

# A TUTELA JURÍDICA DA PESSOA IDOSA

"A velhice é uma fase da vida marcada por vicissitudes especiais. Essas devem ser consideradas pelo aumento da suscetibilidade da pessoa a fatores como doenças, deficiências, dificuldades de trânsito no mercado de consumo e na seara contratual genericamente, complexidades relacionais tanto consigo quanto com a família e com a sociedade. O Estatuto do Idoso, guiado pelo direito ao amparo extrínseco da Constituição da República de 1988, elaborou enunciados normativos específicos, destinados à pessoa idosa. Tais enunciados preconizam o desenvolvimento livre e igualitário da personalidade ontológica humana.

Com o advento do Estatuto do Idoso em 2003, o sujeito de direitos e deveres ancião passou a ter um marco legal para suas situações jurídicas patrimoniais e existenciais, vigente desde o ano de 2004 até o momento.

Faz exatos 15 (quinze) anos que o Brasil possui uma lei particular para a pessoa senil e é papel dos pesquisadores da matéria colocarem suas impressões sobre o Direito do Idoso contido no Estatuto e, também, noutras searas legais, sociológicas, filosóficas, jurisprudenciais, entre outras, que tratem da pauta inclusiva dessa população. A firmeza de ouvir tais vozes houve, na elaboração dessa obra, o convite a especialistas no tema. As contribuições apresentadas nos capítulos assinalaram, nesse lapso temporal, o sucesso de algumas instituições jurídicas ou a ineficácia de outras e fizeram aportamentos pela concretude social do Direito do Idoso. Confirma-se, diante do cenário descontornado, que o Direito do Idoso vai além das fronteiras de sua lei protetiva, a qual trouxe não só o reconhecimento da questão jurídica de pessoas longevas, mas também o diálogo com outras normas da mesma vertente e com outras ciências".

**Trecho da apresentação dos coordenadores.**

BARLETTA  
ALMEIDA

# A TUTELA JURÍDICA DA PESSOA IDOSA

## AUTORES

ANA PAULA BARBOSA-FOHMANN  
ARYELYN KERTCHER  
BIBIANA GRAEFF CHAGAS PINTO FABRE  
CAMILA POSSAN DE OLIVEIRA  
CRISTIANO HEINECK SCHMITT  
DEBORAH PEREIRA PINTOS DOS SANTOS  
DENIS FRANCO SILVA  
ELISA COSTA CRUZ  
FABIANA RODRIGUES BARLETTA  
FÁBIO TORRES DE SOUSA  
FLAVIA ZANGEROLAME  
FLAVIO ALVES MARTINS  
GABRIEL SCHULMAN  
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA  
GUEREMIR CALMON NOGUEIRA DA GAMA  
HELIOSA HELENA BARROZA  
JAN BORBA RAPOZO  
JIZY MAEL BOLOTARI  
LÍVIA TEIXEIRA LEAL  
LUANA ADRIANO ARAÚJO  
LUCIANA DADALTO  
MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO  
MARINA LACERDA NUNES  
MICHAELA BARROS BARCELLOS FERNANDES  
NATALIA CAROLINA VERDI  
NELSON ROSENVALD  
PAULO FRANCO LUSTOSA  
TÂNIA DA SILVA PÉREIRA  
VANESSA RIBEIRO CORRÊA SAMPAIO SOUZA  
VÍTOR ALMEIDA

MELHOR  
INTERESSE,  
AUTONOMIA E  
VULNERABILIDADE  
E RELAÇÕES DE  
CONSUMO

Siga a EDITORA FOCO para  
Dicas, Notícias, Lançamentos e Sorteios



@editorafoco



/editorafoco



@editorafoco



You  
Tube



INDICADO PARA  
ACADÉMICOS E  
PROFISSIONAIS



EDITORIA  
FOCO

EDITORIA  
FOCO

## COORDENADORES

FABIANA  
RODRIGUES  
BARLETTA

Pós-Doutorada em Direito Público e Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC – Rio. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora-Associada II da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Teorias Jurídicas Contemporâneas.

VITOR  
ALMEIDA

Doutor e Mestrado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED – UERJ, PUC – Rio, EMERJ e ESAP – PGE/RJ. Vice-diretor do Instituto Brasileiro de Bioética e Biodireito (IBIOS). Advogado. Pós-doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

## COORDENADORES

FABIANA  
RODRIGUES  
BARLETTA

VITOR  
ALMEIDA

# A TUTELA JURÍDICA DA PESSOA IDOSA

## AUTORES

ANA PAULA BARBOSA-FÖHRMANN  
ARYELEN KERTCHER  
BIBIANA GRAEFF CHAGAS PINTO FABRE  
CAMILA POSSAN DE OLIVEIRA  
CRISTIANO HEINECK SCHMITT  
DEBORAH PEREIRA PINTOS DOS SANTOS  
DENIS FRANCO SILVA  
ELISA COSTA CRUZ  
FABIANA RODRIGUES BARLETTA  
FÁBIO TORRES DE SOUSA  
FLÁVIA ZANGEROLAME  
FLÁVIO ALVES MARTINS  
GABRIEL SCHULMAN  
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA  
GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA  
HELOISA HÉLENA BARROZA  
IAN BORBA RAPOZO  
JEIZY MAEL BOLOTARI  
LÍVIA TEIXEIRA LEAL  
LUANA ADRIANO ARAÚJO  
LUCIANA DADALTO  
MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO  
MARINA LACERDA NUNES  
MICAELA BARROS BARCELLOS FERNANDES  
NATALIA CAROLINA VIERDI  
NELSON ROSENVALD  
PAULO FRANCO LUSTOSA  
TÂNIA DA SILVA PEREIRA  
VANESSA RIBEIRO CORRÊA SAMPAIO SOUZA  
VÍTOR ALMEIDA

MELHOR  
INTERESSE,  
AUTONOMIA E  
VULNERABILIDADE  
E RELAÇÕES DE  
CONSUMO

2020 © Editora Foco

**Organizadores:** Fabiana Rodrigues Barletta e Vitor Almeida

**Autores:** Ana Paula Barbosa-Fohrmann, Aryelen Kertcher, Bibiana Graeff Chagas Pinto Fabre, Camila Possan de Oliveira, Cristiano Heinreck Schmitt, Deborah Pereira Pintos dos Santos, Denis Franco Silva, Elisa Costa Cruz, Fabiana Rodrigues Barletta, Fábio Torres de Sousa, Flavia Zangerolame, Flávio Alves Martins, Gabriel Schulman, Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Heloisa Helena Barboza, Ian Borba Rapozo, Jeizy Mael Botolatri, Lívia Teixeira Leal, Luana Adriano Araújo, Luciana Dadalto, Marcelo Junqueira Calixto, Marina Lacerda Nunes, Micaela Barros Barcelos Fernandes, Natalia Carolina Verdi, Nelson Rosenvald, Paulo Franco Lustosa, Tânia da Silva Pereira,

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Vitor Almeida,

**Diretor Acadêmico:** Leonardo Pereira

**Editor:** Roberta Densa

**Assistente Editorial:** Paula Morishita

**Revisora Sênior:** Georgia Renata Dias

**Capa Criação:** Leonardo Hermano

**Diagramação:** Ladislau Lima

**Impressão miolo e capa:** META BRASIL

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

T966

A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso / Ana Paula Barbosa-Fohrmann ... [et al.] ; coordenado por Fabiana Rodrigues Barletta, Vitor Almeida. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2020.

400 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN 978-85-8242-432-2

1. Direito. 2. Direito do idoso. 3. Estatuto do Idoso. 4. Barbosa-Fohrmann, Ana Paula. II. Kertcher, Aryelen. III. Fabre, Bibiana Graeff Chagas Pinto. IV. Oliveira, Camila Possan de. V. Schmitt, Cristiano Heinreck. VI. Santos, Deborah Pereira Pintos dos. VII. Silva, Denis Franco. VIII. Cruz, Elisa Costa. IX. Barletta, Fabiana Rodrigues. X. Sousa, Fábio Torres de. XI. Zangerolame, Flavia. XII. Martins, Flávio Alves. XIII. Schulman, Gabriel. XIV. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novais. XV. Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. XVI. Barboza, Heloisa Helena. XVII. Rapozo, Ian. XVIII. Botolatri, Jeizy Mael. XIX. Leal, Lívia Teixeira. XX. Araújo, Luana Adriano. XXI. Dadalto, Luciana. XXII. Calixto, Marcelo Junqueira. XXIII. Nunes, Marina Lacerda. XXIV. Fernandes, Micaela Barros Barcelos. XXV. Verdi, Natalia Carolina. XXVI. Rosenvald, Nelson. XXVII. Lustosa, Paulo Franco. XXVIII. Pereira, Tânia da Silva. XXIX. Souza, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. XXX. Almeida, Vitor. XXXI. Título.

2019-2212

CDD 341.27 CDU 342.7

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito do idoso 341.27 2. Direito do idoso 342.7

**DIREITOS AUTORAIS:** É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem abos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua edição. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

**NOTAS DA EDITORA:**

**Atualizações e erratas:** A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento. Informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

**Erros:** A Editora se compromete a disponibilizar no site [www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br), na seção Atualizações, eventuais erros por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, portanto, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (12.2019) – Data de Fechamento (10.2019)

2020

Todos os direitos reservados à  
Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal  
CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP  
E-mail: contato@editorafoco.com.br  
[www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br)

*Que ficar velho não seja envelhecer, mas velejar.*

Bruno Lima Penido

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	IX
--------------------	----

## PARTE I

### O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO IDOSO E A EFETIVIDADE DA LEI 10.741/2003

1. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA PESSOA IDOSA: EFETIVIDADE E DESAFIOS Heloisa Helena Barboza.....	3
2. PANORAMA ATUAL DA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO NO ESTATUTO DO IDOSO Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka .....	21
3. FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA NO BRA- SIL: BREVE PANORAMA Bibiana Graeff Chagas Pinto Fabre .....	41
4. DESVENDANDO O DIREITO À EDUCAÇÃO AO LONGO DA VIDA DE PES- SOAS IDOSAS: UMA ANÁLISE DO ART. 25 DO ESTATUTO DO IDOSO Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Luana Adriano Araújo .....	51
5. CONQUISTAS E DESAFIOS PARA A TUTELA DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA Tânia da Silva Pereira e Lívia Teixeira Leal .....	73

## PARTE II

### AUTONOMIA E VULNERABILIDADE DA PESSOA IDOSA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS E FAMILIARES

1. PESSOAS IDOSAS COM ALZHEIMER: DIÁLOGOS ENTRE A CONSTITUI- ÇÃO FEDERAL, O ESTATUTO DO IDOSO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Marina Lacerda Nunes .....	91
2. A GUARDA DE FATO DE IDOSOS Nelson Rosenvald.....	119

3. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL DA PESSOA IDOSA Deborah Pereira Pintos dos Santos e Vitor Almeida.....	135
4. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO CONTEXTO PROTETIVO DO ENVELHECIMENTO ATIVO Luciana Dadalto e Natalia Carolina Verdi.....	163
5. SOLIDARIEDADE E TUTELA DO IDOSO: O DIREITO AOS ALIMENTOS? Denis Franco Silva e Fabiana Rodrigues Barletta.....	179
6. A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS (IDOSOS) E O MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: TRAJETÓRIA EVOLUTIVA E PONDERAÇÕES À LUZ DA APLICAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza.....	193
7. CONSIDERAÇÕES SOBRE ALIMENTOS NO ABANDONO AFETIVO E A TUTELA DO IDOSO SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL Flavia Zangerolame .....	209
8. A PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE DA PESSOA IDOSA EM NEGÓCIOS JURÍDICOS NÃO CONSUMERISTAS Elisa Costa Cruz .....	233
9. CURATELA DO IDOSO E DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ADQUIRIDA Micaela Barros Barcelos Fernandes .....	245

**PARTE III**  
**A PROTEÇÃO DO IDOSO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

1. DIVERGÊNCIAS NO ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE O REAJUSTE DA PRESTAÇÃO MENSAL POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA EM PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE CONTRATADOS COM CONSUMidores IDOSOS E O PRINCíPIO DO MELHOR INTERESSE DO IDOSO Fabiana Rodrigues Barletta e Flávio Alves Martins .....	267
2. REAJUSTES POR FAIXA ETÁRIA EM PLANOS DE SAÚDE E A (IM)POSSIBILIDADE DE REAJUSTE APÓS OS 60 ANOS: PROBLEMAS ANTIGOS NA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ Gabriel Schulman e Aryelen Kertcher .....	289

3. O IDOSO SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMidor: UM HIPERVULNERÁVEL E A SUA NECESSÁRIA PROTEÇÃO Cristiano Heineck Schmitt e Camila Possan de Oliveira.....	303
4. BREVES REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DAS NOVAS TECNOLOGIAS USADAS NA PESSOA IDOSA Marcelo Junqueira Calixto.....	325
5. HIPOTÉCA REVERSA: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA? Paulo Franco Lustosa .....	335
6. O ESTATUTO DO IDOSO E SUA EFETIVIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TJMG Fábio Torres de Sousa .....	351
7. A TUTELA DA PESSOA IDOSA NA CONTRATAÇÃO DE SEGUROS DE VIDA Ian Borba Rapozo e Jeizy Mael Bolotari .....	371

## REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL DA PESSOA IDOSA

*Deborah Pereira Pintos dos Santos*

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Master of Law pela Harvard Law School (LLM 18'). Procuradora do Município do Rio de Janeiro (PGM-Rio). Advogada.

*Vitor Almeida*

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio, EMERJ e ESAP-PGRJ. Vice-diretor do Instituto Brasileiro de Bioética e Biodireito (IBIOS). Advogado.

*A tragédia da velhice não é ser-se velho, mas ser-se novo* (Oscar Wilde)

**Sumário:** 1. Notas introdutórias: o envelhecimento do corpo e a vulnerabilidade social. A tutela da pessoa idosa com deficiência – 2. Personalidade, capacidade e liberdade: entre conceitos, sentidos e função; 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 – 3. Capacidade e autonomia privada – 4. A vulnerabilidade da pessoa idosa e seu melhor interesse – 5. O direito à autodeterminação do idoso em situações existenciais – 6. Autonomia prospectiva existencial da pessoa idosa – 7. Notas conclusivas: soberania da pessoa sobre o próprio corpo e o protagonismo sobre a trajetória da vida.

### 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.<sup>1</sup> As marcas do tempo são visíveis e o corpo muda com o passar dos anos, e o processo de envelhecimento deve ser visto como

---

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

uma fase da vida na qual a dignidade da pessoa humana merece especial proteção, em razão de sua maior vulnerabilidade.

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 a perda de autonomia".<sup>2</sup> Nesse sentido, frase emblemática é atribuída a E. J. Stieglitz, para quem "a suprema tragédia da velhice é a convicção da inutilidade".<sup>3</sup>

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 adotar comportamentos correlatos às situações subjetivas interessadas.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup> Em 15 de junho de 2015 foi aprovada a Convenção Interamericana sobre a proteção dos direitos humanos das pessoas idosas pelos Estados membros da Organização dos 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

2. DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice*. São Paulo: EdUSP, 1999. p. 26. A partir de experiências em audiências na vara de ôrfãos e sucessões da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro, Juiza Andrea Pachá desenvolveu essa mesma ideia no livro *Velhos são os outros*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 1986.

3. STIEGLITZ, E. J. A suprema tragédia da velhice é a convicção da inutilidade. *Senecta. 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*, 3ª série, n. 6, 1986.

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

5. "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 possibilidades 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". LOPES, Eliabete Mariucci e GARCIA, José Alton. A inclusão jurídica e social do idoso. *Revista Forense*, n. 415, v. 108, 2012, p. 98-99. Vale destacar, ainda, a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento (2002), bem como os instrumentos regionais, tais como a Estratégia Regional de Implementação para a América Latina e o Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento (2003), a Declaração de Brasília (2007), o Plano de Ação da Organização Pan-Americana de Saúde sobre a Saúde dos Idosos, Incluindo o Envelhecimento Ativo e Saudável (2009), a Declaração de Compromisso de Port of Spain (2009) e a Carta de San José sobre os direitos do idoso da América Latina e do Caribe (2012).

voltado à proteção e à promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas idosas, em igualdade de condições.

Com o aumento da expectativa de vida da população brasileira nas últimas décadas,<sup>6</sup> a situação do idoso chamou a atenção do Constituinte e, com isso, a Constituição de 1988 introduziu direitos específicos para essa parcela da população, definindo responsabilidades, entre as gerações, para a família, o Estado e a própria sociedade.<sup>7</sup> No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 8.842/1994 estabeleceu a Política Nacional do Idoso, que foi efetivada, na área da saúde, pela Política Nacional de Saúde do Idoso.<sup>8</sup> Posteriormente, em 2003, foi sancionado o Estatuto do Idoso (Lei n. 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.<sup>9</sup>

Decerto, a cidadania da pessoa idosa não se reduz à mera sobrevivência, incluindo, sobretudo, a busca por uma vida qualitativamente digna. 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. Indispensável afirmar que 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 se assenta tanto em fatores de ordem biológica e sociocultural. O mesmo

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>. Acesso em: 25.01.2014.

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 (Org.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 745.

8. Portaria n. 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 n. 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.

pode-se estender às pessoas com deficiência, que além do impedimento de natureza física, mental, sensorial ou intelectual, também são marginalizados socialmente.

Neste 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 n. 13.146/2015),<sup>10</sup> sendo necessária tutela enérgica 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 da 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. Isso porque reside justamente no regime das incapacidades um dos maiores obstáculos ao pleno reconhecimento da autonomia da pessoa idosa, especialmente com deficiência mental ou intelectual.<sup>11</sup>

Há dificuldade na doutrina para distinguir conceitualmente as ideias de personalidade e capacidade jurídica.<sup>12</sup> Quanto à primeira, a rigor, identificam-se dois sentidos técnicos para o termo.<sup>13</sup> 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”.<sup>14</sup>

Nesse sentido, ter personalidade como *valor* é característica da pessoa humana, atraindo, por essa razão, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações

10. V. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (Org.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 54-60.

11. Seja consentido remeter a ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 86-87.

12. Cf. CUPIS, Adriana. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 19.

13. Ja atribui os dois sentidos ao termo “personalidade”, DANTAS, São Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 151.

14. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 1, p. 4. A mesma posição foi antes desenvolvida em TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. I, p. 28-29.

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*.<sup>15</sup> 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.

Já a capacidade de direito é a aptidão genérica da pessoa para ter a titularidade e exercer situações jurídicas subjetivas. Todo ente qualificado como pessoa – natural ou jurídica – pelo ordenamento jurídico possui capacidade.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Como ensina Heloisa Helena Barboza, a capacidade é conceito dinâmico e admite graus, ausência parcial, limitações e extensões.<sup>18</sup> 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 Justíniano, 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).<sup>19</sup>

A capacidade é conceito necessariamente quantitativo, que admite graduação. Contudo, a pessoa, como sujeito de direito, possui subjetividade e tem garantido 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

15. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e 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. p. XXVI-XXVII.

16. Confirme preceituado o art. 1º do Código Civil: “esta pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

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

18. BARBOZA, Heloisa Helena. *Capacidade*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dirutor). *Enciclopédia de Biomedicina e Bioética*. Granada, 2011. t. I, p. 325 (tradução livre).

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

aquele que não o tem é declarado absolutamente incapaz".<sup>20</sup> Desse modo, somente "quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos".<sup>21</sup> A capacidade, numa 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 dado 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 de que é titular.

Nas pessoas jurídicas e nos entes despersonalizados, a lei estabelece os contornos e limites à sua capacidade.<sup>22</sup> 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 plena deve ser a regra no ordenamento, cuja função se aflora como consectário 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.<sup>23</sup> 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".<sup>24</sup>

Como já repetido, todas as pessoas possuem capacidade de direito. É o princípio da capacidade total de direito no plano do direito 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".<sup>25</sup> 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 que são titularizadas por uma pessoa; a capacidade de fato, de exercício ou negocial, embora também um conceito quantitativo, se funda em premissas qualitativas ligadas ao pressuposto de "racionalidade humana" do conceito de pessoa.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

Decerto, a capacidade de direito representa a posição estática do sujeito, enquanto a capacidade de fato traduz a 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. Com efeito, as limitações à capacidade de exercício devem ser vistas como excepcionais, sendo necessariamente estabelecidas em lei, tendo ainda que, em alguns casos, ser declarada 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 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.<sup>28</sup> 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".<sup>29</sup> Assim, enquanto a capacidade é genérica, a legitimidade se refere a um determinado ato em particular.<sup>30</sup>

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

21. *Ibidem*, p. 192.

22. Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil cit.*, p. 227.

23. EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 137.

24. 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.

25. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. I, p. 247-248.

26. SILVA, Denis Franco; CICCO, Maria Cristina de. *Pessoas: conceito, capacidade, responsabilidade*. In: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique Silva; FERES, Marcos Vinícius Chien (Org.). *Instituições de Direito. Juiz de Fora*. Ed. UFJF, 2011. p. 129-130.

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

28. BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 329-330 (tradução livre).

29. AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 224-225.

30. 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

A ausência de capacidade de fato não interfere na titularidade de situações jurídicas subjetivas, pois a capacidade de direito estará sempre presente. O incapaz pode adquirir direitos e contrair obrigações. Para tanto, a lei prevê a necessidade de estar assistido ou representado, se relativa ou absolutamente incapaz, respectivamente.<sup>31</sup>

O instituto da incapacidade foi construído para a proteção de determinado grupo de pessoas em que a lei estabeleceu que faltavam determinados requisitos para o pleno exercício dos direitos, geralmente em razão da menor idade 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 inaptos para a vida civil, na sua totalidade" e, de outro, "os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de exercício". 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*.<sup>32</sup>

Enfatiza a doutrina que a finalidade precípua do regime das incapacidades é a proteção de incapaz nas relações jurídicas patrimoniais. Decerto, as restrições à capacidade de agir, seja absoluta ou relativa, não existem para alheiar os incapazes, mas para integrá-los ao mundo negocial.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup>

Como se verá adiante, a divisão estanque entre capacidade e incapacidade, entre capacidade de direito e de exercício, resente-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 (art. 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.<sup>35</sup>

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 meação". 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 n. 332 de sua Súmula que "a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia".

31. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 249.

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

33. EBERLE, Simone. Op. cit., p. 139.

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

35. Nesse diapasão, é o enunciado n. 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. Milano: Feltrinelli Editore, 2012. p. 26-27.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD, instaurou profundas mudanças no instituto da capacidade jurídica. Encontra-se em seu art. 6º uma das mais importantes 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, espalhando 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*.<sup>36</sup> Com isso, fundou-se no direito brasileiro a incapacidade absoluta de pessoa maior de idade.

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 *exceptionais, sem desenvolvimento mental completo*, por "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade". Desse modo, "o EPD estabeleceu que a deficiência não é critério para aferição da capacidade (art. 6º, *caput*), em plena sintonia com o CDPD que reconhece a capacidade legal das pessoas com deficiência".<sup>37</sup>

No entanto, em interpretação sistemática do art. 6º cumulado com o art. 84, § 1º, ambos do EPD, 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 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.

36. Excluídos estão "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).

37. ALMEIDA, Vitor. Op. cit., p. 192.

### 3. CAPACIDADE E AUTONOMIA PRIVADA

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”.<sup>38</sup> 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.

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”.<sup>39</sup> 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 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.<sup>40</sup>

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 violam direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade”.<sup>41</sup>

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

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

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

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

Por sua vez, a autonomia privada<sup>42</sup> encontra-se entrelaçada com a *capacidade jurídica*.<sup>43</sup> 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, 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. Desse modo, ao lado do absolu ou relativamente incapaz, existe sempre alguém que o representa ou assista, respectivamente, suprindo a sua incapacidade,<sup>44</sup> 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”.<sup>45</sup> 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-a vulnerável, visando alcançar a igualdade substancial. “Dai voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana”.<sup>46</sup>

No que se refere ao segundo aspecto, a mudança no objeto da autonomia privada “revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado”.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup> ~

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 isso, esta última é variável, dependendo, na sua perspectiva dinâmica, do nível de discernimento para exprimir validamente sua vontade.<sup>49</sup> Laciona Maria Celina Bodin de Moraes que

42. Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental do ordenamento jurídico: perspectiva estrutural e funcional. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n. 102, abr./jun., 1989, p. 214.

43. Loc. cit.

44. DANTAS, San Tiago. Op. cit., p. 136-137.

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

46. Ibidem, p. 15.

47. Loc. cit.

48. Loc. cit.

49. Cabe lembrar que o EPD revogou os incisos dos arts. 3º e 4º do CC que mencionavam o termo “discernimento”, que sempre foi de difícil compreensão para o Direito. Sobre as novas nuances do discernimento, cf. ALMEIDA, Vitor. Op. cit., p. 179-186.

[...] 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.<sup>50</sup>

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 restrinuida, evidentemente nos limites do razoável, o poder de decisão com relação a determinados atos do cotidiano e mesmo da vida civil”.<sup>51</sup>

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 existencial.<sup>52</sup> Isso porque o legislador democrático entendeu que a vida, para ser digna, precisa, intrinsecamente, da maior liberdade possível nas relações não patrimoniais.<sup>53</sup>

Stefano Rodotá 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”.<sup>54</sup> 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, 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.<sup>55</sup>

Ressalte-se, a propósito, que os ensinamentos são inteiramente aplicáveis à realidade brasileira a partir da ordem constitucional instaurada em 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 de realização por outrem.

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 existências. Assim, “a condição real de discernimento em cada caso passa a ser fundamental para que tenha alguma eficácia a manifestação de vontade daquela 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”.<sup>56</sup>

Portanto, torna-se imperiosa a reconfiguração do sujeito de direito, afastando-se de sua versão abstrata para valorizar a pessoa humana concreta, inserida em determinada relação jurídica. Consoante ensinamento 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.<sup>57</sup> 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 deve ser visto como mero processo degenerativo do organismo, mas sim como “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.<sup>58</sup>

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 torna-se plenamente capaz. No entanto, não há parâmetro equivalente para a perda da capacidade, sendo necessário processo judicial em que se apurara a incapacidade do indivíduo, o qual poderá, então, sujeitar-se à curatela, mesmo assim nos limites fixados pela decisão judicial.<sup>59</sup> Como acentua Ana Carolina Brochado Teixeira:

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

51. BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, 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.

52. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 347-349.

53. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do princípio da liberdade* cit., p. 190.

54. RODOTÁ, Stefano. *Autodeterminação e laicidade*. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set., 2018, p. 144.

55. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 1003-1004.

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

57. BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões...* cit., p. 422.

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

59. Cf. DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 75.

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 adquirida 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.<sup>60</sup>

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-se 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".<sup>61</sup>

Com efeito, a função promocional do direito deve garantir à pessoa humana um envelhecimento com autonomia.<sup>62</sup> Inegavelmente, ao idoso foi concedida proteção constitucional reforçada, em razão de sua especial vulnerabilidade, o que, todavia, não pode anular a liberdade que compõe o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana.<sup>63</sup> Decerto, 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.<sup>64</sup> 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 voluntária instituída entre pessoas privadas (em relação às obrigações).<sup>65</sup>

Nas situações jurídicas existenciais envolvendo vulneráveis, como os idosos, capazes ou incapazes juridicamente, não poderá haver comprometimento injustificado de sua autonomia, sob pena de sacrifício de sua liberdade e, em

60. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 26.

61. Ibidem, p. 26.

62. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 13-14.

63. Cf. BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p. 189-190.

64. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 419-420.

65. FAVIER, Yann. A imalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de 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.

última instância de sua dignidade. Mesmo reduzida em razão de seu estado de vulneração, a autonomia não poderá serpreterida em determinadas situações. Pelo contrário, o direito à autodeterminação dos vulneráveis deverá ser protegido e até encorajado.<sup>66</sup>

Por conseguinte, é necessário separar a incapacidade natural, inherente 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 étarios, deficiência intelectual ou outros contingenciais da vida, como a prodigalidade, ebriedade e uso de entorpecentes. Permita-se repetir que o avançar da idade, *per se*, não é fator gerador da incapacidade. Conforme Ana Carolina Brochado Teixeira:

É de grande relevância distinguir-se a incapacidade natural, inherente 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.<sup>67</sup>

De igual modo, segundo 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".<sup>68</sup>

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,

66. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 423. Essa é também a lição, no direito italiano, de RODOTÁ, Stefano. *La vita... cit.*, p. 28.

67. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 29.

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

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.<sup>69</sup>

Nada obstante, em muitas situações cotidianas, a família, sob o fundamento de cuidar do bem-estar da pessoa idosa, de protegê-la e poupar-lá, 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 não pode mais viver sozinha, criando-se forçadamente situação de dependência.<sup>70</sup> Ou seja, apesar de juridicamente capaz, é comum 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 a verificação direta e concreta da impossibilidade de exprimir a vontade de forma permanente 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. Em consequência, "a libertação das necessidades e respeito à dignidade, como concretização ao princípio da igualdade, que é válido prescindindo das condições pessoais e de idade".<sup>71</sup> 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".<sup>72</sup>

69. Introdução à Portaria n. 1.395/GM, de 10 de dezembro de 1999. Atualmente, está em vigor a Portaria n. 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 alvo dessa política todo cidadão e cidadã brasileiro com 60 anos ou mais de idade".

70. Cf. BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Op. cit., p. 48-49.

71. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 788-789.

72. 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.

## 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 personalidade".<sup>73</sup> 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".<sup>74</sup>

Como já reiterado, a idade avançada não é causa incapacitante, devendo ser protegida a autonomia do idoso, ainda que seja considerado vulnerável. Aliás, sua autonomia deve ser enaltecid a pelo ordenamento exatamente em razão de sua vulnerabilidade. O direito à liberdade significa que a 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.<sup>75</sup>

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.<sup>76</sup> 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 contempla na relação interesses exclusivamente patrimoniais".<sup>77</sup> Ou seja, a *ratio da norma* funda-se no fato de que a pessoa idosa, por ser vulnerável, deve ser protegida contra-ataques 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 "no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".<sup>78</sup> Isso em

73. RODOTA, Stefano. Autodeterminação e laicidade cit., p. 145.

74. MEIRELSES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 89.

75. BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Op. cit., p. 71.

76. Art. 1641: "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 n. 12.344/2010, sendo que antes a limitação legal surgira 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 à norma que também era prevista no Código Civil de 1916.

77. BARRUFINI, 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.

78. Enunciado n. 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 reúnam os bens adquiridos por sua atividade

razão da necessidade de ser reconhecida a colaboração e esforço comum entre os conjuges, ainda que não houvesse uma repartição equânime da contribuição financeira.<sup>79</sup>

Superados os aspectos puramente patrimoniais, a questão central levantada é se poderia o Estado, em nitidamente postura paternalista, sob fundamento calado 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-se, ainda que não esteja submetida à curatela.

O EPD 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 (arts. 6º, I e 85, § 1º). Desse modo, apesar de o Estatuto não ter revogado expressamente o art. 1.641, II, do Código Civil, tal dispositivo parece afrontar o art. 230 da Constituição da República e os princípios norteadores do Estatuto que visam emancipar e promover a autonomia da pessoa com deficiência.

A constitucionalidade da norma do Código Civil é duvidosa por ter nítido viés discriminatório em relação às pessoas idosas. Além disso, também não se sustenta a tese de proteção de pessoas acima de 70 anos com deficiência mental ou intelectual que pudessem ser submetidas a tal regra, pois contraria a lógica da Lei de Inclusão e da Convenção de Nova Iorque, que possui *status* constitucional em nosso ordenamento. Trata-se, ademais, de hipótese de infantilização do idoso pela própria lei. Se é certo que podem ocorrer casamentos por interesse nesta faixa etária, também é indubioso que eles poderão igualmente ocorrer em todas as idades.<sup>80</sup> Nada impede uma pessoa de desfrutar de seu patrimônio (e das companhias que desejar) durante qualquer fase da vida, mesmo na velhice.<sup>81</sup>

comum". Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "(...) 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 significativa 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).

79. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, p. 201. Sob a aplicabilidade do entendimento após a vigência do Código Civil de 2002, v. TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no Código Civil. Novo Código Civil: cinco anos de vigência. Revista do Advogado, n. 28 da Associação dos Advogados de São Paulo, 2008, p. 117.

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

81. 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

Com efeito, a norma possui evidente viés patrimonialista, de prevalência das situações jurídicas patrimoniais sobre as existenciais, o que não encontra mais guarda na atual ordem constitucional. Além de propiciar a leitura do princípio da autonomia privada nas situações patrimoniais, a interpretação civil-constitucional do direito civil impõe o reconhecimento da proteção reforçada das situações existenciais, pois são diretamente voltadas à promoção dignidade da pessoa humana.<sup>82</sup>

Portanto, a norma é evitada de vício de inconstitucionalidade, por violar o direito à autodeterminação do idoso, punindo-o pela escolha de se casar nessa fase da vida e submetendo-o à 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). Há claro 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".<sup>83</sup> Para decidir sobre determinado 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

razão da idade dos nubentes 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".

82. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 89. v. aínda, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018.

83. 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.

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 e acessível e apresentada de maneira compreensível 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".

Em razão da fragilidade do corpo e da mente, fruto da perda da capacidade natural ao longo dos anos, os médicos devem ter cuidado redobrado ao prestarem as informações devidas à pessoa idosa. Para que haja o consentimento realmente esclarecido, é necessária maior atenção 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. 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.<sup>84</sup>

Não obstante, existem casos em que as informações não podem ser passadas diretamente para o paciente, quando ele não possui condições físicas ou psicológicas de recebê-las, casos em que "informar é mais nocivo do que não informar". Nesses hipóteses, os médicos deverão prestar as informações necessárias aos familiares ou responsáveis, os quais acabam tendo a responsabilidade de decidir pelo paciente o tratamento que será seguido.<sup>85</sup> A situação, que é comum com pacientes idosos, mor-

84. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Op. cit., p. 43.

85. 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 (Resolução CFM n. 2.217/2018), no art. 34 fine, segundo o qual é vedado ao médico "deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal".

mente aqueles com alguma deficiência – geralmente mental ou intelectual, possui previsão expressa no parágrafo único do art. 17 do Estatuto,<sup>86</sup> deve ser manejada com especial cautela, tendo em vista a possibilidade de cerceamento da autonomia da pessoa idosa com deficiência, devendo ser atestado cabalmente sua impossibilidade de tomar as decisões relativas à intervenção médica.

A Convenção Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos prescreve que 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<sup>87</sup> 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 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.<sup>88</sup>

Por conseguinte, caberá ao médico responsável pelo tratamento do paciente idoso verificar sua *real capacidade para consentir* – independentemente da existência ou não da pessoa se encontrar sob curatela, que reconheça sua impossibilidade, ainda que transitória, para manifestar sua vontade de forma válida. Cabe frisar que o EPD estabelece que o consentimento, livre e esclarecido, da pessoa com deficiência é indispensável para tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica e em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei, devendo ser assegurada sua participação no maior grau possível (arts. 11 e 12).<sup>89</sup> Para tanto, deverá ser

86. 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 Públco".

87. 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.

88. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Op. cit., p. 78. Sob o ponto, v. BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 206. n. 86.

89. Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (Org.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 92-99.

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.<sup>90</sup>

## 6. AUTONOMIA PROSPECTIVA EXISTENCIAL DA PESSOA IDOSA

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. 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 se verifica severo comprometimento cognitivo resultando 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”, quem 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”.<sup>91</sup>

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 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 avanço no respeito à decisão de enfermos incapacitados de exprimir sua vontade, que é apresenta como importante

90. Ibidem, 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 Aisengart; 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 paciente, submetido a procedimento tormentoso e inútil aquela altura”.

91. BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 206, n. 86.

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).<sup>92</sup>

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.

Nada impede, ainda, a denominada autocuratela que consiste em “declaração prévia de vontade na qual a pessoa ainda plenamente capaz escolhe o curador ou os curadores – em curatela compartilhada ou fracionada –, bem como nada impede que registre no documento algumas diretrizes para a gestão patrimonial e eventuais cuidados com a saúde, que serão levadas em conta pelo curador, desde que atendam ao seu melhor interesse”.<sup>93</sup> Trata-se de mais um instrumento para a promoção da autonomia prospectiva da pessoa idosa com deficiência.

Apesar da importância das chamadas diretivas antecipadas como instrumento de promoção do respeito à vontade anteriormente externada pelas pessoas em momento de plena capacidade, no caso das doenças neurodegenerativas progressivas, cuja incidência em pessoas idosas é maior, que apresentam um retardamento dos efeitos mais severos, os idosos portadores dessas doenças tendem a apresentar intervalo de lucidez maior, mantendo a higiéz mental por um período mais longo. Nesses casos, deve-se fortalecer através de mecanismos adequados à capacidade da pessoa idosa e não lhe negar por completo a sua autonomia.

Nesse sentido, o EPD criou 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

92. Art. 2º, Resolução n. 1995/2012: [...] § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico 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.

93. ALMEIDA, Vitor. Op. cit., p. 265.

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 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 instituto concretiza o art. 12.3 do Decreto n. 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 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 relativamente incapazes, outorgando poderes para que o curador gerencie 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 estatuto de capacidade de agir.<sup>94</sup>

Nestes 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 mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e 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.<sup>95</sup>

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.

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

94. Cf. ALMEIDA, Vitor. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2018. p. 435-448.

95. 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 pretende extirpar: o de se tratar a pessoa com deficiência como alguém inapto a decidir sobre seus próprios ramos". Nessa linha, ainda posso mencionar autor que o "excesso de controle judicial que o Estatuto impõe ao processo de tomada de decisão apoiada tampouco se justifica, à luz da plena capacidade do beneficiário". 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: 14.07.2016.

## 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.<sup>96</sup>

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"<sup>97</sup> 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. 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.

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 na verdadeira supressão de sua subjetividade, na medida em que decisões sobre o desenvolvimento da personalidade – e, portanto, de relevância existencial – fiquem a cargo de terceiros.<sup>98</sup> Tal situação torna-se ainda mais evidente, como visto, nos casos de vulnerabilidade agravada, como é o caso da pessoa idosa com deficiência.

Mesmo no caso da pessoa idosa sujeita a 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, afinal: "ninguém melhor do que ele poderá proteger, em certas circunstâncias íntimas, a sua personalidade".<sup>99</sup>

O reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa não pode significar a expropriação da subjetividade e a 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.<sup>100</sup> Por isso, em razão de sua reconhecida vulnerabilidade, a pessoa idosa com deficiência merece tutela reforçada no ordenamento brasileiro no sentido de promover sua autonomia existencial e ampliar seu âmbito de tomada de decisões de cunho pessoal, permitindo que a dignidade humana seja concretizada em toda sua dimensão sociocultural.

Simone de Beauvoir<sup>101</sup> talvez tenha 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.

96. BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Op. cit. p. 46.

97. RODOTÁ, Stefano. *Autodeterminação...* cit. p. 8.

98. RODRIGUES, Rafael Garcia. Op. cit., p. 13-14.

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

100. RODOTÁ, Stefano. *A vida e Le regole* cit., p. 27.

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