. §3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. §4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

Convenção integra o ordenamento brasileiro com força e eficácia de emenda constitucional.

Com efeito, a tomada de decisão apoiada já nasce diferenciada na medida em que visa preservar e fortalecer a capacidade civil das pessoas com deficiência, propiciando condições de seu exercício e promovendo sua autonomia e dignidade. Ao contrário, portanto, da curatela que se apresenta com perfil patológico, ou seja, destinada a proteger as pessoas já legalmente consideradas incapazes, outorgando poderes para que o curador e o tutor gerenciem os atos da vida civil, agora restringidos aos atos de natureza patrimonial e negocial (art. 85 do Estatuto).

A tomada de decisão apoiada serve, portanto, para apoiar as pessoas com deficiência na conservação de sua plena capacidade de fato, logo, promover a autonomia e a dignidade, sendo que os apoiadores funcionam como coadjuvantes do processo de tomada de decisões a respeito das escolhas de vida da pessoa com deficiência, e não o contrário, como na hipótese de curatela, quando se eclipsa a vontade da pessoa curatelada, num verdadeiro processo de substituição. Em outros termos, os apoiadores atuam ao lado e como auxiliares da pessoa com deficiência, que será a verdadeira responsável pela tomada de decisão. Destaque-se, portanto, que a tomada de decisão apoiada já nasce vocacionada à preservação da autodeterminação da pessoa com deficiência, com fins de manutenção do seu pleno estado de capacidade de agir.⁸⁹

Nesses termos, estabelece o art. 1.783-A, incluído no Código Civil, por força do art. 116 do Estatuto, que a "tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantém 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 as informações necessários para que possa exercer sua capacidade". Como forma de reforçar a autodeterminação da pessoa com deficiência, a lei lhe reserva o direito de requerer o pedido de tomada de decisão apoiada, bem como indicar de forma expressa as pessoas aptas a lhe prestarem o apoio (art. 1.783-A, §2º), demonstrando o vínculo e a confiança existente entre apoiador e apoiado. A tomada de decisão apoiada depende de processo judicial, com feição de jurisdição voluntária, e que não encontra disciplina processual específica no novo Código de Processo Civil, sendo que o §3º

do art. 1.783-A determina que, antes de se pronunciar sobre o pedido, o juiz deve, acompanhado por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvir pessoalmente o requerente e as pessoas indicadas a lhe prestar apoio.

Assim, embora a prerrogativa de indicar os apoiadores caiba à pessoa com deficiência, nada impede que o magistrado, de ofício ou a pedido do Ministério Público, solicite a substituição de um ou ambos os apoiadores, desde que ele(s) não apresente(m) um sólido vínculo com a pessoa a ser apoiada, não seja confirmada a confiança esperada ou o(s) apoiador(es) não apresente(m) a idoneidade necessária para o exercício da função. Na linha de preservação da vontade da pessoa com deficiência, antes do juiz designar novo apoiador, deve ser instada a pessoa a ser apoiada a indicar novas pessoas aptas a prestarem o apoio.

Anderson Schreiber entende que a oitiva do Ministério Público "é uma exigência equivocada", pois "trata-se, aqui, de pessoa que, segundo o próprio Estatuto, é plenamente capaz, de modo que a intervenção do *Parquet* não encontra fundamento jurídico senão no próprio preconceito que o Estatuto pretendia extirpar: o de se tratar a pessoa com deficiência como alguém inapto a decidir sobre seus próprios rumos". Nessa linha, ainda pontua o mencionado autor que o "excessivo controlo judicial que o Estatuto impõe ao processo de tomada de decisão apoiada tampouco se justifica, à luz da plena capacidade do beneficiário".⁹⁰

O pedido de tomada de decisão apoiada exige a apresentação de termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e dos compromissos dos apoiadores, contendo inclusive o "prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar", conforme prescreve o art. 1.783-A, §1º. Independentemente do prazo de vigência estipulado no acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, a lei permite que a pessoa apoiada, a qualquer tempo, solicite o término do acordo firmado (art. 1.783-A, §9º) como forma de resguardar o direito de escolha da pessoa com deficiência, que pode não mais confiar ou ter um vínculo suficiente com o apoiador. Nesses casos, entende-se que se trata de verdadeiro direito da pessoa apoiada, não sendo o caso do juiz ou outra autoridade perquirir os eventuais fundamentos da decisão já tomada.

⁸⁹ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. No prelo.

⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? *Jornal Carta Forense*, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

O Estatuto foi omissivo em relação à extensão da tomada de decisão apoiada às situações existenciais ou se somente se restringe aos atos de natureza patrimonial e negocial, como revela o novo perfil da curatela.⁹¹ Decerto, embora a lei tenha previsto alguns dispositivos especificamente em relação aos atos negociais, a exemplo dos §§ 5º e 6º, nada impede, inclusive, que, no termo do acordo entre apoiado e apoiadores, eles convencionem os limites da tomada de decisão apoiada para as situações existenciais, além de, em alguns casos mais graves e urgentes, como em situações irreversíveis, os apoiadores possam recorrer ao juiz para dirimir eventual conflito de interesses, sempre atentando para o melhor interesse da pessoa apoiada, que se traduz na promoção de sua autonomia e dignidade.

Por fim, cabe sublinhar que a tomada de decisão apoiada pode anteceder a curatela, como nos casos de doenças neurodegenerativas progressivas, nas quais a pessoa, ainda no estágio inicial da enfermidade, tenha condições de decidir. Contudo, sabedora de que futuramente o desenvolvimento da doença afetará sua capacidade de planejar, pode valer-se da decisão apoiada para formular diretiva antecipada de vontade sobre sua autocuratela, conforme já visto, e indicar seu curador ou curadores (curatela compartilhada, nos termos do art. 1.775-A), que nada impede sejam seus apoiadores. Pelo contrário, ainda na fase da lucidez e higidez mental, a pessoa com deficiência poderá avaliar se os apoiadores são realmente aptos a exercerem em prol de seu melhor interesse o encargo da curatela.

Como visto, tanto as diretivas antecipadas como a tomada de decisão apoiada são instrumentos hábeis a promover a autonomia prospectiva e o fortalecimento da capacidade civil, respectivamente, das pessoas idosas com deficiência, sem prejuízo de se buscar outros instrumentos que visem à independência e à autonomia dessa população socialmente vulnerável.

⁹¹ A depender de cada caso, fixa-se o âmbito da vida da pessoa no qual o apoio será conferido. É possível que alguns casos requeram apoio apenas quanto às decisões jurídicas patrimoniais, enquanto outros demandem apoio para as decisões que impactam na esfera não-patrimonial (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Data de acesso: 26 set. 2015).

7 Notas conclusivas: soberania da pessoa sobre o próprio corpo e o protagonismo sobre a trajetória da vida

Com a mudança do perfil populacional brasileiro nas últimas décadas em razão do aumento da expectativa de vida, novas situações jurídicas surgem na sociedade, e a posição do idoso nas relações sociais assume especial relevo. Os cidadãos que envelheceram querem continuar exercendo com autonomia suas escolhas de vida, mas, muitas vezes, as demais pessoas e a própria família só enxergam o outro como velho, e não a si próprios.⁹²

O processo natural de envelhecimento do corpo, a que todas as pessoas estão sujeitas desde o momento do nascimento com vida, não pode significar *per se* a perda de autonomia. Realça-se, por oportuno, que a “dignidade, a identidade, a liberdade e a autodeterminação, a *privacy* nos seus diversos significados, são prerrogativas a serem declaradas com a especificação *no corpo*, portanto, na vida”⁹³ e não importa em que fase ou momento desta.

O direito à autodeterminação significa também a soberania da pessoa sobre o próprio corpo, mesmo na velhice. O idoso, ainda que com deficiência de qualquer natureza, pode escolher livremente a pessoa com quem deseja dividir o restante de sua vida, casando-se (e deveria poder optar pelo regime de bens que lhe aprovar) e, igualmente, decidir a que tratamentos e intervenções médicas submeter-se, mesmo que sua decisão não coincida com a de seu médico ou de seus familiares.

A pessoa idosa, como qualquer outra, independentemente de idade, é dotada de igual dignidade, tendo idêntico *status personae*, com a única diferença do número de primaveras acumuladas. Como sujeito de direito, possui a mesma personalidade e capacidade jurídica que o direito atribui a todas as pessoas naturais.

Ademais, se, como visto à exaustão, a idade avançada não é causa de perda da capacidade jurídica, não se pode desconsiderar a autonomia do idoso para tomada de decisões que envolvam seu projeto de vida, na realização de seus negócios, o que ensejaria, por conseguinte, a sua infantilização, postura paternalista que deve ser de todo evitada.

⁹² BRAGA, Pérola Melissa Vianna, *op. cit.*, p. 46. Em outro trecho, a autora ressalta a característica da velhice como julgamento social: “Ser velho é ser considerado velho pelos outros. A velhice, portanto, é um julgamento social. Existe uma idade social, ou melhor, uma definição social da idade. Cada sociedade, em cada época da história, tem um conceito social diferente sobre idade” (p. 56).

⁹³ RODOTÀ, Stefano. *Autodeterminação*..., p. 8.

Ainda mais grave, no entanto, é a restrição fora do âmbito patrimonial. Decerto, o excesso de proteção do ordenamento para com pessoas em situação de vulnerabilidade (como os idosos) pode redundar numa verdadeira supressão da sua subjetividade na medida em que decisões sobre o desenvolvimento da personalidade – e, portanto, de relevância existencial – fiquem a cargo de terceiros.⁹⁴ Tal situação se agrava, como visto, nos casos de dupla vulnerabilidade, como é o caso da pessoa idosa com deficiência.

Mesmo no caso da pessoa idosa sujeita à curatela, ou seja, cuja capacidade de fato esteja reduzida pelo reconhecimento de sua incapacidade relativa para as relações jurídicas patrimoniais, a sua vontade nas situações jurídicas existenciais deverá ser preservada, o máximo possível, no exercício de seus interesses, conforme seu discernimento: “Ninguém melhor do que ele poderá proteger, em certas circunstâncias íntimas, a sua personalidade”⁹⁵

A negação da capacidade jurídica ou, ainda, o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa não pode significar uma expropriação da subjetividade e uma negativa da complexa autonomia existencial. Isso porque se corre o risco de condenar à marginalidade todas as decisões que possuam conteúdo não patrimonial e desconsiderar o processo de autoconstrução da pessoa humana, que se renova ao longo de toda a vida.⁹⁶ Por isso, em razão de sua reconhecida diade vulnerabilidade, a pessoa idosa com deficiência merece tutela reforçada no ordenamento civil-constitucional brasileiro no sentido de promover sua autonomia existencial e ampliar seu âmbito de tomada de decisões de cunho pessoal, permitindo que sua dignidade seja concretizada em toda sua dimensão sociocultural.

Simone de Beauvoir⁹⁷ talvez tenha nos brindado com um dos mais ricos ensinamentos ao refletir sobre a exclusão das pessoas idosas da sociedade a partir de um ponto de vista pessoal, sabedora de que se tornaria um deles, como quem pensava e refletia o próprio destino. Eis a chave para abordar o assunto: pensar e refletir a autonomia existencial do idoso como quem pensa e reflete a liberdade de si próprio.

⁹⁴ RODRIGUES, Rafael Garcia, *op. cit.*, p. 13-14.

⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo, *A tutela constitucional...*, p. 203-204.

⁹⁶ RODOTÁ, Stefano, *La vita e Le regole*, *cit.*, p. 27.

⁹⁷ BEAUVOIR, Simone. *A velhice*. São Paulo: Nova Fronteira, 1990, *passim*.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. A autonomia privada como princípio fundamental do ordenamento jurídico: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coords.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- _____. *Capacidad*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Dirutor). *Enciclopedia de Biodecreto y Bioética*. Tomo I. Granada: 2011.
- _____. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FAUCHIN, Luiz Edson (Coords.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. Aspectos jurídicos do envelhecimento. *Revista de Jurisprudência: Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro*, 3. série, n. 6, 1986.
- BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coords.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Eficiácia e efetividade do direito à liberdade. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARRUFFINI, Frederico Liserre. Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos: antes e depois do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 29, v. 8, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Bauer: Manole, 2007.
- BRAGA, Pôrila Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.
- CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice*. São Paulo: EdUSP, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. *Revista Doutrina ADCOAS*, n. 20, v. 8, 2005.
- DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arreas Editores, 2011.
- EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
- LOPES, Elisabete Mariucci; GARCIA, José Alton. A inclusão jurídica e social do idoso. *Revista Forense*, n. 415, v. 108, 2012.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 85, v. 22, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPCDir/UFRGS*, v. 6, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de direito constitucional*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Cristiana de Cássia Pereira; SOUZA, Rildo Bento de. Os caminhos da cidadania: a legislação brasileira referente à pessoa idosa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 184, v. 46, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. V. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Autodeterminação e laicidade*. Trad. De Carlos Nelson Konder. No prelo.

_____. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. 2. ed. Milano: Feltrinelli Editore, 2012.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SILVA, Denis Franco; CICCO, Maria Cristina de. Pessoas: conceito, capacidade, responsabilidade. In: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique Silva; FERES, Marcos Vinícius Chien (Orgs.). *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 33, ano 9, jan./mar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Controvérsias sobre o regime de bens no Código Civil. In: *Novo Código Civil: cinco anos de vigência*. Revista do Advogado, n. 28, Associação dos Advogados de São Paulo, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

SANTOS, Deborah Pereira Pintos dos; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A tutela psicofísica da pessoa idosa com deficiência: em busca de instrumentos de promoção de sua autonomia existencial. In: EHRENDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 311-349. ISBN 978-85-450-0174-4.
