

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE

PRÍSCILA FERREIRA VIEIRA DE MELO

**A MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DA PESSOA IDOSA À LUZ DA
NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES**

JOÃO PESSOA

2019

PRÍSCILA FERREIRA VIEIRA DE MELO

A MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DA PESSOA IDOSA À LUZ DA
NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao programa de pós graduação em prática judicante da Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a ESMA – Escola Superior da Magistratura da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Orientador: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite

JOÃO PESSOA – PB

2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M528m Melo, Priscila Ferreira Vieira de.

A manutenção da autonomia privada da pessoa idosa à luz da nova teoria das incapacidades [manuscrito] / Priscila Ferreira Vieira de Melo. - 2019.

59 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2019.

"Orientação : Prof. Dr. Glauber Salomão Leite ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Capacidade Civil. 2. Direito do Idoso. 3. Autonomia da vontade. 4. Autocuratela. I. Título

21. ed. CDD 348.02

PRÍSCILA FERREIRA VIEIRA DE MELO

A MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DA PESSOA IDOSA À LUZ DA
NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao programa de pós graduação em prática judicante da Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a ESMA – Escola Superior da Magistratura da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Data da avaliação 17/05/2019
Nota: 5,0

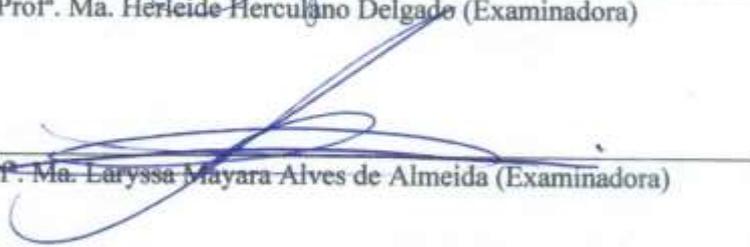
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Glauber Salomão Leite (Orientador)



Prof. Ma. Herleide Herculano Delgado (Examinadora)



Prof. Ma. Laryssa Mayara Alves de Almeida (Examinadora)

Para minha avó, Marlene

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho monográfico foi realizado durante um momento bastante conturbado da minha vida. Foi, mais do que nunca, o resultado do esforço em conjunto de inúmeras pessoas que merecem os meus mais sinceros agradecimentos.

Agradeço, em primeiro lugar, à minha mãe, Mônica, que sempre faz o possível e o impossível para ver todos os meus sonhos realizados, facilitando o que pode ser facilitado e dando sempre um jeito mesmo naquilo que parece não ter saída.

Agradeço também à minha Avó, Marlene, que foi a fonte de inspiração desse projeto. Mesmo com todas as dificuldades, todas as inaptidões, todas as lembranças ou a falta delas, ainda segue firme.

Agradeço também ao meu pai, Roberval, e a minha irmã, Poliana, que mesmo com suas personalidades peculiares me apoiam em tudo que decido fazer.

Um agradecimento especial ao pessoal da biblioteca do TCE-PB, onde grande parte desse trabalho foi escrito. Não tem ideia do quanto o ambiente tranquilo de lá permitiu com que eu me concentrasse e me afastasse dos problemas diários e das crises de ansiedade e bloqueios de escrita.

Para o meu Orientador, Prof. Glauber, que sempre teve uma paciência incrível e me incentivou a continuar trabalhando mesmo no auge da minha crise de ansiedade pré-entrega, meu agradecimento. Muito obrigada!

Agradeço bastante também a Bia que mesmo do outro lado do mundo disponibilizou um pouco do seu tempo para me ajudar.

Dra. Renata, Leyla, Dinah, Juliana, Alessandra, Simone, pessoas maravilhosas que conheci durante essa longa jornada, desde o R1 até a residência e após, muito obrigada por todo o apoio!

Refleta sobre esses magníficos encontros de átomos que dão forma à matéria, revelam as forças ao constatá-las, criam as individualidades na unidade, as proporções na extensão, o inumerável no infinito, e, por meio da luz, produzem beleza. (VICTOR HUGO)

RESUMO

A capacidade civil é elemento essencial para a formação de diversas relações jurídicas. Constitui a justa medida entre os direitos titularizados e a aptidão para exercê-los direta e pessoalmente. Assim, a falta ou a redução da capacidade – analisada a partir de critérios jurídicos objetivos – acaba evidenciando a necessidade de uma maior proteção do indivíduo. Acontece que, quando se fala da capacidade civil do idoso, há, muitas vezes, uma presunção da incapacidade derivada de uma dupla vulnerabilidade, social e natural. Diante disso, partindo de uma pesquisa bibliográfica, o presente trabalho buscou refletir sobre os meios de proteção da tutela da pessoa idosa que proporcionassem a manutenção da sua autonomia privada e da capacidade de autodeterminação. À luz das alterações no instituto da incapacidade proporcionadas pela Lei nº 13.146/2015, verificou-se uma mudança paradigmática na interpretação do instituto, que passou a adotar um sistema de apoio e prevalência da capacidade plena. Tal virada ideológica permitiu uma maior abertura para a implementação de mecanismos de autocuratela, meios que garantem à pessoa idosa a prorrogação da autonomia através da possibilidade de antecipação da manifestação da vontade.

Palavras-chave: Capacidade Civil; Direito do Idoso; Autonomia da vontade; Autocuratela

ABSTRACT

Civil capacity is an essential element in the development of several legal relations. It consists of the just weighting of ensured rights and one's ability to practice them directly and personally. Therefore, the lack of or restriction of this capacity – when assessed by means of objective legal criteria – demonstrates the need to increase protection of the individual. When considering civil capacity of the elder, an incapacity is often assumed, mainly due to social and natural vulnerabilities. In light of that, this work employs bibliographical research to reflect upon the means to protect tutelage of the elderly person and to maintain his/her private autonomy and self-determination capability. In view of alterations in the incapacity institute provided by Law number 13.146/2015, paradigmatic changes in this institute's interpretation were observed, as it adopts a system of support and prevalence of full capacity. The aforementioned ideological turn allows for larger openness to self-tutelage mechanisms implementations. These are procedures that guarantee the extension of autonomy for the elderly person, by means of a possible anticipation of volitional manifestation.

Keywords: Civil Capacity; Elder Rights; Volitional autonomy; Self-tutelage

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	TEORIA GERAL DA CAPACIDADE CIVIL	12
2.1	Capacidade de direito e capacidade de exercício	13
2.2	Teoria das Incapacidades: incapacidade absoluta e relativa	15
2.2.1	Representação e assistência	19
2.3	A teoria das incapacidades	21
3	A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI Nº 13.146/2015	25
3.1	Institutos legais de assistência à pessoa com incapacidade	29
3.1.1	Curatela e Interdição	30
3.1.1.1	<i>O processo de interdição ou o processo de curatela</i>	34
3.1.2	Tomada de Decisão Apoiada	37
4	A TUTELA DA PESSOA IDOSA E A MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA	41
4.1	Instrumentos para assegurar a manutenção da autonomia privada da pessoa idosa	45
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A acepção da palavra capacidade tem como escopo a habilidade ou aptidão de realizar determinado ato ou atividade. Nesse pressuposto, a pessoa capaz é justamente aquela que possui a destreza necessária para executar determinado objetivo. E aliado a esse aspecto semântico, encontra-se ainda um contexto *sociocultural*, em que a ideia de capacidade se encontra vinculada diretamente à racionalidade do indivíduo.

Durante muito tempo qualquer tipo de deficiência física ou mental, ou mesmo o simples envelhecimento natural, era visto pela sociedade como sinônimo de incapacidade. A pessoa com deficiência ou com diminuição da aptidão de realizar os atos da vida em sociedade era automaticamente considerada como incapaz para manifestar sua vontade e, necessariamente, dependeria de assistência para a prática e gestão dos atos da vida civil.

Todavia, com a evolução ideológica dos conceitos de deficiência e de incapacidade, tendo por pedra de toque o princípio da dignidade da pessoa humana, alterou-se significativamente a relação entre tais ideias, abandonando-se a visão preconceituosa de que o deficiente não possuía a autonomia necessária para manifestar sua vontade.

Do ponto de vista jurídico, a capacidade civil se caracteriza como a qualidade de o indivíduo poder exercer direta e pessoalmente os seus direitos. Entretanto, a plenitude dessa capacidade compreende a chamada capacidade de direito, que se confunde com o conceito de personalidade jurídica, ou a atribuição de ser sujeito de direito, e a capacidade de fato ou de exercício identificada justamente pela possibilidade de o indivíduo, sem qualquer auxílio, exercitar esses direitos.

Existindo qualquer circunstância que impeça o indivíduo de praticá-los diretamente, estará caracterizada uma inaptidão e, conseqüentemente, a falta da capacidade de fato. Inexistindo um dos elementos formadores da capacidade plena, então, adentrar-se-á à esfera das incapacidades, ensejando a aplicação de algum dos institutos assistenciais, tais como a tutela, a curatela e a tomada de decisão apoiada.

O advento da lei nº 13.146/2015 trouxe um novo ponto de orientação naquilo que a doutrina chama de Teoria das Incapacidades, alterando-se as situações nas quais alguém seria considerado legalmente incapaz. Essa lei foi inserida no ordenamento jurídico com o intuito de readequar o sistema de proteção e assistência das pessoas com deficiência, voltando-se à dissociação da deficiência da presunção de incapacidade.

Nesse diapasão, a Lei Brasileira de Inclusão trouxe inumeráveis avanços, revolucionando a concepção jurídica de capacidade civil, destaca-se, todavia, a indiscutível

abertura para a evolução dos institutos de auxílio que privilegiam a autonomia da vontade e proporcionam a possibilidade de manifestação da vontade de forma antecipada, antes mesmo da ocorrência de uma incapacidade, a autcuratela.

E é justamente a partir dessa última premissa que o presente trabalho monográfico pretende se desenvolver. Fazendo um recorte específico no que diz respeito à tutela da pessoa idosa, cuja diminuição natural da capacidade para realização de atividades cotidianas permite a identificação de uma gradação das incapacidades, e a possibilidade, advinda das alterações feitas pela Lei Brasileira de Inclusão no Direito Civil e Processual Civil, do estabelecimento de institutos que acompanhem o declínio natural das habilidades de gestão da vida cotidiana e civil, bem como a aplicação desses novos institutos e/ou os impactos na interpretação dos institutos assistenciais já existentes.

Tendo em vista a dupla vulnerabilidade apresentada por este grupo específico da sociedade – as debilidades provenientes do processo natural de envelhecimento e a discriminatória visão sociocultural do idoso como sinônimo de pessoa incapaz –, o que se busca é estabelecer as influências da nova sistemática do regime de incapacidades na proteção da livre manifestação da vontade e na garantia de autodeterminação da pessoa idosa com algum tipo de deficiência mental.

Assim sendo, esta monografia se apresenta estruturada em três postos-chave, sendo o primeiro voltado à contextualização do instituto da capacidade civil e da teoria das incapacidades. No segundo ponto-chave, buscar-se-á um aprofundamento sobre a Lei Brasileira de Inclusão – Lei nº 13.146/2015, em especial as alterações por ela proporcionadas na Teoria das Incapacidades, e também trabalhar de forma específica os institutos de assistência à pessoa com algum tipo de incapacidade, destacando-se a curatela. Atina-se também à inovação legislativa caracterizada pelo instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

No terceiro ponto, traz-se, por fim, a discussão sobre os impactos das inovações discutidas nos capítulos anteriores na tutela da pessoa idosa com incapacidade, apresentando possíveis alternativas que melhor atendam às necessidades desse grupo em ascensão na sociedade de forma a permitir a continuidade da sua autonomia sem recair em uma proteção assistencialista paternalista e *infantilizadora* desse grupo.

A pesquisa aqui delineada é metodológica de cunho exploratório visando o aprofundamento da relação coexistente entre as mudanças da Lei nº 13.146/2015 e a necessidade de aprimoramento de estudos referentes à tutela psicofísica das pessoas idosas com deficiência.

Partiu-se de uma pesquisa bibliográfica voltada à especificação dos institutos da capacidade civil e da teoria das incapacidades bem como dos institutos de assistência da pessoa com algum tipo de incapacidade, a curatela e a Tomada de Decisão Apoiada, culminando na análise de situações que permitam a manutenção da autonomia das pessoas idosas com deficiência, sopesando aquilo que melhor funcione como mecanismo de manifestação antecipada dessa autonomia.

A pesquisa bibliográfica realizada buscou identificar como a melhor doutrina trabalha os conceitos de capacidade e de incapacidade e como se utiliza de tais conceitos na declaração da interdição do indivíduo. Além do mais, tentou-se identificar quais os instrumentos existentes que mais bem se adequam a situação da pessoa idosa, reafirmando a sua capacidade de definir os rumos da própria vida, mesmo com o advento de uma condição que afete o seu discernimento.

Foram utilizados para realização desta monografia livros, artigos científicos, periódicos, leis e projetos de lei, monografias e teses jurídicas como fontes da pesquisa bibliográfica, fontes essas acessadas por meio de bibliotecas físicas e virtuais, bancos de dados de instituições jurídicas, como os Tribunais Superiores e Tribunais Estaduais, e sítios na internet que viabilizem o acesso a artigos e pesquisas científicas.

Por fim, a análise do material se deu a partir da interpretação comparativa entre diversos doutrinadores bem como a reflexão diante da necessidade de aprofundamento dos estudos jurídicos sobre a realidade e manutenção dos direitos relativos à autonomia da pessoa idosa.

2 TEORIA GERAL DA CAPACIDADE CIVIL

A fim de situar a concepção jurídica da capacidade, torna-se imprescindível discutir, mesmo que brevemente, a relação existente entre o conceito de pessoa e de personalidade jurídica.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, *pessoa* é o indivíduo, o ser humano com vida capaz de direitos e deveres na ordem civil. Nas douradas palavras de LÔBO (2015, p. 93) “pessoa é o sujeito de direito em plenitude, capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos”. No mesmo sentido, ao desenvolverem o conceito de pessoa natural, FARIAS E ROSENVALD (2015, p. 257) dispõem que:

A pessoa natural é gente, é o ser humano com vida, aquele ente dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana. Daí a denominação abraçada pelo Texto positivado: *pessoa natural*, isto é, aquele que pode assumir obrigações e titularizar direitos. [...]E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. [...] Aliás, convém lembrar que a pessoa humana é valor fundamental em si mesma, sendo o único ser capaz de valores, inovando, realizando e construindo o mundo.”

Indistintamente, a qualidade de ser pessoa se interliga e se confunde com o conceito de personalidade, a aptidão genérica para ser sujeito de direito, a propensão para titularizar relações jurídicas. Assim, embora nem todo sujeito de direito seja pessoa, por aquele ser um conceito mais amplo (LÔBO, 2015, p. 96), toda pessoa possui personalidade e, conseqüentemente, pode atuar perante a sociedade na qualidade de sujeito de direitos.

Nesse contexto, então, performa-se o conceito de capacidade, que nada mais é do que a medida jurídica da personalidade, a especificação entre os direitos pertencentes à pessoa e a habilidade de exercê-los direta e pessoalmente. Enfim, o instituto que balizará o exercício dos direitos titularizados conforme os critérios postos em lei.

A capacidade se identifica como o requisito que orienta a formação de diversas relações jurídicas, a exemplo da celebração de um contrato e do casamento, certificando que a pessoa possui a extensão da autonomia indispensável à prática desses atos. Segundo DINIZ (2012, p. 131), “ a capacidade jurídica é a condição ou pressuposto de todos os direitos. [...] e, para ser "capaz", o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica”.

Embora a titularidade de um direito seja certa, o seu exercício poderá estar condicionado ou restringido em razão da falta do discernimento necessário e ensejador da formação de uma vontade válida juridicamente.

Diego Carvalho Machado (2016) traz a ideia de capacidade como o resultado da necessidade do direito em distinguir os “momentos da titularidade e do exercício das situações subjetivas que integram a esfera jurídica da pessoa”.

Como a titularidade enfoca apenas a atribuição de um direito subjetivo a alguém e, para o nosso ordenamento jurídico atual fundado na primazia da dignidade da pessoa humana, não é pressuposto suficiente para garantir essa dignidade, torna-se premente a identificação de situações que precisam ser asseguradas juridicamente para assim passarem a ter concretude e assegurarem a efetividade do direito. Em contraposição, a capacidade seria a justa medida para o exercício efetivo de um direito subjetivo, sendo prescindível qualquer reforço visando sua concretização.

Conforme explanado, a pessoa, como sujeito de direitos, possui a capacidade para titularizar direitos e contrair obrigações, entretanto, essa capacidade, para ser considerada plena, depende da análise de certos fatores. Diante disso, a doutrina costuma dividir a capacidade em dois aspectos, a *capacidade de direito ou de gozo* e a *capacidade de fato ou de exercício*, nos quais dará ensejo à teoria das incapacidades, ao permitir a identificação de uma gradação da capacidade e, conseqüentemente, da autonomia da vontade.

2.1 Capacidade de direito e capacidade de exercício

Sendo a capacidade a limitação da potencialidade de adquirir direitos e contrair obrigações, ela é um conceito relativo (ALVES, 2018), passível de ser mensurado segundo aspectos predeterminados em lei, daí a sua divisão em capacidade de direito e capacidade de exercício. A possibilidade de uma pessoa ser mais ou menos capaz é resultado da análise dos aspectos supramencionados.

A capacidade de direito é justamente a aptidão para titularizar direitos, e se confunde com o conceito de personalidade jurídica. Assim, todas as pessoa possuem capacidade de direito, também chamada de capacidade de gozo ou de aquisição, haja vista que a falta dessa capacidade equivaleria a falta da própria personalidade.

A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos. (PEREIRA, 2017, p. 222)

Destaca-se que a capacidade de gozo independe de qualquer especificação e não pode ser restringida. A potencialidade de ser titular de um direito *atinge* a todos aqueles que possuem personalidade jurídica de forma igualitária, independente de formalidades, como registros e

certidões, ou da condição biopsicológica do indivíduo. Além do mais, para ser dotado de capacidade de direito o único critério adotado pelo direito brasileiro é o simples nascer com vida. Se é pessoa e, conseqüentemente, sujeito de direito, o primeiro dos elementos necessários a caracterização da capacidade plena estará cumprido, possui capacidade de direito.

Agora, como dito inúmeras vezes, a capacidade é uma medida, vai se adequar à situação da pessoa titular de direitos. Daí provém a capacidade de fato ou de exercício, que é o aspecto limitante das aptidões do sujeito de direito. A destreza necessária à prática de um direito poderá ser considerada quanto da definição da capacidade da pessoa, assim, nem todos possuirão a mesma capacidade.

A capacidade de exercício, de fato ou de ação, consubstancia-se na possibilidade de exercitar um direito, de que se é titular, de forma direta e pessoalmente. Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2016) é “a aptidão de exercer por si só os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”.

No mesmo sentido, ALVES (2018):

A personalidade jurídica (aptidão de adquirir direitos e de contrair obrigações) e a capacidade jurídica (o limite dessa aptidão) não se confundem com a capacidade de fato, que é a aptidão para praticar, por si só, atos que produzam efeitos jurídicos.

A limitação permitida pela natureza da capacidade de exercício só pode ser feita com base em critérios legalmente definidos, que irão determinar a gradação da capacidade ao tempo em que justificam a exigência de a pessoa ser assistida ou representada durante a realização do direito por ela titularizado. Em outras palavras, a existência de uma inaptidão para realização de certos atos da vida civil, definida como uma incapacidade, é fator determinante na definição da capacidade de ação, fundamentando as nuances do poder de autodeterminação e da autonomia da vontade.

Considerando que a capacidade de fato determina a possibilidade de se atuar pessoalmente ou não no exercício dos atos da vida civil, importante salientar, contudo, que não é toda e qualquer situação jurídica que fica restringida (MACHADO, 2016), somente aquelas nas quais o discernimento, a consciência de certo ou errado, encontra-se descompassada, gerando uma vulnerabilidade e pondo em risco o direito e seus efeitos. Compactuando com essa estreiteza na definição da capacidade, afiançam FARIAS E ROSENVAL (2017, p. 332):

Essa distinção classificatória, porém, não mais tem guarida quando se tratar de relações jurídicas existenciais, como no exemplo dos direitos da personalidade. Quanto aos interesses existenciais, é certo indubitado que qualquer pessoa humana - maior ou menor, dotada ou não de cidade de exercício - pode exercê-los e reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de um comprometimento de sua dignidade.

Para considerar uma pessoa capaz, portanto, faz-se necessário que ambos os aspectos da capacidade sejam adequadamente satisfeitos, que seja realmente o titular daquele direito pleiteado e que se possa, por si mesmo, exercitá-lo, é a chamada capacidade plena. Intende comentar, ainda, que a capacidade é sempre a regra, somente podendo ser restringida em casos excepcionais, em que o direito necessita ser resguardado e/ou asseverado.

Quanto à diferenciação entre capacidade, legitimação e legitimidade, resta comentar que a primeira, como amplamente explanado, relaciona-se à possibilidade de exercer pessoalmente atos jurídicos, enquanto que a legitimação é um subgênero daquele no qual, o agente, embora plenamente capaz, fica impedido em situações específicas de praticar certo ato jurídico em função de uma exigência excepcional – é o caso de ascendente não poder vender à descendente sem que haja prévio consentimento do cônjuge e demais descendentes, se houver. Quanto à legitimidade, esta é a capacidade processual, a possibilidade de ir à juízo defender direito próprio ou, excepcionalmente, direito alheio.

2.2 Teoria das Incapacidades: incapacidade absoluta e relativa

Reiterando o fato de que “a capacidade é sempre a regra, e a incapacidade, a exceção” (PEREIRA, 2017, p. 227), figura como ponto determinante da dita teoria das incapacidades a existência de uma inaptidão do sujeito de direito, considerada por lei, para a concretização de um direito titularizado, em outras palavras, a legislação preverá as situações em que a pessoa terá a capacidade de agir, total ou parcialmente, restringida por lhe faltar os requisitos considerados indispensáveis à regência direta e pessoal dos atos da vida em sociedade.

O incapaz será, portanto, o indivíduo cuja situação fático-jurídica acaba por influenciar negativamente no processo de tomada de decisões, fazendo com que haja certa distorção da realidade e, conseqüentemente, afetando a validade da manifestação da vontade. A incapacidade, portanto, “é juridicizada no plano da eficácia do fato jurídico, consistindo em uma situação jurídica unissubjetiva, e, no caso de compor o suporte fático dos atos jurídicos, estes serão tidos como inválidos (nulos ou anuláveis)” (AZEVEDO, 2017, p.16).

Assente ressaltar, ainda, o fato de incapacidade e vulnerabilidade não estarem necessariamente vinculadas, consubstanciando conceitos apartados. A primeira é resultado de

uma conjuntura que considera o indivíduo inapto para a prática direta e pessoal dos atos jurídicos em função de uma comprovada falta ou diminuição no discernimento, enquanto que a vulnerabilidade é proveniente de um desequilíbrio existente entre as partes de uma relação jurídica negocial (FARIAS E ROSENVALD, 2017, p. 332-333).

Originalmente, a teoria das incapacidades adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002 tinha como norte a proteção da pessoa segundo parâmetros eminentemente patrimoniais, com uma perspectiva excessivamente patriarcalista, fundada ideologicamente em princípios consagrados pela Revolução Francesa. Sua finalidade precípua, dado o momento da sua criação (época do liberalismo), foi o resguardo do incapaz no trânsito jurídico patrimonial, para sua proteção nos negócios praticados, oferecendo maior segurança às relações jurídicas (MENEZES e TEIXEIRA, 2016, p.183).

Tecnicamente, o fundamento lógico do regime das incapacidade é a proteção dos direitos dos considerados incapazes, de modo que se possa assegurar a sua concretização e produção de efeitos, e, nas palavras de PEREIRA (2017, p. 228)

A lei jamais instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.

Neste diapasão, conforme a lei entende ser maior ou menor a habilidade da pessoa para manifestar validamente a sua vontade e se autodeterminar diante do contexto social, há a necessidade, decorrente do princípio da igualdade substancial, de se instituir medidas protetivas, que deverão variar de acordo com essa suposta gradação da consciência de mundo. O regime de incapacidades, então, fundou-se em uma divisão entre os que são *absolutamente incapazes* ou apenas *relativamente incapazes*.

Aqueles indivíduos que estão total e completamente despidos da capacidade de agir são tidos pela legislação como absolutamente incapazes, encontrando-se impedidos de exercer pessoalmente qualquer dos seus direitos, sendo, para o mundo jurídico, irrelevante a manifestação da sua vontade. Nesse sentido, os atos praticados pelo absolutamente incapaz serão considerados viciados, podendo acarretar a nulidade absoluta dos negócios jurídicos firmados.

Aos compreendidos pela lei como relativamente incapazes, reconhece-se as nuances da capacidade de agir, entendendo que a pessoa possui considerável nível de autonomia e consciência de certo ou errado, havendo, portanto, uma incapacidade seletiva, que abrange

apenas determinados atos jurídicos. A prática de atos jurídicos, nesse caso, não necessariamente será considerada viciada. Os atos para a qual foi decretada a incapacidade relativa, para possuírem plena validade, deverão ser realizados conjuntamente com um assistente, que servirá como amparo jurídico do negócio celebrado. Ainda assim, mesmo que praticados sozinhos pelo relativamente incapaz, tais atos serão considerados meramente anuláveis, sendo passíveis de ratificação. Nesse ínterim, portanto, a autonomia e a capacidade de autodeterminação do indivíduo são resguardadas de forma mais abrangente, tendo a vontade do incapaz relevância conforme se adequa à situação jurídica apresentada.

O Código Civil de 2002, em sua redação original, trouxe três situações de incapacidade absoluta: *os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*. Embora o código, em boa parte dos seus dispositivos, já fosse redigido e interpretado segundo os preceitos fundamentais trazidos pela Constituição da República de 1988, com um viés voltado aos direitos humanos e fundamentais, os artigos regentes da teoria das incapacidades, em contrassenso, permaneceram praticamente com a mesma base ideológica vigente na ordem jurídica na qual foi fundada o código anterior. Processando-se o regime das incapacidades ainda sob uma ótica patriarcalista e de prevalência dos direitos patrimoniais em contraposição aos direitos de cunho existencial.

Ao definir as situações de absoluta incapacidade do sujeito de direito, o código se fundou em um elemento etário – asseverando que os menores de 16 anos não possuíam o amadurecimento psicológico e a experiência necessários para a gestão dos atos da vida civil – e em um fator relativo à saúde mental, existência de alguma enfermidade mental, e à impossibilidade, mesmo que transitória, de manifestação da vontade. Nesses casos, não havia uma simples restrição à capacidade de exercício, mas verdadeira dissolução do elemento volitivo (AZEVEDO, 2017, p. 6), no que a pessoa absolutamente incapaz seria destituída da autonomia e teria sua vontade substituída pela de terceiro que o tivesse sob tutela.

Quanto ao rol de incapacidades relativas, o código se utilizava dos mesmos elementos, etário e condição de saúde mental, bem como de uma análise situacional do discernimento para elencar os cenários objetivos definidores de uma capacidade de agir limitada.

[...]em razão de circunstâncias pessoais ou em função de uma imperfeita coordenação das faculdades psíquicas, deve colocar certas pessoas em um termo médio entre a incapacidade e o livre exercício dos direitos, que se efetiva por não lhes reconhecer a plenitude das atividades civis, nem privá-las totalmente de interferir nos atos jurídicos. (PEREIRA, 2017, p. 238)

Aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos, portanto, já se reconhecia certo nível de desenvolvimento intelectual e poder de adaptação às condições de vida em sociedade (DINIZ, 2012, p. 171) que possibilitavam a autonomia necessária para reger, de forma assistida, alguns atos jurídicos. Da mesma forma, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, teriam sua capacidade restringida conforme o grau de consciência de certo ou errado ou do que é conveniente ou prejudicial, sendo relativamente incapaz apenas para determinados atos ou modo de os exercer. Atenta-se, todavia, para a situação do pródigo, este se encontrava em uma situação razoavelmente diferenciada em que a sua incapacidade relativa se restringia ao exercício de atos específicos de gestão do patrimônio, sendo considerado plenamente capaz para qualquer outro, dispensando qualquer assistência.

Em suma, para a incapacidade relativa não só a vontade do incapaz possui relevância para a concretização do direito como para o ato jurídico praticado ter validade ela precisa ter sido manifestada. O poder de autodeterminação do indivíduo se encontra relativamente resguardado.

Questionava-se na teoria das incapacidades, como foi originada e interpretada por anos a fio, justamente a sua abrangência e limitações, pois, embora possuísse como prioridade técnica a proteção dos direitos principalmente de cunho patrimonial, em muitas das vezes o que ocorria era a retirada total da autonomia do indivíduo. Se a máxima era a capacidade e a incapacidade uma excepcionalidade, a aplicabilidade do rol dos artigos 3º e 4º do código civil deveria ser muito bem discutida caso a caso, a fim de determinar propriamente quais direitos necessitariam ser reasssegurados juridicamente para serem efetivados e quais atos exigiriam de alguma forma de auxílio para serem executados.

O que ocorria, com certa frequência e principalmente em relação aos considerados absolutamente incapazes, era a retirada de qualquer autonomia e possibilidade de autodeterminação da pessoa. A declaração da incapacidade, através da ação de interdição, acabava por atingir indiscriminadamente “a capacidade para praticar todo e qualquer ato jurídico” (AZEVEDO, 2017, p. 6). As situações descritas nos artigos do código cabiam perfeitamente para proteção de direitos patrimoniais, entretanto, os direitos de cunho existencial acabavam sendo afetados diretamente pela declaração da incapacidade.

[...] a negação da capacidade no âmbito patrimonial trouxe consigo uma substancial negação em outros momentos da atividade humana, como as condutas de natureza pessoal, bem como aquelas atreladas à vida cotidiana. Ocorria, assim, uma expropriação da subjetividade e uma negação da autonomia própria, inerente à existência de cada um. Condenavam-se à

marginalidade todas as decisões de conteúdo não patrimonial, construindo-se um paradigma fechado de “normalidade jurídica”. (MENEZES e TEIXEIRA, 2016, p. 185)

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei 13.146/2015, também chamada Lei Brasileira de Inclusão, buscou-se redefinir os fundamentos ideológicos da teoria da capacidade civil, ocasionando uma mudança drástica na perspectiva das incapacidades. O fato dessa legislação revogar expressamente os artigos do código civil que associavam deficiência à incapacidade e reforçar a autonomia e manifestação da vontade principalmente como aspectos existenciais permitiu que os princípios e diretrizes incorporados pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ratificada pelo Brasil e inclusive com força de emenda constitucional, ganhassem efetividade. Possibilitando a reavaliação das situações de incapacidade absoluta e relativa e modernizando o conceito de incapacidade e a forma de interpretação e condicionamento da capacidade de agir.

Tais mudanças de ordem ideológica na teoria da capacidade e, conseqüentemente, no regime das incapacidades, é de suma importância para a evolução dos meios assistenciais das pessoas com alguma incapacidade, derivada de uma patologia ou não, mas também para a introdução de instrumentos que melhor favoreçam a autonomia do indivíduo, bem como a qualidade de vida diante das adversidades observadas no dia a dia. Esse tema deverá ser mais aprofundado nos próximos capítulos deste trabalho.

2.2.1 Representação e assistência

Importante ainda discutir o fato de que a incapacidade é uma determinação jurídica que intende reconhecer a inaptidão de uma pessoa específica para efetivar direta e pessoalmente um direito titularizado por ela. Enfim, a declaração de incapacidade absoluta ou relativa é mero ato de reconhecimento e, como o objetivo da lei é a proteção e busca da concretização dos direitos, faz-se necessário o desenvolvimento de instrumentos de auxílio que supram a falta ou complementem o elemento volitivo exigido para o fiel exercício dessas prerrogativas do sujeito acometido por uma incapacidade. Nesse ponto, destaca-se os institutos da representação e da assistência.

O Código Civil de 1916, art. 84, previa que os absolutamente incapazes seriam representados por seus pais, tutores ou curadores e os relativamente incapazes seriam assistidos pelas pessoas (e nos atos) determinados naquela legislação. Apesar de o código de 2002 não possuir um artigo específico, à semelhança do anterior, prevendo as formas de suprimento da

incapacidade, esses institutos foram disciplinados em pontos variados da novel legislação, a exemplo dos arts. 115 a 120, 166, I, 171, I, 1.634, V, 1.690, 1.747, I.

Aos absolutamente incapazes, por estarem impedidos de praticar qualquer ato da vida civil, caberia a representação, cuja função seria a de substituir totalmente a vontade do incapaz pela do tutor ou curador. Assim, todos os atos ou negócios jurídicos deveriam ser realizados pelo representante legal, sob pena de nulidade absoluta (GONÇALVES, 2017), suprindo, então, o consentimento.

Aqueles cuja incapacidade atinge apenas determinados atos (relativamente incapazes) possuem um grau de autonomia assegurado, todavia, para que a manifestação da sua vontade seja concretizada dependerá da assistência. Este instituto se funda na necessidade de asseverar a segurança jurídica do negócio jurídico a ser celebrado, desse modo, o ato poderá, sim, ser praticado pelo relativamente incapaz, contudo, exige-se que seja praticado em conjunto com o representante legal. A falta da assistência gerará a anulabilidade do ato, o que possibilita a ratificação do negócio jurídico celebrado sozinho pelo incapaz.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017), “quando necessária a assistência, ambos participam do ato: o relativamente incapaz e seu representante. Se necessário for assinar algum documento, ambos o assinarão. Se faltar a assinatura de um deles, o ato será anulável”. Nesse sentido, a capacidade de agir do assistido é reconhecida, detendo valor essencial à concretização da relação jurídica. E, mesmo que o incapaz realize o ato sem assistência, este não será automaticamente nulo, podendo ser ratificado a posteriori.

Em resumo, o indivíduo tido por absolutamente incapaz deverá ser representado, enquanto o relativamente incapaz, assistido. Nesse diapasão, enfrenta-se a ideia de que o indivíduo incapaz necessita ser auxiliado para o exercício das situações jurídicas subjetivas, porém, diante de situações não patrimoniais – tendo por base as inovações ideológicas sustentadas, em especial, pela a cláusula geral de tutela da pessoa humana (princípio da dignidade da pessoa humana) adotada pela Constituição da República – vem-se modificando a forma de atuação desses institutos assistenciais.

Decerto, as restrições à capacidade de agir, sejam absoluta ou relativa, não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo negocial.³¹ No entanto, em razão das demandas crescentes das pessoas por autonomia, surge o questionamento quanto à aplicação das normas civil que regem a capacidade civil de modo irrestrito às relações existenciais.³² (SANTOS e ALMEIDA JUNIOR, 2016, p. 320)

Partindo desses pressupostos, reconhece-se o estudo dos institutos de auxílio à pessoa já existentes no ordenamento como fator essencial ao desenvolvimento de novos meios e

alternativas, destacadamente jurídicas, facilitadoras da manutenção da autonomia da vontade e capacidade de autodeterminação da pessoa, em especial a pessoa idosa com alguma incapacidade, seja originária de uma patologia ou em função do natural envelhecimento.

2.3 A teoria das incapacidades

Como visto, a ideia que permeia a teoria da capacidade é a de certificar juridicamente a possibilidade de praticar de forma autônoma direitos e deveres. Nesse premente, aqueles cujas aptidões estivessem mais ou menos afetadas por algum tipo de disfunção, seja de ordem física, mental, intelectual ou sensorial, poderiam vir a ser considerados como incapazes para praticar atos da vida em sociedade, prevendo a lei, então, meios de suplementação dessa capacidade.

A dita teoria das incapacidades surge justamente como uma resposta do ordenamento jurídico para garantir às pessoas com alguma disfunção a concretização dos seus direitos, prevendo as situações nas quais o indivíduo será tido como incapaz, de forma absoluta ou relativa, e necessitará ser auxiliado na prática dos atos da vida civil.

Reitera-se, nesse ponto, que o auxílio aqui referido, como originalmente se dispôs no ordenamento, envolve a ratificação por terceiro da vontade manifesta pelo incapaz ou a efetiva substituição dessa vontade. Alia-se, ainda, o fato de que a legislação brasileira não distinguiu os limites dessa assistência, permitindo que a complementação da vontade atingisse tanto a esfera patrimonial do indivíduo como a esfera existencial.

A interpretação dada ao conceito de incapacidade jurídica, desde o Código Civil de 1916 e repetida no Código de 2002, partia de um modelo em que a inaptidão existente exigia sobremaneira a restrição da atuação pessoal do indivíduo, enfatizando sua necessidade de cuidado e representação, em uma clara abordagem ultra protecionista do instituto da capacidade civil.

Neste diapasão, a base da nova teoria das incapacidades provém justamente da alteração do modelo segundo o qual é interpretada uma incapacidade ou deficiência no meio jurídico. A reorientação da inaptidão como um simples déficit funcional (MARTINS, 2016, p. 5) e não como parâmetro para definição da incapacidade jurídica.

Diante desse contexto, então, para entender a mudança paradigmática da teoria das incapacidades e os seus consequentes impactos na fomentação de novos meios de apoio às pessoas com alguma inaptidão e, em especial, na instrumentalização de institutos que garantam à pessoa idosa a manutenção da sua autonomia e capacidade de autodeterminação, é primordial a análise dos principais modelos ou etapas de proteção do deficiente.

O modelo de *prescindência* tinha como parâmetro um entendimento religioso das causas da deficiência, era o modelo segundo o qual os deficientes eram vistos como incapazes de contribuir com as necessidades da sociedade, chegando ao ponto de serem considerados como consequências da ira dos deuses ou avisos diabólicos. Assim, a ideia não era propriamente de proteção dos deficientes, pelo contrário, tinha-se como foco a dispensabilidade dessas pessoas, eram prescindíveis à sociedade. Destaca-se que foi durante a prevalência desse modelo que políticas de eugenia e marginalização das pessoa com deficiência tiveram força.

Como consecuencia de estas premisas, la sociedade decide *prescindir* de las mujeres y hombres con diversidad funcional, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, o ya sea situándolas en el espacio destinado para los *anormales* y las clases pobres, con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento, em el que asimismo son tratadas como objeto de caridade y sujetos de assistência. (PALACIOS e ROMANACH, 2008, p.37-38)

Na primeira metade do século XX, no entanto, consolidou-se um novo modelo fundado sob uma perspectiva biomédica. Associando a deficiência a um dano ou uma insuficiência. Não mais se identificava a pessoa incapaz com alguém prescindível, mas sim alguém que deveria ser reabilitado, daí o nome modelo reabilitador ou médico. A incapacidade se relacionava diretamente com as disfunções físicas ou psíquicas do indivíduo e esse modelo tinha como paradigma a *normalização*(ou padronização) dessas pessoas “aunque ello implique forzar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que representa la diversidad funcional” (PALACIOS e ROMANACH, 2008, p.38).

O modelo reabilitador alterou a sistemática do tratamento das pessoas com deficiência deixando para traz uma perspectiva de intolerância e invisibilidade e inaugurando um enfoque protecionista e assistencialista. Segundo Maria Helena Diniz (2016, p.264), era o modelo segundo o qual se considerava o deficiente como um doente e, como tal, devia ser auxiliado, terapeuticamente, para obtenção de sua cura.

A ideia central era de que a pessoa com deficiência teria que se adaptar à realidade da sociedade, através da cura da disfuncionalidade, para só assim ter reconhecida a sua capacidade. Do contrário, continuar-se-ia a ser alvo de políticas legislativas voltadas à assistência e à seguridade social e, conseqüentemente, eternamente excluída do espaço social comum.

Foi este o modelo absorvido pelo ordenamento jurídico brasileiro e que fundamentou a aplicabilidade da teoria das incapacidades tradicional e os institutos assistenciais, em especial a curatela. Essa interpretação sustentava a possibilidade de nomeação de um curador que

administrasse não só os aspectos patrimoniais da vida civil, mas também que interviesse no prisma existencial, destituindo-o da capacidade de autodeterminação.

No fim dos anos 60 e início dos anos 70 do século XX, sob influência de uma ótica humanista, que passou a considerar o princípio da dignidade da pessoa humana verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade, novos estudos sobre a deficiência foram desenvolvidos.

Houve uma mudança no foco, a incapacidade não mais era observada segundo noções religiosas ou médicas/científicas, mas sim encarada a partir do meio social. Passou-se a identificar a deficiência “na inadequação da sociedade para a inclusão de todos, sem exceção” (AZEVEDO, 2017, p. 13) e não como um fato individual da pessoa. As razões da incapacidade não são mais as limitações pessoais do indivíduo, mas sim as barreiras de cunho social que impedem sua “participação plena e efetiva como membro da sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (AZEVEDO, 2017, p.13), sendo as disfunções físicas, mentais, sensoriais ou intelectuais reconhecidas na verdade como atributos inerentes à própria pessoa (FERRAZ e LEITE, 2016, p. 103).

Diante desse panorama, originou-se o modelo social, embasado na garantia da dignidade da pessoa humana e cujo objetivo é orientado pela busca da igualdade material, inferindo a inclusão da pessoa com deficiência em igualdade de oportunidades, e a certificação da autonomia privada, fomentando, destacadamente, a fortificação da manifestação da vontade diante de decisões de cunho existenciais.

Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades. (PALACIOS e BARIFFI, 2007, p. 19)

Foi o modelo social que passou a vigorar e a embasar boa parte das legislações relacionadas as pessoas com deficiência a partir da década de 1970, tendo como expoente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) que teve seu texto aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 2006.

Diante de cada momento da *proteção* da pessoa com deficiência (prescindência, reabilitador e social), Rafael Vieira de Azevedo (2017, p. 9-10) ainda faz uma correspondência entre eles, o tratamento dado pela legislação brasileira e os *modos de abordagem legislativa*

trazidos em estudo de Anna Nilsson (Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities).

Na *abordagem de status*, a simples existência de uma deficiência é suficiente para restringir a capacidade legal, não importando qual é realmente a capacidade da pessoa. Na *abordagem de resultado* a vontade da pessoa com alguma disfuncionalidade é relevante segundo critérios de razoabilidade, ou seja, desde que considerado até que ponto ela é competente para entender seu melhor interesse. A *abordagem funcional* concentra-se no nível de discernimento da pessoa, além de considerar a capacidade jurídica frente à competência desse indivíduo em demonstrar sua aptidão para a tomada de decisões.

Nesse diapasão, no Código Civil de 1916 “a abordagem adotada era a de ‘status’, enquanto que no CC/02, houve a mudança para a funcional” (AZEVEDO, 2017, p.9-12). Entretanto, aqui, chama a atenção o fato de o Código Civil de 2002 em sua redação original adotar a abordagem funcional, derivada do modelo reabilitador, para estruturar o instituto da capacidade civil. Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 optou pela aplicação do modelo social no tratamento dos deficientes, a legislação civil se encontrava, até então, em desarmonia com a norma máxima do país.

A mudança de paradigma fundada no modelo social das deficiências trouxe importantes considerações a serem feitas no âmbito da capacidade civil de um modo geral, conquanto a relação de incapacidade e deficiência é fator mormente na definição daqueles considerados pela lei como incapazes. Todavia, em razão da adoção desse novo modelo pela própria Carta Magna de 1988 e, posteriormente, com a ratificação pelo Brasil da CDPD, a necessidade de adequar a teoria da capacidade civil bem como o fundamento ideológico dos institutos e instrumentos assistenciais se tornou premente, justificando uma completa reformulação desses institutos.

Para atender a essa necessidade de adequação e, como se verá adiante, de efetivação das mudanças trazidas pelo novo sistema, a lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi promulgada dando ensejo a uma efetiva *Nova Teoria das Incapacidades*.

3 A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI Nº 13.146/2015

Embora a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, seja tratada atualmente como o principal marco nacional na mudança de direcionamento da teoria das incapacidades, ela não trouxe tantas mudanças quanto se poderia imaginar. Em verdade, essa lei, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, nada mais fez do que destacar e reiterar os princípios e regramentos implementados pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), o primeiro tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil seguindo o trâmite do art. 5º, §3º, da CRFB/88, sendo incorporado ao ordenamento pátrio com *status* de emenda constitucional.

A CDPD, tendo por base uma nova visão sobre a deficiência, tem como preceitos a autonomia, a inclusão e a acessibilidade (AZEVEDO, 2017, p.1) das pessoas com deficiência, levando em consideração as reais necessidades do indivíduo e o modo como a sociedade se adequa às particularidades de cada um. A incapacidade passa a ser entendida não mais tendo a condição do indivíduo como parâmetro, mas, sim, o “despreparo da sociedade em lidar com suas necessidades especiais que criam os obstáculos que essas pessoas têm de enfrentar para viver em sociedade”(AZEVEDO, 2017, p. 40).

A partir da incorporação da CDPD e de seu Protocolo Facultativo pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, diversos pontos que alteravam sobremaneira o regramento sobre as incapacidades foram implementados. A tão clamada dissociação da deficiência da presunção de incapacidade, substanciada com a efetiva revogação dos artigos do Código Civil pela Lei Brasileira de Inclusão, já era destacada no artigo 12 da Convenção ao reconhecer às pessoas com deficiência a capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Ademais, a mudança de um sistema de protecionismo exacerbado, para um que valorizasse a autonomia, a independência e o exercício direto dos direitos, garantindo à pessoa com deficiência sua dignidade e liberdade de escolha, foi cientificado nessa Convenção.

Diante disso, percebe-se que as mudanças na compreensão do regime das incapacidades, pelo menos do ponto de vista técnico, deu-se já em 2009, entretanto, mesmo em se tratando de normativo constitucional, sua aplicabilidade era esvaziada diante de certa resistência dos operadores do direito, havendo a manutenção, na prática, do velho modelo assistencialista de proteção aos deficientes.

O que se chamou, reitera-se, de nova teoria das incapacidades, com o advento da Lei nº 13.146/2015, nada mais foi do que o modo de dar real efetividade às mutações operadas pela

Constituição e, principalmente, pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na compreensão da capacidade jurídica. Nas palavras de Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 3), “ao fim e ao cabo, a capacidade civil serviu de critério para atribuir titularidade aos direitos fundamentais”. A revogação expressa de diversos dispositivos do Código Civil trouxe, enfim, a necessária atenção aos novos fundamentos ideológicos e normativos do instituto da capacidade civil das causas de incapacidade.

A proclamada nova teoria das incapacidades trouxe como objetivo central a inclusão da pessoa com deficiência na vida em sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas, atrelada a uma mitigação ou destruição das barreiras sociais que agravavam as condições naturais limitativas já existentes. É nesse sentido que o art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, da mesma forma que o art. 1º da CDPD, aborda a deficiência e reorienta toda a legislação pátria sobre (in)capacidade jurídica, reassegurando a dignidade da pessoa humana como fundamento primordial do ordenamento brasileiro e reafirmando a autonomia da vontade da pessoa com deficiência.

Afinal, a autonomia, substrato material da capacidade de agir, constitui uma necessidade humana da qual decorrem vários direitos. Todos têm, em menor ou maior medida, uma capacidade de agir. É certo que o discernimento é a baliza que orienta o exercício dessa capacidade, especialmente, quando as escolhas que se pode fazer trazem efeitos jurídicos para a esfera pessoal ou de terceiros. O foco, porém, está no discernimento necessário e não no diagnóstico médico de uma deficiência psíquica ou intelectual per si. (MENEZES, 2015, p. 5-6)

Partindo do pressuposto de que nem todos os atos a serem praticados pelo indivíduo se enquadram na mesma seara jurídica, a capacidade ou incapacidade pode ser graduada conforme tais atos são passíveis de concretização por meio da mitigação ou substituição da vontade.

O exercício de direitos que se encontram no domínio patrimonial, a exemplo das relações jurídicas obrigacionais e as que tratam de direitos reais, envolvem questões muito mais técnicas e jurídicas e, por conseguinte, exigem um nível de compreensão/discernimento diferenciado. Além do mais, esses direitos são disponíveis, de modo que a necessidade de substituição da vontade para a sua proteção encontra maior abertura, tendo em vista a possibilidade de dispor ou renunciar do titular.

No que concerne, entretanto, aos atos civis pertencentes à esfera existencial, relativos “às preferências individuais e às circunstâncias específicas da personalidade de cada um, enfim, ao seu próprio modo de ser” (MENEZES, 2015, p.7), a substituição da vontade em função do questionamento do nível de compreensão de um indivíduo é muito mais complexa. A tomada de decisões relativas à disposição do próprio corpo, à escolha de tratamento médico, ao

casamento, à liberdade de culto, enfim, aquelas relativas à gerência dos rumos da própria vida, encontram-se no âmbito dos direitos indisponíveis e, conseqüentemente, recebem maior proteção constitucional, pois são considerados alicerces para uma vida com dignidade.

Nesse passo, devido a própria natureza dos direitos pertencentes à seara existencial (indisponíveis/não-patrimoniais), torna-se inviável a substituição da vontade. A autonomia do sujeito de direito deve ser resguardada e incentivada, pois remete à própria formação da identidade do sujeito. Acrescenta-se que, não obstante incabível a representação ou assistência para realização desses atos, nada impede que o ordenamento preveja algum tipo de apoio, justamente por levar em consideração as barreiras sociais encontradas por aqueles com alguma disfunção. Foi nesse ponto que a Lei Brasileira de Inclusão mais *inovou*.

O Código Civil de 2002 não só dispunha a deficiência como um fator determinante para a definição da incapacidade absoluta ou relativa, nos seus arts. 3º e 4º, como também era omissivo no que dizia respeito à limitação da representação ou assistência para as questões existenciais da pessoa do incapaz, muitas vezes acabando por haver uma completa anulação do incapaz frente a vontade manifesta do representante.

Ao revogar os incisos I, II e III do art. 3º do CC/02 e identificar apenas os menores de 16 anos como absolutamente incapazes, o EPD efetivou o modelo social. Tratando da deficiência, por fim, como um atributo da pessoa e não como fator definidor da incapacidade absoluta.

Ficando estabelecido apenas a idade do indivíduo, em função da sua imaturidade (não possuir o discernimento necessário), como critério objetivo limitador da prática dos atos da vida civil, ainda assim se observa que é garantida aos menores de 16 anos, dependendo do grau de compreensão da situação, a capacidade de se manifestar direta e pessoalmente sobre alguns atos pertencentes à seara existencial – a exemplo dos arts. 28, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – independentemente de serem absolutamente incapazes.

Já no que concerne à nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao art. 4º do CC/02, reitera-se a capacidade plena das pessoas com deficiência.

Ao afirmar que serão considerados apenas relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade – em contraposição ao que a lei outrora identificava como absolutamente incapazes – a novel redação força uma maior especificação dos atos *atingidos* pela incapacidade. A regra deve sempre ser a capacidade plena, sendo a limitação do exercício de um direito terminantemente uma exceção.

Menciona-se, contudo, que diversas críticas doutrinárias foram feitas em função do novo inciso III do art. 4º do CC/02 haja vista a abrangência da sua interpretação. É o caso de um

indivíduo em estado de coma cuja impossibilidade de expressão da vontade geraria, tecnicamente, segundo este dispositivo, apenas a incapacidade relativa. Tal situação suscita uma inconsistência lógica, pois, se não há qualquer possibilidade de manifestação de vontade, nenhum ato jurídico, seja ele de caráter disponível ou indisponível, pode ser praticado diretamente.

Ao se utilizar de uma expressão genérica (causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade), sob a justificativa de retirar os deficientes do rol de incapazes, sem maiores cuidados em relação a outras situações que poderiam ensejar o mesmo *status* jurídico, o legislador acabou gerando certa insegurança, acendendo ampla discussão doutrinária.

Há que se entender, entretanto, que a mudança trazida pelo EPD altera o prisma sob o qual a capacidade é interpretada. Não há um impedimento para a representação ou para a assistência propriamente, mas sim uma reavaliação da forma de auxílio, passando de um padrão assistencialista, decorrente do modelo médico, para um sistema de apoio acentuando a vontade e a capacidade de autodeterminação do indivíduo cujas inaptidões, em confronto com as barreiras sociais, dificultem ou impeçam a prática de atos da vida em sociedade. A manifestação da vontade não é o único elemento a ser considerado para determinar a incapacidade, alia-se também o contexto e o processo fático necessários para a tomada da decisão (AZEVEDO, 2017, p. 78).

Diante da revogação expressa e a nova redação dos incisos dos supracitados artigos, além do estabelecimento de algumas outras obrigações reforçando a dissociação entre deficiência e incapacidade, o EPD enfatiza a autonomia das pessoas com algum déficit funcional e garante o direito à igualdade e à não discriminação (arts. 4º e seguintes do Estatuto).

Cabe destaque, neste diapasão, ao art. 6º da lei 13.146/2015 que atesta a capacidade plena da pessoa com deficiência inclusive no que diz respeito a atos de cunho existencial.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I- casar-se e constituir união estável;
- II- exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III- exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV- conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V- exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI- exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

No mesmo sentido, o art. 84 do EPD, ao tratar da possibilidade de curatela da pessoa com deficiência, evidencia a diferença na abordagem das incapacidades. Ao definir um

instrumento de auxílio conforme a necessidade e proporcionalmente adequado ao caso concreto, reiterando seu caráter excepcional, e prever a adoção de um procedimento para tomada de decisão apoiada, segundo o qual o *status* jurídico – capacidade civil – não é alterado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência indica não só a manutenção da interpretação restritiva (excepcionalidade da incapacidade) mas também a orientação do instituto da capacidade civil à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Lei Brasileira de Inclusão funciona como ponto-chave para a nova teoria da incapacidade justamente por buscar dar efetividade à perspectiva civil-constitucional do instituto. Porém, como dito, não é apenas uma mudança na ideologia fundante da capacidade jurídica, mas, também, uma inovação dos instrumentos utilizados para proteção e assistência do exercício dos direitos titularizados pelos incapazes.

A lei 13.146/2015 renovou o instituto da curatela, a fim de que se adequasse aos novos parâmetros ideológicos, assim como criou a Tomada de Decisão Apoiada, meio que favorece a manutenção da autonomia da vontade ao mesmo tempo em que se garante o auxílio necessário para a construção do discernimento imprescindível para a tomada de decisão.

Adiante, discutir-se-á mais detalhadamente sobre tais mudanças pois são de primordial importância para compreender como a Teoria das Incapacidades influi no debate sobre o envelhecimento e a tutela da pessoa idosa com algum tipo de incapacidade – referindo-se à perda gradativa das habilidades para realização de determinadas atividades cotidianas ou da vida em sociedade.

3.1 Institutos legais de assistência à pessoa com incapacidade

O princípio da dignidade da pessoa humana, como cláusula geral da tutela da personalidade, enseja a formação de diversos subprincípios que orientarão o tratamento da pessoa no ordenamento jurídico, dentre estes, a doutrina pátria destaca os princípios da liberdade, da igualdade, da integridade psicofísica e o da solidariedade.

Quando se fala em (in)capacidade civil e em situações que possam demandar maior proteção jurídica, está-se diante da necessidade de dar máxima efetividade aos valores constitucionais, em especial os princípios acima relatados. Assim, a possibilidade de complementação ou suplementação da vontade (por meio da representação ou assistência), devido a urgência de se ver garantido certo direito titularizado por quem não está em condições de o exercer diretamente, exige uma compreensão ampla do binômio necessidade-interesse e

infirmar que a incidência de uma restrição à capacidade de exercício deve ser adequada ao caso concretamente estabelecido e aos valores e princípios constitucionais condizentes.

Diante disso, leciona Célia Barbosa Abreu (2015, p. 35):

Quaisquer *direitos fundamentais do curatelado* só podem ser cerceados em nome de sua própria *dignidade*. As necessidades fundamentais das pessoas devem ser compreendidas em função de seus interesses, devendo ser respeitadas como manifestação de seu livre desenvolvimento e de vida. [...] A restrição sofrida pelo interditado é, efetivamente, de tal ordem que se afirma só poderá se dar para proteger os direitos e interesses constitucionalmente consagrados, que estejam em risco.

Os instrumentos previstos na legislação brasileira a fim de garantir os direitos e obrigações dos ditos incapazes, quando da determinação da necessidade de representação ou de assistência, devem ser direcionados seguindo a dignidade da pessoa humana, levando em consideração o fato de que atingem direitos fundamentais do indivíduo ao limitar a capacidade.

Assim sendo, caso seja declarada – ou constituída, dependendo da natureza que se dê ao instituto – a incapacidade do indivíduo, o instrumento de proteção previsto para legitimar terceiro como representante ou assistente do incapaz será a *tutela* – para os menores de idade (18 anos incompletos), quando não existirem pais ou estes foram destituídos do poder familiar – ou a *curatela* – “instituto protetivo dos maiores de idade, mas incapazes de zelar por seus próprios interesses, reger sua vida e administrar seu patrimônio” (DIAS, 2016).

Tendo em vista que o presente trabalho se volta a discutir as influências da nova teoria das incapacidades suscitada pelo EPD – em conjunto com o CPC/15 e a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) – na constituição e evolução de instrumentos que permitam a ampliação e manutenção da autonomia da vontade e da capacidade de autodeterminação da pessoa idosa, interessa mais as mudanças no instituto da curatela do que na tutela. O múnus público conferido aquele que assessorará o menor incapaz teria, portanto, influência meramente supletiva no debate em questão, de modo que não será minudenciado.

3.1.1 Curatela e Interdição

A curatela é o encargo público conferido por lei com a finalidade de proteger os interesses de maiores incapazes. Quando da declaração de incapacidade civil, faz-se necessária a designação de um terceiro, dito curador, a quem se atribuirá a tarefa de zelar pela pessoa e pelos bens e patrimônios do incapaz maior.

A finalidade principal da curatela é propiciar a proteção dos interesses dos incapazes, servindo também para assegurar a conservação dos negócios

jurídicos firmados com terceiros nos quais eles figurem como parte. Consiste num múnus (do latim *munus*, que significa encargo, emprego ou função) que o indivíduo tem a exercer ou executar. (ABREU, 2015, p.22)

Importante definir, *a priori*, que interdição e curatela são situações distintas. A interdição é o procedimento que declarará o indivíduo como incapaz de reger, por si só, sua pessoa e/ou determinados atos da vida civil, em razão do seu grau de discernimento. Por conseguinte, a autoridade competente, haja vista a decretação da interdição, designará alguém para exercer a curatela, ou seja, um indivíduo que terá como incumbência auxiliar o interditado na prática de seus direitos e obrigações, o chamado curador.

Nesse lógica, destarte, a ação de interdição ampara a atribuição do encargo jurídico da curatela a alguém, ao tempo em que confirma a existência de uma incapacidade e altera o *status* do indivíduo de plenamente capaz para o de absoluta ou relativamente incapaz, tendo uma natureza jurídica mista, constitutiva e declaratória, cujos efeitos serão, em regra, *ex nunc*.

[...]a sentença de interdição tem natureza mista, sendo, concomitantemente, constitutiva e declaratória (...) no sentido de (...) declarar a incapacidade de que o interditando é portador. Mas é, ao mesmo tempo, constitutiva de uma nova situação jurídica quanto à capacidade da pessoa que, então, será considerada legalmente interditada. (DINIZ, 2012, p.210)

Quando a legislação associa a declaração da incapacidade com o grau de discernimento da pessoa, como já explanado em outros pontos do presente trabalho, está-se discutindo apenas um único aspecto da personalidade da pessoa (ABREU, 2015, p.22). O critério utilizado compõe uma restrição, pois impõe uma interpretação específica dentro da disposição legal, ao tempo em que cria uma presunção de incapacidade para determinados sujeitos sem levar em conta a conjuntura real das inaptidões e quais atos são, de fato, por elas afetados.

Nesse ínterim, a decretação de interdição possuía um parâmetro de *proteção* bastante limitado e específico, bastando considerar o interdito conforme a sua capacidade psíquica. Daí porque se afirma que, na leitura anterior da incapacidade civil, havia uma correlação de presunção entre incapacidade e deficiência, acentuada pela utilização de expressões imprecisas e/ou carregadas de preconceito como *deficiente mental e excepcionais, discernimento reduzido ou necessário discernimento* (ABREU, 2015, p.27 e 54).

Com a adoção pela Constituição de 1988 de um prisma voltado à garantia dos direitos humanos e fundamentais, a interpretação para a aplicação da interdição começou a ser alterada, houve uma mudança paradigmática no fundamento e na utilização do instituto. Arrefeceu a ideia de que incapacidade se voltava apenas a uma condição pessoal do indivíduo, passando-se

a inquiri-la em conformidade com o meio social em que estava inserida, demandando, então, uma *flexibilização da curatela* ou *curatela sob medida*, nos dizeres de Célia Barbosa Abreu.

A ideia de flexibilização permeia a de proporcionalidade e adequação. “Em lugar de apenas se adotar a substituição de uma pessoa concreta por outra, que não necessariamente estará apta a viabilizar seus reais interesses, as aptidões do interditando deverão ser examinadas uma a uma” (ABREU, 2015, p. 37). Nessa senda, a interdição e a curatela passam a consistir em institutos jurídicos com finalidade protetiva que, todavia, acabavam por atingir sobremaneira direitos constitucionalmente consagrados: a liberdade, a privacidade e a autonomia.

Desse modo, e diante das novas diretrizes do ordenamento, a simples subsunção ao texto legal passou a ser critério insuficiente para determinação desses mandamentos, exigindo-se a adequação ao caso concreto, a definição da abrangência desses meios protetivos. A técnica hermenêutica passa a demandar uma interpretação conforme a constituição, que reforça a finalidade protetiva do instituto em detrimento da estrita observância do dispositivo legal.

A curatela não pode consistir numa solução rígida e absoluta, incompatível com a elasticidade inerente à personalidade humana. Considera-se, então, que a interdição ou não de um portador de transtorno mental deverá depender da verificação contextualizada da sua capacidade para a prática dos atos da vida civil, através de um trabalho a ser realizado por uma equipe *multi, inter e transdisciplinar*. (ABREU, 2015, p.38)

Nesse contexto, assenta-se a ideia de mínima intervenção na autonomia individual do interditado ou curatelado. O magistrado, ao embasar a decisão de interdição, será orientado a buscar sempre a manutenção do máximo possível da capacidade da pessoa, atentando-se, ainda, ao novo *status* dos direitos de cunho existencial, segundo os quais deve prevalecer a interdição parcial sob a total.

A teoria da incapacidade, a exemplo da redação original dos dispositivos do Código Civil de 2002, tendia à aplicação irrestrita da interdição e da curatela. Havia certa despreocupação na formulação de disposições específicas que cuidassem da abrangência ou do efetivo direcionamento dessas medidas. Desse modo, a curatela total era prevalente, e a substituição da vontade avançava indistintamente sobre atos de cunho patrimonial ou existencial, consistindo numa anulação da pessoa do interdito.

Neste diapasão, a remodelação da intervenção e da curatela se focou no alinhamento da sua forma de aplicação com os fatores que justificavam a manutenção desses institutos no ordenamento. E, considerando que a dignidade da pessoa humana perpassa a garantia da

manifestação da vontade e da capacidade de autodeterminação, reforçou-se a ideia de excepcionalidade e sobriedade dessas medidas.

Com isso, evidenciou-se, tanto na CDPD como no EPD, que a curatela estaria restrita aos “atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (ABREU, 2016, p.558), levando ao questionamento de se ainda existiria a interdição total.

Acontece que em determinadas situações não há possibilidade de manifestação da vontade do indivíduo, casos graves de incapacidade que ensejam a substituição efetiva da vontade por meio da representação. Nesses casos, em vez de interdição total, alguns doutrinadores tem defendido a existência de uma “curatela de maior extensão”, entretanto, não há exatamente uma diferença entre os efeitos práticos de uma interdição total ou de uma curatela de maior extensão (ABREU, 2016, p.559).

Por óbvio que a ressalva quanto à restrição da curatela em atingir direitos existenciais possui um fundamento lógico, contudo, é digno de nota o fato de que a curatela, por princípio, será utilizada apenas quando inviáveis outros meios de proteção jurídica, devendo atender, sempre, ao melhor interesse do interditando/interditado.

A possibilidade de uma curatela mais abrangente, ou mesmo a interdição total, em casos extraordinários é justificada desde que cumpridos os requisitos da legislação civil, processual civil e constitucional e em função do melhor interesse da pessoa.

“Não se pode mais é admitir que a capacidade civil se posicione como uma barreira institucional tendente a ampliar o quadro de desigualdade e a obstar o gozo dos direitos humanos e fundamentais e de personalidade” (MENEZES E TEIXEIRA, 2016, p.193). É nesse contexto, então, que as alterações trazidas pela CDPD e pela EPD devem ser lidas, ao reconhecer os direitos das pessoas com deficiência frente a sua própria dignidade e não como resultado de uma definição jurídica. Quanto à declaração da interdição e designação da curatela a nova perspectiva enfrenta justamente essa questão.

Fatores como gênero, idade, *status* socioeconômico, apoio familiar, educação, sexualidade, preferências, etnia e herança cultural podem interferir de tal modo no desenvolvimento de competência e habilidades de cada um que o diagnóstico, por si, não constitui um dado suficiente para aferir o grau de discernimento ou o tipo de apoio de que a pessoa necessita. (MENEZES E TEIXEIRA, 2016, p. 192)

Mesmo que a incapacidade de manifestação de vontade seja absoluta, a instituição da curatela obrigatoriamente estará fundada em um sistema de apoio segundo o qual as vontades, interesses, perspectivas de vida e preferências do interditado devem ser analisadas e respeitadas. A curatela passará a ser determinada de forma bastante estrita, amoldando-se sempre às

necessidades da pessoa tutelada, não impedindo, portanto, a concessão de uma gama de poderes e deveres mais abrangentes, daí incluídos atos que atinjam aspectos.

O que se exige, em confronto com essa abertura para maiores poderes decisórios do curador, é o estabelecimento de salvaguardas visando a garantia dos direitos do curatelado e impedir qualquer tipo de abuso. “Ao lado dos mecanismos de apoio, o Estado deve criar as salvaguardas apropriadas para que sejam garantidos os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, de modo que sejam protegidas de toda e qualquer forma de abuso” (MENEZES E TEIXEIRA, 2016, p. 198)

Além de alterações de cunho ideológico e estruturante, a interdição e a curatela sofreram mudanças sintomáticas de cunho processual que ajudaram a concretizar a nova visão humanística do instituto. O EPD e o CPC/2015 trouxeram alterações pontuais a fim de adequá-los às inovações interpretativas.

3.1.1.1 O processo de interdição ou o processo de curatela

Dispõe-se inicialmente, enquanto já discutida a questão sobre a existência ou não de uma interdição total do ponto de vista prático, a respeito da nomenclatura mais acertada para o processo que determinará a *interdição*.

O termo interdição, por si só, traz uma conotação punitivista, negativa, do processo de designação da curatela, assim, a alteração da nomenclatura passa a compor um elemento que reafirma o compromisso com a mudança de um sistema de substituição da vontade para um sistema de apoio que tem como escopo primordial os princípios da inclusão e não discriminação.

“Relaciona à curatela a um processo de supressão de direitos patrimoniais e existenciais da pessoa, quando na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia. De fato, o termo interdição remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra alguém que não praticou qualquer ato ilícito (ROSENVALD, 2018, p. 114/115)

Isto posto, adentra-se ao procedimento tratado nos arts. 1.767 a 1.783 do Código Civil de 2002 e nos arts. 747 a 763 do Código de Processo Civil de 2015 com o advento das alterações feitas pela Lei nº 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão.

A curatela, como encargo público, será definida em um processo que avaliará o nível de comprometimento psicológico de um indivíduo para a prática de atos da vida civil. O julgador deverá se cercar do maior número de elementos possíveis para individualizar a situação

apresentada no caso concreto e assim poder idealizar os limites da proteção a ser designada, atendendo ao primado da menor restrição possível à capacidade civil.

Preconiza a legislação, ainda, que, para se adequar ao caráter excepcional e à especificidade dessa medida, o indivíduo passará por um exame biopsicossocial, realizado por equipe multiprofissional e interdisciplinar, a fim de dimensionar sua efetiva capacidade. Associado a esse exame é exigida também, por força do art. 751 do CPC/15, a realização de entrevista pelo juiz para que possa aprimorar os elementos de seu convencimento na definição do grau de comprometimento da capacidade do interditando.

Quanto aos legitimados para promover a curatela, o art. 747, do CPC/15 dispõe os seguintes: o cônjuge ou companheiro, parentes ou tutores, o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando ou o Ministério Público. Tal rol, entretanto, não é taxativo, à semelhança do que ocorre na tutela, pois outras pessoas podem ser indicadas por testamento ou escritura pública para serem nomeadas curadoras, desde que atendido o princípio ao melhor interesse do curatelado (DIAS, 2016).

Relevante mencionar que segundo a redação dada ao art. 1.768, do Código Civil, pela Lei Brasileira de Inclusão, o rol de legitimados à propositura da ação de curatela incluía o próprio curatelando. E com o advento do CPC/15 esse artigo da lei civil acabou revogado, levando consigo a previsão normativa da autocuratela (COELHO, 2016, p.19).

Em outras palavras, quando o Código de Processo Civil de 2015 foi publicado, em março de 2015, ainda se encontrava em vigor a redação original do Código Civil, sem qualquer previsão da possibilidade da própria pessoa ser legitimada para propor a ação de interdição. Como o tempo de *vacatio legis* foi de 1 (um) ano, quando o NCPC finalmente entrou em vigor e revogou o art. 1.768 do CC/02 o Estatuto da Pessoa com Deficiência já havia alterado o artigo.

Tal descompasso do legislador acabou prejudicando a positivação de institutos que favorecem a manutenção da autonomia privada. Porém, a despeito disso, ao se interpretar o rol de legitimados como meramente exemplificativo, nada impede tecnicamente que a própria pessoa venha a propor a ação ou indique alguém como seu curador. E no mais, a base da nova curatela é um sistema de apoio para a tomada das decisões, e não a mera substituição da vontade, respaldando também a possibilidade de o próprio indivíduo requerer a cobertura do instituto.

Quando da decretação da curatela, o magistrado nomeará um curador que, em princípio, pode ser o cônjuge ou companheiro ou, na falta desses, ascendentes ou descendentes – art. 1.775, CC/02. Vale lembrar aqui que a definição da curatela deve levar em consideração o melhor interesse do curatelado (art. 755, §1º, CPC/15), não ficando a escolha do juiz restrita nem a essas pessoas nem à ordem de preferência do dispositivo.

Aliás, em função da prevalência da capacidade de autodeterminação, não há que se obstar, inclusive, a preferência que pode ter sido manifestada previamente pelo próprio curatelando, podendo suscitar inclusive a nomeação de terceiro não pertencente ao rol da legislação, afinal, “ninguém melhor que a própria pessoa para escolher quem, de acordo com as próprias convicções, pode cuidar de si mesma e do seu patrimônio” (TEIXEIRA, 2010, p. 361).

A escolha antecipada do curador deve ser um direito atribuído a qualquer pessoa apta a se manifestar com consciência. Ela deve contemplar o curador tanto no aspecto pessoal quanto patrimonial, tendo em vista o grau de afinidade e confiança. Ele não precisa figurar necessariamente no rol previsto na lei. Assim, o juiz deve preservar o desejo da pessoa que fez a sua opção em estado de pleno discernimento, devendo o seu desejo ser sempre respeitado. [...] A liberdade da pessoa de indicar o seu curador, que irá administrar seu patrimônio, é uma maneira de exercício da autonomia privada, uma forma de tutela da dignidade e respeito aos seus desejos. (COELHO, 2016, p.25)

Definida a capacidade do interditando e delineados os atos para os quais haverá a necessidade de curatela, o juiz proferirá sentença, de natureza constitutiva e declaratória, nomeando o curador e fixando os limites da medida de proteção segundo o estado e o desenvolvimento mental do incapaz, considerando suas características pessoais e observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (art. 755, CPC).

Frisa-se neste ponto que, segundo a determinação do art. 84, §3º, do EPD, a curatela, por ser medida excepcional, deve ser estabelecida pelo menor tempo possível. Tendo em vista que a fixação de um prazo específico é fator incongruente com a natureza da curatela, esse instituto de apoio será estabelecido pelo tempo que for necessário, segundo o melhor interesse do curatelado. Podendo ser levantada totalmente, quando cessar a causa que a determinou, ou parcialmente, quando demonstrada a renovação da aptidão para a prática de determinados atos da vida civil.

Importante tecer um breve comentário acerca das responsabilidades do curador, lembrando que o exercício da curatela seguirá as mesmas normas aplicáveis à tutela.

Não só caberá ao curador a gerência dos bens do curatelado, devendo prestar caução como garantia do bom desenvolvimento na administração da curatela (COELHO, 2016, p.32), como também passará a ser responsável civilmente pelos atos praticados pelo incapaz. Isso demonstra a importância da delimitação dos atos jurídicos afetados pela designação da curatela bem como a necessidade de ter sempre o princípio do melhor interesse do curatelado como norte para as tomadas de decisões.

3.1.2 Tomada de Decisão Apoiada

Uma das mais relevantes inovações trazidas pela lei 13.146/2015 é a Tomada de Decisão Apoiada (TDA). Com fulcro no princípio da autonomia da vontade e enfatizando o trânsito de um modelo de substituição para um de apoio, esse instituto, sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, avoca a capacidade civil como elemento chave para a expressão da liberdade moral da pessoa com diversidade funcional. Além disso, é significativo instrumento modulador da autonomia da vontade no que diz respeito à manutenção da independência da pessoa idosa com ou sem incapacidade.

A Tomada de Decisão Apoiada surge como uma alternativa mais adequada à proteção dos interesses da pessoa incapaz frente à invasividade da curatela, reiterando o caráter excepcional dessa última. Mesmo que seja justificável a aplicação da medida mais extremada (curatela), a necessidade de compreender a pessoa em confronto com a sua realidade, como ela responde aos estímulos externos e lida com suas limitações, é fator crucial na definição do grau de discernimento e na consequente especificação do apoio que realmente necessita. Com esse fundamento, o novo instrumento implementado pelo EPD ganha relevância ímpar na extensão da autonomia privada e na certificação da excepcionalidade da curatela.

Sob essa fundamentação se constrói a CDPD e a LBI, visando o reconhecimento da capacidade legal de todas as pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 12 – CDPD) [...] impõe que os Estados passem a instituir mecanismos de apoio e salvaguarda (art. 12, item 3 – CDPD), de sorte a inaugurar um sistema protetivo-emancipatório de apoio no qual a pessoa preserva a sua condição de sujeito com a possibilidade de uma vida independente, valendo-se de algum suporte, se assim necessitar e na medida do que realmente precisar (MENEZES, 2016, p. 607).

Em sum, o sistema de apoio inaugurado pelo EPD, sendo a TDA seu principal mecanismo de proteção, tem como finalidade garantir a liberdade de manifestação, reassegurando a possibilidade de a pessoa com alguma disfunção fazer as próprias escolhas, definindo e executando por si só seu projeto de vida e participando diretamente da construção do meio social. Busca revitalizar, de maneira geral, o indivíduo com diversidade funcional como sujeito de direitos e obrigações na ordem civil.

Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 609) afirma que na hipótese de a singularidade funcional “prejudicar o exercício pleno da autonomia, antes de negar a capacidade, a família, a sociedade e o Estado, devem ajudar a pessoa, fornecendo-lhe o apoio necessário em conformidade com o princípio da solidariedade – valor fundante do direito”. Significa dizer

que, independentemente de haver reverberação na seara jurídica, a prestação do auxílio/apoio se volta à tutela da dignidade da pessoa humana ao prezar pelo respeito à vontade decisória do apoiado e às necessidades individualizadas de cada um.

Nesse ditame, reitera-se, a Tomada de Decisão Apoiada é um instrumento de suporte à manutenção da capacidade civil da pessoa. Caracteriza-se, então, como uma alternativa intermediária (MENEZES, 2016, p.616) para aqueles cuja singularidade, embora não afete a plena capacidade, intua uma vulnerabilidade maior para a manifestação da vontade sobre determinado ato-negócio jurídico. Constitui, portanto, uma medida requerida como facilitador do processo de tomada de decisão.

Assim, em vez de lançar mão de uma medida extrema, que atenta contra, com maior ou menor força, direitos humanos e fundamentais, parte-se para um instituto que tem como foco a manutenção da autonomia – o estabelecimento de meios que auxiliem na tomada de decisão sem afetar a plena capacidade da pessoa.

Podem-se sintetizar, assim, quatro fases (etapas/atos) do processo de tomada de decisão, quais sejam: recepção do estímulo externo; compreensão e interpretação do estímulo recebido; tomada de decisão; externar vontade. Todas essas são elementos fáticos do suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* praticados pelas pessoas com deficiência, podendo o apoio ser prestado em qualquer dessas fases. (AZEVEDO, 2017, p.78)

Com o advento do EPD, a Tomada de Decisão Apoiada foi estabelecida no art. 1.783-A, do CC/02, sendo conceituada como o *processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.*

A TDA é instituída por meio de um processo de jurisdição voluntária cuja sentença tem por objetivo certificar o negócio jurídico firmado entre o apoiado e os apoiadores. Na verdade, a TDA é consubstanciada em um termo de acordo no qual a pessoa a ser apoiada estipula os limites do auxílio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, bem como fixa o prazo de vigência do acordo e assevera a necessidade de sempre ser respeitada a sua vontade, seus direitos e seus interesses. Nesse caso, a função do magistrado será apenas de assegurar a validade formal e a conveniência do negócio jurídico firmado.

Importante destacar que, tratando-se da legitimidade para propor a TDA, “qualquer pessoa maior que sinta a necessidade de apoio para o exercício de sua capacidade legal” (MENEZES, 2016, p.618) terá legitimidade para requerer o benefício da tomada de decisão apoiada. Por ser um ato personalíssimo, o magistrado não poderá de ofício designar a TDA e

nem determinar por si só os apoiadores, apenas o próprio beneficiado pode dar entrada com o pedido de designação de apoio e especificar a quem será atribuído tal encargo. Havendo caso de destituição de apoiador, o magistrado não poderá nomear outro sem que a pessoa apoiada seja chamada para indicar um novo nome ou mesmo se manifestar sobre a continuidade da TDA.

Toda essa dinâmica para propositura e escolha dos apoiadores deixa claro o caráter garantidor da liberdade de escolha do indivíduo. Mesmo que a pessoa ainda seja considerada plenamente capaz, a opção por esse instrumento de apoio permitirá que se tenha maior segurança e clareza na tomada de decisão, sendo uma garantia da observância das vontades e desejos da pessoa apoiada.

Neste diapasão, o apoiado poderá estabelecer exatamente em quais situações quer que seja prestado o auxílio, não havendo óbice quanto a situações de cunho patrimonial ou existenciais, além do que não há qualquer restrição legal sobre o tipo de apoio a ser prestado. Por não haver cerceamento da capacidade civil, em razão de o apoiador não atuar como representante ou assistente do apoiado, não há porque restringir a tomada de decisão apoiada apenas ao exercício de direitos de natureza patrimonial ou negocial como acontece com a curatela.

No concernente ao apoiador, a legislação exige que sejam indicados e nomeados ao menos dois e que eles cumpram com três requisitos mínimos: a existência de vínculo entre o apoiado e os apoiadores, estes sejam pessoas idôneas e gozem da confiança do apoiado. Importante salientar que o magistrado pode recusar a homologação de algum dos indicados a apoiadores caso ele verifique conflito de interesses, inidoneidade ou influência/pressão indevida sobre o beneficiário da TDA.

Importa ressaltar que a figura do apoiador não se confunde com o papel do amigo a quem se consulta ou a quem se requer uma opinião. Não se trata da institucionalização de um palpite, pois os apoiadores ocupam um papel mais institucional na prestação de suporte à pessoa apoiada. Uma vez que aceitem o encargo, terão a responsabilidade de zelar pelos interesses da pessoa no exercício de sua capacidade legal relativamente ao que for objeto do apoio. (MENEZES, 2016, p.321).

Por ser um termo de acordo especificado pelo próprio beneficiário, o prazo pré-fixado de vigência da TDA pode tanto ser prorrogado como extinto, a qualquer tempo, pelo apoiado, como disposto no §9º do art. 1.783-A do CC/02.

Uma última questão a ser comentada sobre o instituto da tomada de decisão apoiada é quanto à possibilidade de conversão do processo de TDA em Ação de Curatela no caso de o

magistrado entender que as limitações da pessoa que pleiteia o benefício não coadunam com o primeiro instituto.

Em razão dos princípios da efetividade, da inafastabilidade da jurisdição e da adaptabilidade é possível que ajustes sejam feitos a fim de melhor adequar o procedimento judicial às peculiaridades do caso concreto, desde que respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Sendo verificado pelo julgador, com base na avaliação de equipe multidisciplinar a após a oitiva do Ministério Público, que o comprometimento do discernimento se coaduna mais com o instituto da curatela, poderá adequar o processo intimando os legitimados a propor a ação de curatela nos termos do código civil e processual civil.

Quando da situação inversa, uma ação de curatela a ser convertida em um procedimento de tomada de decisão apoiada, o magistrado não poderá converter o feito tendo em vista que a propositura da TDA é ato personalíssimo e de provocação exclusiva da pessoa ser beneficiária. Nesse sentido, então, verificando não ser caso de curatela por reconhecer a plena capacidade do curatelando o magistrado deverá julgar improcedente a demanda.

4 A TUTELA DA PESSOA IDOSA E A MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA

Discutiu-se até então neste trabalho a capacidade jurídica como instituto essencial para o reconhecimento de direitos e de sua aptidão para exercitá-los de forma autônoma pelo sujeito de direito.

Seguindo nesse sentido, a correlação entre capacidade e autonomia sugere diversos graus de liberdade para realização das escolhas pessoais, para determinação dos projetos de vida, cabendo, do ponto de vista jurídico, interferências que assegurem a efetivação dos direitos titularizados, destacadamente os da esfera patrimonial. As interferências, obrigatoriamente definidas de forma objetiva na legislação, servirão como meios para suprir a falta de algum elemento da situação jurídica subjetiva.

Nesse diapasão, a situação primordial ensejadora da declaração de incapacidade e da consequente determinação de um meio de auxílio, exigindo que o titular de um direito seja representado ou assistido, é justamente a falta ou a diminuição da capacidade de discernir o certo do errado, o proveitoso do prejudicial, enfim, o nível de discernimento do indivíduo desde que levada em consideração sua realidade fático-jurídica.

Isto posto, importante compreender a situação jurídica da pessoa idosa, principalmente diante da dupla vulnerabilidade enfrentada por essa parcela considerável da sociedade, em que, por um lado, sofre com as consequências de fatores de ordem biológica, com o envelhecimento e desgaste físico e mental naturais da própria condição de finitude do ser humano, bem como com a discriminação sociocultural decorrente da idealização do que é jovem, do novo, da geração tecnológica, na qual estes predominam em detrimento daquilo considerado velho e, portanto, tido por ultrapassado, descartável.

Nesse ponto, com o envelhecimento populacional, fenômeno de âmbito mundial, a necessidade de investir em políticas públicas e de fomentar meios para a manutenção da qualidade de vida e da autonomia desse grupo passou a ganhar cada vez mais destaque, principalmente a partir da segunda metade do século XX. Durante esse período foi elaborado pela ONU o Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento, cujo objetivo primordial era orientar os Estados na elaboração de medidas que garantissem a todas as pessoas um envelhecimento com segurança e dignidade.

A partir desse plano, diversos outros instrumentos de ordem internacional e nacional foram elaborados visando uma adequação política, jurídica e social a esse grupo social em constante evolução, a exemplo da Carta de Princípios da ONU para Pessoas Idosas, a

Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, O Ano Internacional do Idoso (1999), a Política Nacional do Idoso – Lei nº 8.842/94, e o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003.

Acrescenta-se ainda o destaque dado pela Constituição de 1988 (arts. 229 e 230), no qual certifica o dever, não só da família, mas também da sociedade como um todo e do Estado em particular, de amparar e assegurar a participação das pessoas idosas na comunidade e de proteção à sua dignidade e bem-estar.

Nas douras palavras da antropóloga Guita Grin Dabert (2004, p. 13):

Assistimos, por um lado, a uma socialização progressiva da gestão da velhice; durante muito tempo considerada como própria da esfera privada e familiar, uma questão de previdência individual ou de associações filantrópicas, ela se transforma em uma questão pública.

Ao entender a pessoa idosa como pertencente a um grupo societário vulnerável, é importante perceber a necessidade de desvincular o avanço da idade da ideia de dependência. Como o princípio da dignidade da pessoa humana foi adotado como fundamento da república pela Carta Magna de 1988 e, como afirma Luís Roberto Barroso (2010, p.83), se expressa no plano dos direitos individuais como autonomia privada, a manutenção dessa dignidade no âmbito da proteção dos idosos envolve diretamente a conservação da capacidade para realização de seus projetos existenciais, da viabilidade para gerir os rumos da sua própria vida, em outras palavras, a capacidade para se autodeterminar.

Além do mais, a geração de idosos da atualidade não se encaixa no padrão outrora em voga de que, a partir de determinada fase da vida, o indivíduo deve se afastar de seu papel na sociedade permitindo que os mais jovens atuem em seu lugar. Os *novos idosos* se mantêm ativos na sociedade por muito mais tempo, deixando claro que o avançar da idade não está correlacionado à perda da aptidão para realização de suas próprias escolhas. Não é velho aquele que atingiu determinada idade avançada, mas sim aquele que se deixou abater pelo peso dos anos vividos, a pessoa cuja liberdade para realizar, e mesmo editar projetos de vida, acabou por ser diminuída, restando-lhe a dependência, seja física ou psicológica.

[...] assistimos, atualmente, a uma proliferação de etapas intermediárias de envelhecimento. A aposentadoria deixa de ser um marco a indicar a passagem para a velhice ou uma forma de garantir a subsistência daqueles que, por causa da idade, não estão mais em condições de realizar um trabalho produtivo. (...) Meia-idade, terceira-idade, aposentadoria ativa não são interlúdios maduros entre a idade adulta e a velhice, mas estágios apropriados para a concretização de sonhos adiados em outras etapas da vida. (DEBERT, 2004, p. 18-19)

Diante o exposto, assevera-se, no que concerne à capacidade jurídica, que a senectude não é considerada como causa de incapacidade. O critério etário é utilizado, em se tratando de menores de idade, para determinar apenas o grau de capacidade relativa ou absoluta e o marco no qual a pessoa adquire a plena capacidade, contudo, não há qualquer critério ou parâmetro semelhante que traduza o momento para a perda da capacidade (SANTOS e ALMEIDA JÚNIOR, 2016, p. 327-328). Assim, o advento da idade não proporciona qualquer causa de incapacidade, sendo o idoso plenamente capaz, em regra, para realizar suas escolhas de vida.

Ana Carolina Brochado Teixeira (2008) afirma que “a fragilidade física, que normalmente acomete o idoso com o passar dos anos, não significa debilidade mental ou falta de discernimento, pois a velhice não é, por si só, incapacitante, em termos jurídicos”, evidenciando que a restrição da capacidade, nesses casos, pode ser proveniente, como *possível consequência* dentro do mundo jurídico, da diminuição efetiva, embora natural, da aptidão para realizar as atividades cotidianas – referentes ao envelhecimento natural do corpo, ou do surgimento de alguma patologia – não diretamente da questão etária, sendo importante compreender a distinção entre os conceitos de incapacidade natural e de incapacidade jurídica.

O fato de o avanço da idade tornar mais dificultosa a prática de certas atividades cotidianas não sugere a existência de alguma forma de incapacidade jurídica, não indica por si só qualquer diminuição no discernimento da pessoa. Desse modo, a proteção do idoso como vulnerável será direcionada à concessão de direitos que possibilitem a continuidade da sua liberdade de escolha de forma ampla, permitindo que se mantenha plenamente integrado à sociedade e em igualdade de condições com os demais.

Em resumo, vale a máxima em que a capacidade da pessoa idosa, terminantemente, será a regra, não podendo sofrer qualquer restrição em razão de critério etário, apenas excepcionalmente podendo ser declarada sua incapacidade, como consequência de uma inaptidão que afete diretamente seu discernimento.

Ressalta-se que a inaptidão para realização de certas tarefas cotidianas poderá ensejar um tratamento diferenciado do idoso que não se coaduna com a restrição de sua autonomia ou de sua capacidade jurídica. Tal tratamento é, na verdade, justificado como *expressão do princípio da igualdade material*, segundo o qual se deve tratar os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 335) “a concessão de tratamento diferenciado às pessoas idosas somente é justificável com esteio na razoabilidade, de modo a *remover obstáculos de fato ao desenvolvimento efetivo do idoso*”.

A relação entre o envelhecimento e a manutenção da capacidade de autodeterminação, a liberdade de continuar fazendo suas próprias escolhas de vida perante uma sociedade preconceituosa e um Estado, até pouco tempo, com tendências predominantemente paternalistas, depende da busca por alternativas que enxerguem a pessoa idosa como um indivíduo ainda em desenvolvimento, não como alguém na reta final de uma corrida. A proteção do idoso assume uma dimensão individual e social (PERLINGIERI, 2002, p.168) em contraposição à clássica defesa de cunho patrimonial.

Em vista do exposto, o advento da Lei 13.146/2015 (EPD) e a instituição de novos parâmetros para interpretação da teoria das incapacidades, principalmente ao desvincular deficiência da presunção de incapacidade, e ainda com o implemento da Tomada de Decisão Apoiada, com claro intuito, como já discutido, de assegurar a capacidade como regra, novas perspectivas se abrem para a tutela da pessoa idosa, em especial no que tange à pessoa idosa com alguma incapacidade, natural ou juridicamente considerada.

A ideia proveniente da análise das alterações e inovações do EPD é a de identificar o padrão, ou melhor, a gradação da autonomia da pessoa e então, a partir desse ponto, formular alternativas e meios efetivos para o prolongamento da capacidade de autorregulação dos seus interesses e relações privadas (SÁ & TEIXEIRA, 2007, p.77).

Ao implementar a Tomada de Decisão apoiada e legitimar a autocuratela (embora o inciso IV do art. 1.768 do CC/02 tenha acabado revogado pelo NCPC por um descuido do legislador), o EPD acabou alimentando as disposições do Estatuto do Idoso, em especial seus arts. 8º a 10, que asseguram o envelhecimento como um direito personalíssimo e o respeito à liberdade, à identidade e à autonomia, aqui de forma ampla, como elementos primordiais à concretização da dignidade humana.

Impende ressaltar que a própria Lei Brasileira de Inclusão, no seu art. 5º, parágrafo único, já remete à necessidade de um tratamento especial da pessoa idosa com deficiência. Nas palavras de Deborah Pereira Pintos dos Santos e de Vitor de Azevedo Almeida Júnior (2016, p.314):

A própria lei reforça a especial vulnerabilidade da pessoa idosa com deficiência (...) sendo necessária uma tutela enérgica protetiva em relação a esse grupo duplamente vulnerável no sentido de 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.

A proteção da pessoa idosa, portanto, tendo como parâmetro o princípio da igualdade material, impende a sua identificação como sujeito ainda em desenvolvimento e cuja

capacidade de autodeterminação não pode ser refreada indistintamente, sem a detida análise do seu grau de autonomia. Destarte, toca ao Direito garantir os meios necessários para avalizar a máxima autonomia, levando em consideração as peculiaridades de cada um. Suprindo as vulnerabilidades e permitindo o exercício dos direitos e liberdades fundamentais em pé de igualdade com os demais sujeitos de direito.

Vale reafirmar, como explanado alhures: envelhecer não é pressuposto de incapacidade e não coaduna necessariamente com inaptidão funcional. A grande maioria dos idosos, principalmente quando se leva conta as *novas* gerações, permanece com plenas condições de reger sua própria vida sem requerer qualquer assistência ou apoio, sendo a vulnerabilidade um fator externo a sua vitalidade.

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 bens, sendo imprescindível uma verificação direta e concreta da falta de discernimento no processo de interdição para eventual perda ou redução da capacidade de fato. (SANTOS e ALMEIDA JÚNIOR, 2016, p.332)

Nesta senda, a necessidade de supressão da vulnerabilidade bem como de propensa incapacidade que afete sobremaneira a percepção de certo ou errado deve ser orientada, sempre, segundo o melhor interesse do idoso e tendo como foco a manutenção da sua autonomia, destacadamente quando diante de situações existenciais.

Insta consignar, ainda, que a Confederação Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos dos Idosos fundou a proteção da pessoa idosa em quatro elementos-chave – dignidade, independência, protagonismo e autonomia – e considerou como dever dos Estados-Partes a promoção do desenvolvimento integral do idoso à luz do seu melhor interesse e o fortalecimento da sua capacidade e potencialidades (SANTOS e ALMEIDA JÚNIOR, 2016, p.339). Nesse diapasão, reconhece-se a imprescindibilidade de dispor de meios que assegurem o respeito à autonomia do idoso tanto no que tange a tomada de decisões sobre questões patrimoniais quanto existenciais.

4.1 Instrumentos para assegurar a manutenção da autonomia privada da pessoa idosa

Reitera-se a exaustão, o simples envelhecer não é causa de incapacidade jurídica, entretanto, não se questiona o fato de que com o avançar da idade há diminuição das aptidões para realização de determinadas atividades.

O avanço tecnológico e da medicina proporcionaram um aumento considerável na expectativa e na qualidade de vida da população, porém, em contraponto, isso significou também um aumento proporcional do número de pessoas afetadas por doenças que podem ocasionar a perda ou a diminuição do discernimento. A título de exemplo, estudos *da Alzheimer's Disease International* estimam que até 2050 o mundo terá aproximadamente 135 milhões de pessoas com algum tipo de demência, em especial a Doença de Alzheimer.

Diante dessa situação, e sob o enfoque jurídico, insurgiu a necessidade de planejar o futuro, de encontrar meios que assegurassem uma vida com dignidade, abarcando e protegendo os aspectos patrimoniais e existenciais da pessoa humana. Aqui, destacam-se as consequências que a instituição de medidas/instrumentos preventivos possuem para a tutela psicofísica da pessoa idosa, esteja ela acometida de inaptidões ou não.

A instituição de instrumentos que promovam a defesa da autonomia e da independência para a prática dos atos da vida civil em uma fase futura passa a ser fator de suma importância. Enfoca-se, então, a possibilidade de *manifestação antecipada da vontade* através de medidas de *autocuratela*, como as diretivas antecipadas de vontade, a escritura pública declaratória, o mandato permanente e mesmo o novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

Havendo qualquer diminuição eventual (natural ou não) nas habilidades ou no discernimento da pessoa idosa, o estabelecimento de mecanismos que permitissem a prevalência da sua vontade, manifestada previamente, consistiria na garantia do seu direito à liberdade e, conseqüentemente, na proteção da dignidade da pessoa humana, partindo do princípio de que ninguém melhor do que o próprio indivíduo para definir o modo que mais satisfaz os seus interesses em cada situação.

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho (2016, p. 56) utiliza a expressão *espaço de autodeterminação projetado para o futuro* para designar a possibilidade de manifestação prévia da vontade para tutelar situações jurídicas futuras. Aduz a autora que embora não haja no ordenamento pátrio atual qualquer determinação específica positivando a autocuratela, haja vista a inadvertida revogação pelo NCPC da inovação implementada pela lei nº 13.146/2015, já há instrumentos com fundamentos semelhantes que autorizam a pessoa a regular previamente determinada situação patrimonial ou existencial: o testamento e a lei de doação de órgãos.

Nesses casos, entretanto, tem-se a tutela de uma situação jurídica que produzirá efeitos apenas após a morte do indivíduo. Em contraponto, a autocuratela enseja a regulação de uma conjuntura que *pode* vir a acontecer, seus efeitos serão futuros e condicionados à impossibilidade de manifestação da vontade da pessoa em razão da perda ou redução do discernimento.

Em suma, a autocuratela nada mais é do que um negócio jurídico, unilateral ou bilateral, podendo ser gratuito ou oneroso, segundo o qual a pessoa plenamente capaz deixará previamente manifesta a sua vontade para o caso de eventual perda ou redução da sua capacidade. É ato personalíssimo, revogável, com efeitos futuros e condicionais e que pode tratar de questões patrimoniais ou existenciais.

A expressão *autocuratela* é a instituição pela qual se possibilita que a pessoa com discernimento, mediante um documento apropriado, deixe preestabelecidas as suas questões (patrimoniais e/ou existenciais), para serem implementadas em uma eventual impossibilidade de manifestação da vontade. (COELHO, 2016, p. 79)

Nesta senda, a lógica desses instrumentos de autodeterminação projetados para o futuro pode ser utilizada como analogia para justificar a admissão da autocuratela no ordenamento jurídico brasileiro.

Se a pessoa decidir o que é melhor para ela, no momento em que tem discernimento para isso, tal decisão tem que ser vinculante para o juiz, surtindo efeitos jurídicos previstos, pois o Estado não pode impedir o exercício da autonomia privada da pessoa que, agindo dentro dos parâmetros legais, pretende realizar um contrato. (COELHO, 2016, p. 66)

Parte-se do princípio, então, de que a autocuratela é gênero do qual a Diretiva Antecipada de Vontade (DAV) e o Mandato Permanente são espécies.

No que consta à Diretiva Antecipada de Vontade, tal instrumento tem relevante significado quando se trata de possibilitar à pessoa idosa a manutenção da sua autonomia naquilo que importa à escolha dos tratamentos de saúde aos quais quer ou pode vir a ser submetido.

As DAV's, como instrumento da autocuratela, ainda não foram juridicamente disciplinadas, sendo consideradas um negócio jurídico atípico. Todavia, o Conselho Federal de Medicina, na sua Resolução CFM nº 1995/2012, não só reconheceu a relevância desse mecanismo no que se refere à garantia da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como conceituou as Diretivas Antecipadas de Vontade 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”.

Nesse sentido, percebe-se que as DAV's possuem um nicho específico de disposição, cuidam exclusivamente de questões existenciais relacionadas à escolha de tratamentos médicos e de saúde, não servindo para regular questões de caráter negocial e patrimoniais. Além do

mais, ainda são costumeiramente subdivididas em duas espécies em razão da abrangência e/ou do momento das situações que venham a disciplinar: testamento vital e mandato duradouro.

No *testamento vital*, ou declaração prévia de vontade para o fim da vida (living will), a pessoa disporá sobre questões adstritas às situações de fim de vida (estado vegetativo persistente – EVP, estado terminal ou doença crônica incurável) enquanto que no *mandato duradouro* a pessoa irá nomear/designar alguém para exercer a função de “procurador de saúde”, aqueles que “deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – definitiva ou não, quando estes tiverem de tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente” (DADALTO, 2013, p. 85).

Para a pessoa idosa acometida de alguma enfermidade que lhe incapacite de manifestar diretamente a sua vontade ou que lhe reduza a capacidade de compreensão, prejudicando o consentimento esclarecido para os tratamentos médicos cabíveis, as diretivas antecipadas de vontade consubstanciam fatores primordiais para promover o respeito a sua autonomia privada e a capacidade de autodeterminação.

(...)determinadas doenças neurodegenerativas progressivas, cuja incidência em pessoas idosas é maior, apresentam um retardamento dos efeitos mais severos, propiciando a essas pessoas um intervalo de lucidez maior, uma higidez mental por um período mais longo. Nesses casos, deve-se fortalecer através de mecanismos adequados a capacidade da pessoa idosa e não negar-lhe de uma vez sua autonomia. (SANTOS E ALMEIDA JÚNIOR, 2016, p. 341)

Nesse diapasão, e embora o mandato duradouro possa abarcar um número bem mais significativo de questões, sendo mais abrangente, inclusive, que o testamento vital, verifica-se, contudo, que as diretivas antecipadas de vontade ainda são meios insuficientes para garantir a plena autonomia da pessoa idosa.

Por ter o seu objeto restringido a questões de saúde, a DAV, ainda que represente um significativo avanço para a garantia da autodeterminação, exclui a possibilidade de manifestação antecipada sobre outras questões existenciais não relacionadas à saúde ou pertencentes à seara patrimonial e negocial.

Considerando que já ficou definido que a autocuratela é um negócio jurídico atípico, Thais Câmara Maia Fernandes Coelho (2016, p.88) colaciona ainda a *escritura pública declaratória* como um mecanismo “que permite ao indivíduo dispor acerca das suas questões patrimoniais e existenciais para serem efetivadas no caso e uma falta de discernimento futura” de forma mais ampla.

Partindo do pressuposto de que a escrituração é meio consagrado pela legislação para dar publicidade e conferir segurança jurídica aos atos praticados, sendo o conteúdo da escritura de responsabilidade única do declarante, o estabelecimento de diretrizes que cuidem de questões específicas – cujos efeitos serão produzidos em momento futuro e dependentes de uma condição pré-determinada (a perda ou redução do discernimento) –, através de uma escritura pública declaratória, serão válidas e deverão ser cumpridas e respeitadas, desde que não contrárias à lei (COELHO, 2016, p.89).

Nessa mesma linha de atuação, o *mandato permanente* permite que o indivíduo, enquanto plenamente capaz, planeje seu futuro e tome precauções para o caso de alguma adversidade futura que lhe retire a capacidade de manifestação da vontade. Funda-se em grande parte no mandato clássico previsto no Código Civil, diferenciando-se, justamente, no que concerne à eficácia dos poderes atribuídos ao mandatário, pois, tendo em vista o objetivo do mandato permanente, os efeitos começarão a ser produzidos apenas com a declaração da incapacidade do mandante.

O mandatário faz as vezes do mandante e em nenhuma outra relação jurídica oriunda de contrato se dá essa substituição, de modo que um apareça como o prolongamento do outro. Essa seria a principal finalidade do mandato permanente, haja vista que o mandatário iria cumprir o que foi determinado pelo mandante no momento em que ele não conseguisse expor mais a sua vontade válida. (COELHO, 2016, p. 100)

A possibilidade de indicar previamente quem teria sua confiança para atuar em seu nome, gerenciando seus negócios e tomando decisões, mesmo que existenciais, segundo o seu melhor interesse é fator primordial à manutenção da autonomia e da capacidade de autodeterminação. Afinal, “é a própria pessoa que faz o seu planejamento pessoal e patrimonial, sendo autor da própria vida, e não coadjuvante” (COELHO, 2016, p.97), sendo apenas a execução designada para outrem.

Tanto a escritura pública declaratória quanto o mandato permanente, observadas as devidas proporções, surgem como resultado da capacidade de autodeterminação da pessoa, o poder se planejar para os acontecimentos futuros, e contribuem sobremaneira para a garantia de uma vida com dignidade.

Importante considerar, contudo, que tais instrumentos mencionados até o momento (diretiva antecipada de vontade, mandato permanente e escritura pública), embora essenciais à manutenção da autonomia privada da pessoa idosa, ainda não possuem respaldo legislativo específico. Em verdade, a autocuratela, como dito, sendo um negócio jurídico atípico, é admitida no ordenamento jurídico pátrio muito em função desse caráter de atipicidade.

Aliado a esse aspecto, frisa-se, todavia, a adesão do ordenamento jurídico brasileiro a um sistema civil-constitucional, de prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais, “no sentido de universalizar o acesso e o exercício dos direitos fundamentais e de resguardar novos sujeitos de direito historicamente discriminados ou ignorados” (GAMA, PONTES e TEIXEIRA, 2014, p.50). Essa nova perspectiva interpretativa do direito é o principal suporte fático-jurídico para garantir aplicabilidade desses mecanismos de manifestação prévia da vontade para preservação da autonomia.

A identificação da pessoa idosa como pertencente a um grupo de demasiada vulnerabilidade e a então necessidade de o Estado lançar mão de salvaguardas que permitissem o livre desenvolvimento da personalidade ornaram sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana (GAMA, PONTES e TEIXEIRA, 2014, p.52). Tal ajuste de foco no sistema jurídico garantiu maior segurança jurídica aos instrumentos de autocuratela.

Partindo desse direcionamento, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, João Gabriel Madeira Pontes e Pedro Henrique da Costa Teixeira (2016, p.55) expõem o seguinte:

Nesse contexto, é preciso estabelecer um critério que, deferente à metodologia civil-constitucional vigente, seja capaz de anular esta visão paternalista de que o idoso não é apto a se autogovernar. (...) A nosso ver, portanto, o melhor parâmetro ser utilizado na interpretação e na aplicação das normas legais e constitucionais as quais podem incidir sobre situações que envolvam os direitos dos idosos é o livre desenvolvimento da personalidade, como forma de sempre valorizar a esfera existencial desses indivíduos.

Nesta toada, em que pese os mandamentos constitucionais aplicáveis à seara cível, reitera-se: ainda é escasso o tratamento legislativo da autocuratela como instituto específico. Apenas com a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a sua posterior regulamentação pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) ela passou a ter maior relevância como mecanismo de proteção e manutenção da autonomia privada.

O EPD, ao expressamente incluir a própria pessoa como legitimada à propositura da ação de curatela, art. 1768, IV, do Código Civil, reforçou a ideia de que a curatela é medida excepcional cuja aplicação se dá dentro de um contexto de apoio para realização dos direitos titularizados. O fundamento é a extensão da capacidade civil, e, conseqüentemente, da capacidade de autodeterminação, ao máximo, permitindo que a própria pessoa defina qual o melhor caminho a seguir para ter seus direitos assegurados.

Por conta de uma ingerência do legislador, o inciso IV supramencionado acabou revogado pelo novo Código de Processo Civil, contudo, ainda assim representou um grande

avanço nos estudos referentes à capacidade civil e a aplicabilidade das medidas de autotutela. Certificou o novo rumo interpretativo a ser seguido para aplicação da teoria das incapacidades acentuando a autonomia, a liberdade, a capacidade de autodeterminação e a dignidade da pessoa humana como foco.

E em se tratando da tutela psicofísica da pessoa idosa, tal alteração serviu de norte para um outro instrumento de autotutela também implementado pela Lei Brasileira de Inclusão. Como explicado alhures, a Tomada de Decisão Apoiada surgiu justamente como meio de excelência para manutenção da autonomia da vontade. A possibilidade de prestar o auxílio necessário para a tomada de decisão destacando ao mesmo tempo a capacidade plena do indivíduo e a excepcionalidade da curatela.

Partindo de uma gradação da autonomia e da capacidade de manifestação direta da vontade, a TDA ganha destaque na tutela do idoso, pois, ao não restringir em qualquer aspecto a capacidade civil, permite que o ancião mantenha a sua independência enquanto lhe é garantido todo o esclarecimento necessário, por meio dos apoiadores por ele mesmo indicados, para fazer as suas escolhas.

Como um dos maiores problemas enfrentados pelo idoso nos dias de hoje é a ideia preconceituosa de que ele não é hábil para tomar decisões existenciais e patrimoniais importantes, o livre desenvolvimento da personalidade se revela um mecanismo necessário para a devida valorização da independência e da liberdade desse sujeito de direitos. (GAMA, PONTES e TEIXEIRA, 2014, p.62)

Independentemente do grau de incapacidade da pessoa idosa, seus desejos e interesses devem ser sempre respeitados. A utilização de instrumentos que permitam a extensão da sua autonomia e da sua capacidade de planejar seu próprio futuro, de definir por si só o que é melhor para a sua vida, é essencial para uma vida com dignidade. A autotutela como mecanismo de manifestação antecipada da vontade, seja na forma de diretiva antecipada, mandato permanente ou tomada de decisão apoiada, é apenas um dos meios a serem desenvolvidos para fortalecer o reconhecimento da plena capacidade da pessoa idosa, principalmente quando diante da dupla vulnerabilidade (física ou social).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos elementos essenciais para a formação de uma relação jurídica é a existência de um agente considerado capaz. Nestes termos, não basta que a pessoa seja sujeito de direito, é preciso que ela tenha a aptidão necessária para exercê-los direta e pessoalmente. A essa correlação existente entre titularidade e exercício se dá o nome de capacidade jurídica.

A capacidade está intrinsecamente ligada à identificação das habilidades e do grau de discernimento do indivíduo, sendo, portanto, um conceito relativo, cuja variação permite a caracterização de pessoas com maior ou menor capacidade. Dessa possibilidade de gradação que surge a teoria das incapacidades. Havendo situações em que a pessoa não se encontra em condições de atuar por si mesma para concretização dos seus direitos, uma maior proteção do ordenamento para que esses sejam assegurados e efetivados passa a ser exigida.

Nesse panorama, a pessoa que se encontrar com a capacidade de compreensão do mundo prejudicada – quando há redução ou falta de discernimento – poderá ser declarada incapaz para a prática de determinados atos da vida civil e, sendo assim considerada, necessitará ser auxiliada para ver garantidos os seus direitos.

Em uma perspectiva prática, a capacidade civil nada mais é do que o instituto jurídico que identificará a extensão da autonomia privada do indivíduo, segundo critérios objetivos definidos em lei, tendo em vista a influência da situação fático-jurídica por ele vivenciada. Em outros dizeres, é a medida jurídica da capacidade de manifestação da vontade livre e validamente considerada.

Identificados os fatores que ensejam uma redução ou perda da capacidade civil, institutos de assistência serão desenvolvidos para supressão dessa defasagem, seja de forma a complementar ou, em determinados casos, substituir a vontade da pessoa. No caso específico do direito brasileiro, o principal instrumento de auxílio do incapaz é a curatela.

Partindo desse panorama da capacidade jurídica, no entanto, destacou-se a situação do ancião. Embora o avançar da idade não se inclua dentre os fatores que ensejam a declaração de incapacidade, a visão sociocultural dessa parcela significativa da população praticamente institui uma presunção de incapacidade para a prática dos atos da vida civil. Muitos idosos passam a ser considerados como inservíveis à sociedade em função exclusivamente da faixa etária a qual pertencem.

Por óbvio que o passar do tempo traz consequências, o desgaste físico e mental são aspectos naturais da condição humana. Entretanto, essas condições não podem justificar por si

mesmas a presunção de incapacidade e a redução da autonomia da pessoa idosa através da substituição da vontade.

O avançar da idade e a conseqüente diminuição ou perda das habilidades do indivíduo ensejam o reequilíbrio da situação jurídica, tendo em vista a vulnerabilidade presente na relação. O importante é permitir que a pessoa idosa possa continuar a manifestar seus desejos e interesses de forma independente.

Sabendo que os idosos possuem maior suscetibilidade para algumas doenças incapacitantes, dentre elas as que afetam o grau de discernimento para a prática de atos da vida civil, deixa-se claro que a idade não é a causa da incapacidade, apenas constitui mero fator de risco. Em suma, a pessoa idosa, em regra, é plenamente capaz de exercer direta e pessoalmente todos os seus direitos e obrigações, sendo a senectude irrelevante para definição da capacidade ou incapacidade.

Acontece que, como dito, o próprio envelhecimento natural proporciona algumas barreiras causadoras de desequilíbrio nas relações jurídicas. E, aliado ao preconceito ainda bastante arraigado na sociedade atual, as pessoas idosas constituem um grupo de *ultra* vulnerabilidade, cuja proteção deve ser reforçada, em especial no que se refere à manutenção da sua autonomia privada e capacidade de autodeterminação.

Dentro do que foi observado durante esta pesquisa, a necessidade de identificar e criar meios que permitam o prolongamento da capacidade civil da pessoa – numa perspectiva genérica, permitindo que em caso de incapacidade sejam sempre observados os desejos e aspirações do indivíduo tutelado (curatelado) –, depende diretamente de uma mudança na forma como é interpretado o instituto da capacidade. E quanto se faz o recorte para o tratamento da autonomia do idoso o aprofundamento desse tema ganha ainda mais relevância.

Daí o porquê de a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e o implemento da Lei 13.146/2015 serem tão importantes para o estudo dessa temática. Ao trazerem uma perspectiva cujo norte é a cláusula geral de tutela da personalidade (o princípio da dignidade da pessoa humana), dissociando a deficiência da incapacidade e alterando o modelo médico-assistencial para um de apoio à pessoa, tais institutos normativos reavivaram o sujeito de direito como plenamente capaz de tomar suas próprias decisões e julgar o que é melhor para efetivar os seus interesses.

A curatela passou por uma reformulação ideológica e processual e a Tomada de Decisão Apoiada foi introduzida no ordenamento jurídico nacional como chave para a manutenção da autonomia privada do indivíduo ao mesmo tempo em que lhe era garantido o auxílio necessário à tomada de decisão consciente.

Outro aspecto primordial difundido pelas inovações legislativas citadas foi justamente o potencial de reafirmação da autonomia através da autocuratela. A possibilidade de se deixar expressa, de forma antecipada, as orientações e desejos da pessoa para o caso de eventual perda ou redução da capacidade de compreensão do certo ou errado. Por meio das diretivas antecipadas de vontade, de mandato permanente, de escritura pública declaratória e, inclusive, do Termo de Tomada de Decisão Apoiada, garantir-se-á a vontade do indivíduo quando este se encontrar impossibilitado de manifestá-la.

O idoso tem garantido constitucional e infraconstitucionalmente o seu direito à autodeterminação, o poder de planejar seu futuro e de tomar as decisões que atenderão melhor os seus interesses. E sendo plenamente capaz, nada pode vir a restringir a sua liberdade de escolha por uma simples questão de paternalismo (seja por parte do estado, seja advindo das suas relações familiares). Formas de equilibrar as relações jurídicas, permitindo a sua atuação em pé de igualdade com todas as demais pessoas, devem ser previstas tendo em vista assegurar a sua independência.

Os instrumentos de autocuratela, portanto, são saídas excepcionais à manutenção da capacidade plena da pessoa idosa, principalmente quando levado em consideração a perda gradual da aptidão para execução de determinadas tarefas, em função do ritmo natural do envelhecimento humano.

O reconhecimento da pessoa idosa como alguém que se encontra em uma fase diferenciada da construção da personalidade é primordial para entender a necessidade de preservação da sua liberdade de escolha e da sua capacidade de projeção para o futuro. Enxergar o ancião para além dos velhos estereótipos e desenvolver alternativas e mecanismos para a manutenção da autonomia é reconhecer a própria condição futura e a primordialidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a Interdição após o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Editora CRV, 2015.

_____. *A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 545-568.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Alzheimer's Disease International. *Dementia statistics: numbers of people with dementia*. Disponível em: <https://www.alz.co.uk/research/statistics> acesso em: 03 Agosto 2018

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional*. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930> Acesso em: 18 Jan 2019.

AZEVEDO, Rafael Vieira de. *A capacidade civil da pessoa com deficiência no Direito brasileiro: reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BANDEIRA, Paula Greco. *Notas sobre a autcuratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 569-591.

BARROSO, Lúís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Revista Panóptica, número 19, Jul/Out 2010. Disponível em: www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530. Acesso em: 06 Jan 2019.

BERLINI, Luciana Fernandes. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 161-184.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º janeiro de 1916. Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 21 Jan. 2019

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de out. de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 Jan. 2019

_____. *Lei n. 10.406, de 10 janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 Agosto 2018.

_____. *Lei n.10.741 de 1º outubro de 2003. Estatuto do idoso.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 01 Agosto de 2018.

_____. *Lei n.13.105, de 16 março de 2015. Código de Processo Civil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 Agosto 2018.

_____. *Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm; Acesso em: 01 Agosto 2018.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice: Socialização e Processo de Reprivatização do Envelhecimento.* 1ª reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: EDUSP: FAPESP, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias, de acordo com o novo CPC.* 4ª ed. em ebook baseada na 11 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *A nova teoria das incapacidades.* Revista *Thesis Juris.* V. 5, nº 2, pp. 263-288, 2016. Disponível em: Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 06 Jan. 2019.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil.* 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB.* 13 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB.* 15 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, Glauber Salomão. *A presunção de capacidade civil da pessoa com deficiência na lei brasileira de inclusão.* Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 7, n 13, p.99-117, 2016

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMBLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil – Volume Único.* São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PONTES, João Gabriel Madeira; TEIXEIRA, Pedro Henrique da Costa. *O direito civil-constitucional e o livre desenvolvimento da personalidade do idoso: o dilema de Lear.* Revista Brasileira de Direito Civil.v. 2, n 2, 2014.

Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/120>. Acesso em: 03 Jan. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.

IBGE. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Projeções da População*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=o-que-e>; Acesso em: 01 Agosto 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: 2015

MACHADO, Diego Carvalho. *Capacidade de agir e direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do direito à privacidade*. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 8– Abr / Jun 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/64>. Acesso em: 03 Jan. 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo*. Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/100967>. Acesso em: 15 Fev. 2019

MENDONÇA, Bruna Lima de. *Apontamentos sobre as principais mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) no regime das incapacidades*. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 257-277.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 177-203.

_____. *O direito protetivo após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 509-543.

_____. *O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumentos de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015)*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 603-631.

ONU. *Organização das Nações Unidas. A ONU e as pessoas idosas*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 29 Jan. 2019.

_____. *Political declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing*. Second World Assembly on Ageing, Madrid, Spain. 2002. Disponível em: www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/Madrid_plan.pdf. Acesso em: 29 Jan 2019.

PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca S.A, 2007.

_____, ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)*. Interstícios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico. v. 2. n° 2, p. 37-47. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/28249684_El_modelo_de_la_diversidad_una_nueva_vision_de_la_bioetica_desde_la_perspectiva_de_las_personas_con_diversidad_funcional_discapacidad. Acesso em: 15 fev. 2019.

PEREIRA, Caio Mário de Silva. *Instituições de Direito Civil v.1*.Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v. 16, p. 105-123, 2018.

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

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*. *Revista de direito do Estado: RDE / Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais*. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2006. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento/view>. Acesso em: 15 fev. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Integridade psíquica e capacidade de exercício*. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*. v. 9, n. 33, p. 3–36, jan./mar., 2008.

_____; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Envelhecendo com autonomia*. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.75-88.