

PESSOA IDOSA COM DEFICIÊNCIA E MEDIDAS DE APOIO: O PROTAGONISMO DA GUARDA DE FATO NO DIREITO ESPANHOL E ANÁLISE DE CASOS¹

OLDER PEOPLE WITH DISABILITIES AND SUPPORT MEASURES: THE ROLE OF DE FACTO CUSTODY IN SPANISH LEGISLATION AND CASE ANALYSES

Maria de Fátima Freire de Sá

Pós-Doutora em Direito (Universidad del País Vasco – Espanha). Doutora (UFMG) e Mestre (PUC Minas) em Direito. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) na PUC Minas. Líder e pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Rede Cebid JusBioMed (PUC Minas). Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3485-4923> E-mail: mfatimafreiresa@gmail.com

Ana Flávia Pereira de Almeida

Mestre e Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Pós-Graduada em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Cebid JusBioMed. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1311-2370> E-mail: anaflaviapa.costa@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem por objetivo estudar as medidas de apoio inseridas no Código Civil espanhol (CCE) às pessoas idosas com deficiência, com ênfase à aplicação da guarda de fato em relação às demais medidas. Inicialmente, busca-se trazer um panorama geral sobre as medidas de apoio voluntárias e judiciais no direito espanhol para, depois, refletir sobre a aplicação da guarda de fato às pessoas idosas com deficiência no plano doutrinário e jurisprudencial. Da análise realizada observa-se que a premissa considerada pelos órgãos julgadores (falta de discernimento ou existência e eficácia do cuidado), em segunda instância, reflete a medida de apoio atribuída: curatela ou guarda de fato. A partir das modificações introduzidas pela Lei nº 8/2021 ao CCE, inspiradas nos princípios

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001. Trata-se de excerto extraído a partir de estudo pós-doutoral da autora 1 e da tese de doutoramento da autora 2.

da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), entende-se que a interpretação mais coerente é pela aplicação da guarda de fato, independentemente de se aferir o discernimento da pessoa idosa com deficiência. Trata-se de pesquisa de natureza pura, qualitativa e exploratória, realizada pelo método da revisão legislativa, bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Pessoa idosa. Deficiência. Medidas de apoio. Guarda de fato. Direito espanhol.

Abstract: The aim of this article is to study the support measures provided for in the Spanish Civil Code (SCC) for older people with disabilities, with an emphasis on the application of de facto guardianship in relation to other measures. Initially, the aim is to present an overview of voluntary and judicial support measures in Spanish law, and then to reflect on the application of de facto guardianship to older people with disabilities at a doctrinal and case law level. The analysis shows that the premise considered by the courts (lack of discernment or existence and effectiveness of care), at second instance, reflects the support measure awarded: guardianship or de facto guardianship. Based on the changes introduced by Law No. 8/2021 to the SCC, inspired by the principles of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), it is understood that the most coherent interpretation is the application of de facto guardianship, regardless of whether the discernment of the disabled older person is assessed. This is pure, qualitative and exploratory study, carried out using the legislative, bibliographical and jurisprudential review method.

Keywords: Older person. Disability. Support measures. De facto guardianship. Spanish law.

Sumário: 1 Introdução – 2 Medidas de apoio à pessoa com deficiência no direito espanhol – 3 A pessoa idosa com deficiência e a guarda de fato – 4 Decisões espanholas sobre medidas de apoio à pessoa idosa com deficiência – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

O crescente envelhecimento populacional exige um olhar cada vez mais atento para as questões relacionadas à proteção de pessoas idosas, especialmente aquelas com deficiência. Nesse contexto, o presente estudo ocupa-se da situação de pessoas idosas e debilitadas, tanto sob o aspecto físico quanto psíquico, e o papel do direito na garantia de reconhecimento e inclusão delas. É nesse sentido que se busca estudar o sistema de medidas de apoio às pessoas com deficiência, especialmente no que toca à guarda de fato, figura que já era reconhecida pelo Código Civil espanhol (*guarda de hecho*) e que assumiu maior relevância a partir das alterações promovidas pela Lei nº 8/2021, que reformou a legislação civil e processual no que é pertinente às pessoas com deficiência no exercício de sua capacidade jurídica.

O artigo também busca analisar, na dimensão prática, o protagonismo legal que foi atribuído à guarda de fato em relação às demais medidas de apoio espanholas, a partir da análise de decisões judiciais proferidas pelos Tribunais espanhóis, no período de 1^a.1.2024 a 27.7.2024 (data da busca), que versam sobre a aplicação de tal medida às pessoas idosas com deficiência.

O tema apresenta relevância jurídica, na medida em que busca questionar as alternativas apresentadas pelo direito espanhol para suprir as necessidades e assegurar às pessoas idosas com deficiência proteção, na medida de suas necessidades, e autonomia, na medida de sua competência. A adaptação do direito às novas realidades impostas pelo envelhecimento populacional, de modo a assegurar o respeito à construção biográfica e melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas com deficiência figura-se como medida necessária.

Assim, objetiva-se compreender a natureza jurídica da guarda de fato no direito espanhol e suas implicações; identificar os critérios utilizados pelos órgãos julgadores para sua aplicação; e avaliar a adequação da guarda de fato como medida de apoio a pessoas idosas com deficiência.

Trata-se de pesquisa de natureza pura, qualitativa e exploratória, realizada pelo método da revisão legislativa, bibliográfica e jurisprudencial.

2 Medidas de apoio à pessoa com deficiência no direito espanhol

A reforma do ordenamento civil espanhol, inspirada na CDPD, teve início com a Lei nº 26/2011, denominada Lei de “adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, responsável por trazer as primeiras modificações no ordenamento jurídico interno. Sua continuidade se deu com o *Real Decreto Legislativo* nº 1/2013, que aprovou o Texto Consolidado da “Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”.² Soma-se, a estas, a Lei nº 15/2015, alterada pela Lei nº 4/2017, no que diz respeito ao direito das pessoas com deficiência a contrair matrimônio em igualdade de condições.³

A mais recente modificação foi introduzida pela Lei nº 8/2021, composta por oito artigos, sendo que cada qual traz modificações a uma legislação específica. Importa, especialmente, para fins desse texto, as alterações do Código Civil

² Como todo microsistema, referida lei traz, em seu art. 2º, definições importantes com o condão de nortear sua interpretação e aplicação, nos itens “a” a “o”, valendo citar a expressão do item “h”: “vida independente, definida como a situação em que a pessoa com deficiência exerce o poder de decisão sobre sua própria existência e participa ativamente na vida de sua comunidade, levando-se em consideração o direito ao livre desenvolvimento da personalidade” (ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Real Decreto Legislativo nº 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Madrid, 03 dez. 2013 [2023]. Disponível em: <https://boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024).

³ Vide preâmbulo da Ley nº 8/2021.

espanhol (CCE) constantes do art. 2º, mais extensas e abrangentes, pois lançam as bases do novo sistema fundado no respeito à vontade e às preferências da pessoa com deficiência. A CDPD trouxe a necessidade de que os Estados-Partes adotem medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica pelas pessoas com deficiência, ao contrário do modelo de substituição de vontade que, até então, predominou.

Ángel Sánchez Hernández,⁴ ao discorrer sobre os aspectos gerais da reforma do CCE, no tocante às pessoas com deficiência intelectual, afirma que:

Até a entrada em vigor da Lei 8/2021, de 2 de junho, predominava, como regra geral, a substituição na tomada de decisões que afetam as pessoas com deficiência intelectual. A partir de tal entrada em vigor, passa-se a um novo sistema de apoio que, ao estar baseado no respeito à vontade e na preferência da pessoa com deficiência, será ela a responsável por tomar suas próprias decisões. (Tradução nossa)⁵

Nesse sentido, uma das principais mudanças ocorridas foi a extinção da incapacidade jurídica das pessoas com deficiência que passaram a ser plenamente capazes, com o reconhecimento de que todas as pessoas são titulares do direito a tomar suas próprias decisões e que, para tanto, devem receber o apoio de que necessitem para exercê-las de maneira plena, em igualdade de condições com as demais.

Mas, como tomar as próprias decisões se, em determinados casos, não há qualquer discernimento? É certo que o objetivo da reforma legislativa visou à emancipação da pessoa com deficiência e suas vontades e preferências devem ser aferidas, inclusive, quando a pessoa já não mais tiver discernimento, por meio da revisão de sua biografia. Contudo, há situações em que tal construção não é possível e outra solução não há, senão a de lançar mão ao princípio do melhor interesse da pessoa com deficiência que, diante de sua abertura semântica, deverá

⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 33, jan. 2022. p. 17-18. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8319449>. Acesso em: 3 set. 2024.

⁵ “Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha venido predominando, como regla general, la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a la persona con discapacidad intelectual. A partir de tal entrada en vigor, se pasará al nuevo sistema de apoyos, que al estar basado en el respeto a la voluntad y a la preferencia de la persona con discapacidad será ésta, como regla general, la encargada de tomar sus propias decisiones”.

ser interpretado a partir do caso concreto, que pode levar, inclusive, à limitação da autonomia do indivíduo.

Ao discorrer sobre a presunção da capacidade e a reforma do CCE, em virtude do projeto que deu origem à Lei nº 8/2021, Sánchez Hernández⁶ expõe que:

A Lei 8/2021 favorece a autorregulação e abandona a declaração de incapacidade, o antigo processo de interdição e a consequente modificação de capacidade. O status civil de incapaz desaparecerá. Toda pessoa com deficiência maior de idade tem capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida – art. 12 Convenção 2006–. (Tradução nossa)⁷

Portanto, a partir da Lei nº 8/2021, as pessoas com deficiência são compreendidas como sujeitos plenamente capazes, na dupla dimensão de titularidade e exercício de seus direitos. É com base nessa premissa que o diploma legal modificou o Título XI do Livro I do CCE, nominando-o como “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Do art. 249 e os seguintes do CCE, bem como do art. 12 da CDPD, é possível extrair os elementos caracterizadores do novo regime legal de provisão de apoios: i) é aplicável às pessoas maiores de idade e aos menores emancipados que necessitem de medida de apoio para o adequado exercício de sua capacidade jurídica; ii) tem por finalidade permitir o livre desenvolvimento da personalidade em condições de igualdade, e garantir a dignidade da pessoa humana; iii) as medidas judiciais de apoio têm caráter subsidiário em relação às medidas voluntárias de apoio e só serão adotadas em caso de ausência ou insuficiência destas; iv) é desnecessário prévio pronunciamento sobre a capacidade da pessoa; v) a provisão judicial de apoios deve adequar-se aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, respeitando, na maior medida possível, a autonomia da pessoa com deficiência e sua capacidade jurídica; vi) em todos os casos, deve-se atentar, ao máximo, à vontade, aos desejos e às preferências da pessoa com deficiência.

Isso posto, encontram-se vigentes, no Capítulo II do Título XI e Livro Primeiro do CCE, intitulado “De las medidas voluntarias de apoyo”, os poderes e mandatos

⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 33, jan. 2022. p. 43. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8319449>. Acesso em: 3 set. 2024.

⁷ “La Ley 8/2021 favorece la auto-regulación y abandona la declaración de incapacidad, el previo proceso de incapacitación y la consiguiente modificación de la capacidad. Desaparecerá el estado civil de incapacitado. Toda persona con discapacidad mayor de edad cuenta con capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida –art. 12 Convención 2006–.”

preventivos (arts. 256 a 262, CCE) e a autocuratela (arts. 271 a 281, CCE) e, nos Capítulos III, IV e V, a guarda de fato (arts. 263 a 267) – que alcançou especial relevância –, a curatela (arts. 268 a 270 e arts. 275 a 294 do CCE) e o defensor judicial (arts. 295 a 298), respectivamente.

2.1 Das medidas de apoio voluntárias

As medidas de apoio voluntárias são estabelecidas pela própria pessoa com deficiência, que determina a modalidade do apoio e seus limites. Importante frisar que toda medida voluntária de apoio deve vir acompanhada das salvaguardas necessárias à garantia do respeito da vontade, desejos e preferências da pessoa.

Os *poderes e mandatos preventivos*, previstos nos arts. 256 a 262 do CCE, consistem na outorga de poderes, pela própria pessoa, por meio de escritura pública àquele(a)(s) que se encarregará(ão) de fornecer-lhe apoio em caso de necessidade. Sendo elaborado instrumento de outorga de poderes ou mandatos preventivos, o tabelião deve fazer a comunicação imediata e de ofício ao Cartório de Registro Civil, para que a anotação conste no registro do mandante.

Cristina de Amunátegui Rodríguez⁸ conceitua-os da seguinte maneira:

[...] os mandatos preventivos constituem uma forma de autoproteção baseada no conceito de procuração, como instituição voluntária, tanto na sua própria consideração como nos seus efeitos, e que permite a sua configuração no modo e maneira determinada pelo mandante, refletindo os princípios da subsidiariedade e da autonomia e com um vasto campo de aplicação prática. (Tradução nossa)⁹

Via de regra, o mandato e os poderes preventivos se extinguem com a superveniência da falta de discernimento por parte do outorgante. Entretanto, poderá este incluir cláusula que assegure a continuidade desses poderes no caso de futura incapacidade de quem os outorgou (art. 256, CCE). O mandante pode, também, conceder tais poderes especificamente para situações em que, futuramente, precise de apoio no exercício de sua capacidade (art. 257, CCE). Em ambos os

⁸ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019. p. 78.

⁹ “[...] los mandatos preventivos constituyen una forma de autoprotección basada en el concepto del apoderamiento, como una institución voluntaria, tanto en su propia consideración como en sus efectos, y que permite su configuración en el modo y manera en que lo disponga el mandante, reflejo de los principios de subsidiariedad y autonomía y con un extenso campo de aplicación práctica”.

casos, o mandatário estará sujeito às regras da curatela em tudo que não estiver expressamente previsto na procuração, a menos que o mandante tenha estipulado o contrário (art. 259, CCE).

Para garantir o cumprimento dessas disposições, poderá ser elaborada uma ata notarial, a qual, além de contar com a fé pública do tabelião, inclua laudo pericial correspondente (art. 257, CCE). Os poderes outorgados subsistirão e permanecerão válidos, mesmo que sejam instituídas outras medidas de apoio em favor do mandante, sejam elas voluntárias ou involuntárias (art. 258, CCE).

No caso desses poderes terem sido outorgados ao cônjuge ou ao companheiro do mandante, a interrupção da convivência resultará na extinção automática desses poderes, salvo se houver manifestação contrária do outorgante ou se a interrupção foi motivada em decorrência de internação (art. 258, CCE).

O mandante poderá estabelecer, além dos poderes concedidos, as medidas ou órgãos de controle que considerar adequados, assim como definir condições e instruções para o exercício desses poderes. Também poderá implementar salvaguardas para prevenir abusos, conflitos de interesse ou influências indevidas, bem como os mecanismos e prazos para a revisão das medidas de apoio, visando assegurar o respeito à sua vontade, desejos e preferências. Além disso, poderá determinar formas específicas para a extinção dos poderes (art. 258, CCE).

Qualquer pessoa com legitimidade para iniciar o procedimento de provisão de apoio, assim como o curador, se houver, poderá solicitar judicialmente a extinção dos poderes preventivos, caso o mandatário cometa alguma das infrações que justifiquem a remoção do curador (previstas no art. 278, CCE), exceto se houver disposição contrária no mandato (art. 258, CCE).

O exercício dos poderes representativos, em regra, deve ser feito pessoalmente pelo mandatário. Entretanto, é permitido a este delegar a realização de atos específicos a terceiros, desde que não sejam relacionados à proteção da pessoa (art. 261, CCE).

Outra medida de apoio voluntária prevista nos arts. 271 a 274 do CCE é a *autocuratela* (antes da reforma introduzida pela *Ley* nº 8/2021, denominada *autotutela*).

Cristina de Amunátegui Rodríguez,¹⁰ ao traçar considerações sobre o Anteprojeto que deu origem à reforma do CCE, especificamente em relação à autocuratela, afirmou que a nova regulamentação representa um avanço significativo em comparação com a redação anterior, porém, entende haver certa desconexão ou falta de

¹⁰ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019. p. 74.

reflexão entre o que se diz na parte específica que contém o texto de autocuratela e o que está contido no tocante ao desenvolvimento da curatela em geral.¹¹

Talvez, a desconexão mencionada pela autora resida no fato de que a autocuratela, medida de apoio voluntária, tenha sido inserida no capítulo da curatela, medida de apoio involuntária. No entanto, pelo conteúdo dos arts. 271 a 274 do CCE, o que se depreende é que o objeto da autocuratela restringe-se à indicação ou exclusão de quem poderá exercer a função de curador e do conteúdo desse múnus, tudo isso sem desvincular-se do instituto da curatela.

A teor do disposto no art. 271 do CCE, qualquer pessoa maior de idade ou menor emancipado, antecipando-se a situações que possam dificultar o exercício de sua capacidade jurídica em igualdade de condições com os demais, poderá, por meio de escritura pública, indicar ou excluir uma ou mais pessoas específicas para exercer a função de curador. Também poderá estabelecer diretrizes sobre o funcionamento e o conteúdo da curatela, incluindo aspectos relacionados ao cuidado de sua pessoa, regras de administração e disposição de seu patrimônio, remuneração do curador, obrigatoriedade de inventário ou sua dispensa, além de medidas de vigilância e controle, assim como sugerir as pessoas responsáveis por essas atividades. A proposta de nomeação e outras disposições voluntárias mencionadas no art. 271 do CCE deverão ser observadas pela autoridade judicial ao estabelecer a curatela.

Entretanto, o juiz pode, de ofício ou a pedido de pessoas que têm a obrigação legal de exercer a curatela ou do Ministério Público, afastar total ou parcialmente as disposições voluntárias, desde que em decisão fundamentada, caso existam circunstâncias graves desconhecidas pela pessoa que as estabeleceu, ou se ocorrerem mudanças nas causas que ela expressou ou que, presumivelmente, foram consideradas em suas disposições (art. 272, CCE).

Em capítulo intitulado “Autocuratela y personas con discapacidad”, Silvia Díaz Alabart¹² enaltece a importância de referida medida:

A introdução da autocuratela na nossa legislação procura uma grande mudança de mentalidade ao considerar o que é mais conveniente

¹¹ “La propuesta regulación representa un avance considerable respecto del vigente Código, pero preocupa una cierta desconexión o falta de reflexión entre lo que se dice en la parte específica contenida en el texto de auto curatela y lo que se contiene en el resto de la reglamentación del desarrollo de la curatela en general, no siendo el único caso en el que parece existir una aparente descoordinación” (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019. p. 74).

¹² DÍAZ ALABART, Silvia. Autocuratela y personas con discapacidad. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.); GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021. p. 397-415. p. 401.

para uma pessoa que necessita de apoio, dando prioridade às suas disposições. Procura modificar a ideia de que o melhor há de ser o que proponham os seus familiares ou o que considere o Juiz, em cada caso. Agora são priorizadas as disposições do próprio interessado, embora estas não coincidam com os habituais critérios sociais ou politicamente corretos que, na ausência de autodeclaração, o Juiz provavelmente aplicaria. Apesar da jurisprudência do Tribunal Supremo sobre este ponto, a verdade é que ainda existem casos em que, sem justificação suficiente, a vontade do interessado continua a ser ignorada. (Tradução nossa)¹³

Se a autocuratela determinar a nomeação de substitutos para o curador, mas não especificar a ordem de substituição, o nome que constar no último documento apresentado será preferido em relação aos demais. Caso vários nomes sejam apresentados no mesmo documento, a preferência será dada ao primeiro substituto mencionado (art. 273, CCE). A escritura pública de autocuratela pode também ser utilizada para delegar a escolha do curador ao cônjuge ou a outra pessoa nela indicada, que deverá ser escolhida dentre os nomes listados no referido documento (art. 274, CCE).

2.2 Das medidas de apoio judiciais

São duas as medidas de apoio judiciais previstas no CCE, quais sejam: a *curatela* (arts. 268 a 270 e arts. 275 a 294 do CCE) e o *defensor judicial* (arts. 295 a 298).

A *curatela* é a medida de apoio que recebeu maior número de disposições na redação atualizada do CCE. Excetuando-se os 4 artigos atinentes à autocuratela (arts. 271 a 274, CCE), o capítulo que é destinado a esta complexa medida de apoio dedica 23 artigos à regulamentação das disposições gerais, da nomeação do curador, do exercício da curatela e de sua extinção. Dada a proposta de o presente trabalho não se restringir ao estudo de tal medida, apenas os aspectos gerais da mesma serão tratados.

¹³ “La introducción de la autocuratela en nuestra legislación busca un gran cambio de mentalidad en la consideración de que es lo más conveniente para una persona necesitada de apoyo, dando prioridad a sus disposiciones. Se busca modificar la idea de que lo mejor ha de ser lo que en cada caso lo que propongan sus familiares o considere el Juez. Ahora se priorizan las disposiciones del propio interesado, aunque estas no coincidan con los criterios sociales al uso, o políticamente correctos que, a falta de autodelación, probablemente aplicaría el Juez. Pese a la jurisprudencia del TS en este punto, lo cierto es que aún siguen llegándole casos en que, sin justificación suficiente, se sigue desoyendo la voluntad del interesado”.

A curatela é medida judicial e involuntária de apoio, cabível quando outra medida seja insuficiente à proteção da pessoa com deficiência (art. 269, CCE), cuja análise é aferida no caso concreto. A natureza da medida pode ser assistencial ou representativa, sendo esta última cabível apenas em casos excepcionais em que resulte imprescindível pelas circunstâncias da pessoa com deficiência (art. 269, CCE).

Pessoas maiores de idade aptas para o adequado desempenho da função, segundo juízo da autoridade judicial, podem ser nomeadas curadoras, assim como as fundações e demais pessoas jurídicas sem fins lucrativos, sejam elas públicas ou privadas, desde que, dentre seus fins, esteja a promoção da autonomia e da assistência às pessoas com deficiência (art. 275, CCE). O CCE abre a possibilidade para a nomeação de mais de um curador, justificada pela necessidade da pessoa, cujos cargos podem ser divididos entre questões existenciais (*curador de la persona*) e questões patrimoniais (*curador de los bienes*). O modo de funcionamento da curatela será estabelecido pela autoridade judicial, respeitando sempre a vontade da pessoa que precisa do apoio (art. 277, CCE).

A curatela se extingue pela morte da pessoa apoiada; quando, por decisão judicial, se reconheça a desnecessidade da medida; ou quando puder ser adotada outra forma de apoio mais adequada à pessoa com deficiência (art. 291, CCE).

A outra medida de apoio judicial prevista no CCE é a nomeação de *defensor judicial*, que consiste na nomeação, pelo juiz, de pessoa que atue em favor do apoiado(a) nas seguintes situações: i) quando, por qualquer motivo, o responsável pelo apoio não puder desempenhar essa função, até que a causa que impede seja resolvida ou uma nova pessoa seja designada; ii) quando houver um conflito de interesses entre a pessoa com deficiência e o indivíduo que deve prestar apoio; iii) quando, durante a análise da justificativa apresentada pelo curador, a autoridade judiciária considerar necessária a intervenção de um defensor; iv) quando forem propostas medidas judiciais de apoio à pessoa com deficiência e a autoridade judiciária entender que é preciso assegurar a administração dos bens até que uma decisão final seja tomada; e v) quando a pessoa com deficiência necessitar de medidas de apoio de caráter pontual, mesmo que essas sejam recorrentes.

Após ouvir a pessoa com deficiência, a autoridade judicial designará o defensor judicial mais apropriado para garantir o respeito, a compreensão e a interpretação da vontade, desejos e preferências dessa pessoa (art. 295, CCE).

Não será feita a nomeação de um defensor judicial nos casos em que o apoio tenha sido confiado a mais de uma pessoa, exceto se nenhuma delas puder agir ou se a autoridade judicial julgar razoável a necessidade da nomeação (art. 296, CCE).

As razões para a impossibilidade, a escusa e o afastamento do curador também se aplicarão ao defensor judicial, que terá a obrigação de conhecer e respeitar a vontade, os desejos e as preferências da pessoa que recebe apoio (art. 297, CCE).

2.3 A guarda de fato: natureza dúplice?

Antes de aprofundar no conceito e no conteúdo da guarda de fato, entende-se pertinente justificar a razão pela qual a referida medida de apoio será tratada em subtópico apartado das demais: sua controversa classificação.

A redação do CCE define o que são as medidas de apoio de natureza voluntária, ao disciplinar, em seu art. 250.3 que: “as medidas de apoio de natureza voluntária são aquelas estabelecidas pela pessoa com deficiência, nas quais designam quem deve prestar apoio e em que medida. [...]” (tradução nossa).¹⁴

O art. 250.1, exclui expressamente a guarda de fato do rol das medidas de apoio de natureza voluntária. Veja-se: “As medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica das pessoas que dela necessitem são, *além das de carácter voluntário*, a guarda de fato, a curatela e o defensor judicial” (tradução e grifos nossos).¹⁵

Pelas disposições legais acima mencionadas, a guarda de fato está excluída do rol de medidas voluntárias, porquanto se constitui por situações da vida muito específicas, podendo-se citar a idade avançada aliada à deficiência ou à demência, cujo comprometimento acontece de forma gradativa, fazendo surgir a necessidade do apoio por parte de outrem. No entanto, sob o ponto de vista fático, nada obsta a possibilidade de que a pessoa, maior de idade, percebendo-se vulnerável pelas circunstâncias acima mencionadas, eleja, informalmente, alguém para auxiliá-la no cuidado de si. Nesse sentido, é viável defender que a guarda de fato pode assumir o caráter de medida voluntária.

Também é possível problematizar a característica não judicial da guarda de fato. Controvérsia não há de que a curatela e o defensor judicial são medidas judiciais de apoio, pela dicção dos artigos que lhes dizem respeito, quais sejam, o art. 269 do CCE que determina que a autoridade judicial constituirá a curatela; e o art. 295 do CCE, que elenca as hipóteses nas quais o juiz nomeará o defensor judicial às pessoas com deficiência.

O CCE, quanto à guarda de fato, é silente a esse respeito e, diante das circunstâncias pelas quais é constituída, em princípio cabe dizer que se trata de uma medida não judicial. No entanto, em havendo revisão de medidas – salientando-se aqui sua necessidade a partir da vigência da Lei nº 8/2021 – ou pedidos veiculados pelo guardador de fato para exercer representação na forma como dispõe o CCE, não seria o caso de pensar na guarda de fato assumindo natureza judicial no decorrer da sua existência?

¹⁴ “Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. [...]”.

¹⁵ “Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”.

Para confirmar a divergência suscitada, vale-se dos ensinamentos de Judith Solé Resina,¹⁶ que defende a guarda de fato como: “Uma medida de apoio *diferente das medidas voluntárias e judiciais*, e que se caracteriza por ser ‘informal’, comparativamente às medidas de curatela e à nomeação de defensor judicial, que são medidas formais de apoio” (tradução e grifos nossos).¹⁷

Em sentido distinto, Dolores Palacios González¹⁸ afirma que: “A guarda de fato passa, agora, a ser uma instituição que, ainda que se qualifique como informal, *tem a mesma natureza que a curatela e o defensor judicial* (art. 250 CC)” (tradução nossa).¹⁹

Essa reflexão leva à possibilidade de se pensar a guarda de fato como uma medida de apoio de natureza dúplice: em princípio, involuntária, mas levando-se em consideração a possibilidade de a pessoa eleger um(a) guardador(a) de fato; e, em princípio, não judicial, podendo assumir contornos de natureza judicial no decorrer de seu exercício.

Ultrapassada a discussão, cabe agora discorrer sobre sua regulamentação pelo CCE.

O art. 250 do CCE conceitua a *guarda de fato* como “uma medida informal de apoio que pode existir quando não haja medidas voluntárias ou judiciais que estejam sendo aplicadas de maneira eficaz”.²⁰ Tal medida, que já era reconhecida pelo CCE, com a reforma introduzida pela Lei nº 8/2021, assume maior relevância uma vez que o caráter de transitoriedade que a definia deixa de existir, passando a ser de aplicação prioritária em relação às demais medidas de apoio judiciais.²¹

¹⁶ SOLÉ RESINA, Judith. Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.); GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021. p. 384.

¹⁷ “Una medida de apoyo distinta de las medidas voluntarias y de las judiciales, y que se caracteriza porque es ‘informal’, frente a las medidas de la curatela y el nombramiento del defensor judicial que son medidas formales de apoyo”.

¹⁸ PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores. Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.); GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021. p. 421.

¹⁹ “La guarda de hecho pasa ahora a ser una institución que, aunque se califique de informal tiene la misma entidad que la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC)”.

²⁰ Tradução livre de: “una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente” (ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil*. Madrid, 25 jul. 1889 [2023]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024).

²¹ Como se pode constatar, pela abordagem do item “2” do presente estudo, a guarda de fato não encontra guarida no CCB. Contudo, a melhor doutrina aborda o assunto: “Pode-se dizer que a guarda de fato é uma instituição tão antiga como o ser humano, pois sempre existiram pessoas que espontaneamente cuidam de indivíduos desvalidos, sem obrigação para tanto. Talvez seja a figura mais utilizada na prática por serem os familiares ou amigos íntimos de pessoas com deficiência não submetidas a procedimento

A presença de outras medidas de apoio, voluntárias ou judiciais, não impedem a continuidade da guarda de fato de quem a venha exercendo, desde que tais medidas não estejam sendo implementadas de forma efetiva (art. 263, CCE).

Em regra, o guardador de fato atua de maneira assistencial. Quando, em situações excepcionais, for necessária sua ação representativa, ele deverá solicitar autorização por meio de processo de jurisdição voluntária, no qual a pessoa com deficiência será ouvida. A autorização judicial para atuar como representante poderá ser concedida após a avaliação da sua necessidade, respeitando os requisitos apropriados às circunstâncias do caso. Essa autorização pode abranger um ou mais atos essenciais para o exercício da função de apoio e deve ser realizada em conformidade com a vontade, os desejos e as preferências da pessoa com deficiência (art. 264, CCE).

O art. 287 do CCE enumera situações em que o curador deve pedir autorização judicial para a prática de atos em benefício da pessoa curatelada. Essa mesma regra é dirigida ao guardador de fato, conforme art. 264 do CCE, entendendo-se, no entanto, não serem taxativas as seguintes situações:

1. Praticar atos de importância pessoal ou familiar quando a própria pessoa afetada não o possa realizar, tudo sujeito às disposições legais em matéria de internação, consentimento informado no domínio da saúde ou em outras leis especiais.
2. Alienar ou onerar bens imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais, bens ou direitos de especial significado pessoal ou familiar, bens móveis de valor extraordinário, objetos preciosos e títulos pessoais não cotados em mercados oficiais da pessoa com medidas de apoio, ceder bens imóveis em arrendamento por prazo inicial superior a seis anos, ou celebrar contratos ou praticar atos que tenham natureza dispositiva e sejam suscetíveis de registro. Excetua-se a alienação de direitos de subscrição prioritária de ações. A alienação dos bens mencionados neste parágrafo será realizada por meio de venda direta, salvo se o Tribunal considerar que a alienação em leilão judicial seja necessária para melhor e plena garantia dos direitos e interesses de seu titular.
3. Dispor gratuitamente de bens ou direitos da pessoa com medidas de apoio, salvo aqueles que tenham pouca relevância econômica e não tenham especial significado pessoal ou familiar.
4. Renunciar a direitos, bem como transigir ou submeter a arbitragem questões relacionadas com os interesses da

de modificação de capacidade de agir que normalmente assumirão o cuidado delas" (ROSENVALD, Nelson. A guarda de fato de idosos. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. *A tutela jurídica da pessoa idosa: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 123).

pessoa cuja curatela detém, salvo se forem de pouca relevância econômica. Não será necessária autorização judicial para arbitragem de consumo. 5. Aceitar sem benefício de inventário qualquer herança ou repudiar esta ou as liberalidades. 6. Fazer despesas extraordinárias com o patrimônio da pessoa apoiada. 7. Propor demanda em nome da pessoa apoiada, exceto em questões urgentes ou de pequena importância. Não será necessária autorização judicial quando a pessoa com deficiência solicite a revisão da sentença judicial em que o apoio foi previamente determinado. 8. Dar e pedir dinheiro emprestado e fornecer garantias ou fianças. 9. Celebrar contratos de seguros de vida, renda vitalícia e outros similares, quando estes exijam investimentos ou contribuições de montantes extraordinários.²² (Tradução nossa)

A autorização judicial é dispensada quando o guardador pleitear benefícios econômicos em favor da pessoa com deficiência, que não suponham uma mudança significativa na sua forma de vida. A autoridade judicial poderá concordar com a designação de um defensor judicial²³ para tratar de questões que, pela sua natureza, demandem tal intervenção (art. 264, CCE).

Conforme o art. 265, por meio de procedimento de jurisdição voluntária, o juiz poderá, a qualquer momento e de ofício, ou a pedido do Ministério Público ou de qualquer interessado, exigir que o guardador informe sobre sua atuação, prestando contas, e estabelecendo as garantias que julgar necessárias.

²² “1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras Leies especiales. 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”.

²³ Última medida de apoio a ser abordada, ainda nesse tópico.

O guardador de fato tem o direito de ser reembolsado por despesas comprovadas e de receber indenização por danos relacionados à guarda, que deve ser custeada pelo patrimônio da pessoa a quem fornece suporte (art. 266, CCE).

São hipóteses de extinção da guarda de fato: i) quando a pessoa assistida solicita uma nova forma de organização do apoio; ii) quando as razões que justificaram a guarda deixam de existir; iii) quando o guardador desiste de sua função, devendo, nesse caso, notificar a autoridade pública responsável pela promoção da autonomia e da assistência às pessoas com deficiência em sua área; e iv) quando, a pedido do Ministério Público ou de qualquer interessado em apoiar a pessoa assistida, a autoridade judicial a considerar conveniente (art. 267, CCE).

O caráter permanente da guarda de fato coaduna com princípios que, de forma explícita ou implícita, integram a CDPD. Quanto ao sistema de guarda e proteção, Cristina de Amunátegui Rodríguez²⁴ destaca os princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade, da autonomia da vontade e do respeito à tomada de decisões do sujeito protegido.

Para a autora, em apertada síntese, a subsidiariedade significa que a adoção da medida de proteção deve ser utilizada apenas quando os interesses da pessoa com deficiência não puderem ser resguardados por outros meios, evitando-se a judicialização.

O princípio da proporcionalidade implica que as medidas de proteção devem ter caráter flexível, de modo a se adaptarem à situação da pessoa. Deve-se, portanto, empregar medida de proteção que observe o estritamente necessário, a fim de evitar restrições injustificadas à liberdade, preservando a dignidade da pessoa com deficiência.

Pelo princípio da autonomia da vontade, defende-se o respeito à vontade prospectiva da pessoa que, prevendo a futura perda de sua capacidade, programa a maneira como quer ser protegida.

De todo modo, qualquer que seja a medida de proteção estabelecida, a opinião, os desejos e as preferências da pessoa apoiada devem ser considerados para todas as decisões que lhe digam respeito (princípio do respeito à tomada de decisões do sujeito protegido).

3 A pessoa idosa com deficiência e a guarda de fato

Hasso Hofmann escreveu que “a dignidade não pode ser pensada desvinculada de uma comunidade concreta de reconhecimento e significação”;²⁵ ou seja:

²⁴ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019. p. 27-29.

²⁵ HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, serie 4, anno 76, p. 620-650, out./dez 1999. p. 625.

viver importa relacionar-se com e contra o outro e a dignidade da pessoa humana não pode ser construída apartada do contexto social e do que cada um entende como construção de *vida boa*.

A efetivação das relações de reconhecimento forma as personalidades,²⁶ em constante processo dialético. E é nesse processo que se torna possível identificar vulnerabilidades. De início, cabe aqui a ressalva, como esboçado por Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira,²⁷ de que:

[...] não é nossa proposta estabelecer um modelo fixo e determinado de percepção da sociabilidade e, a partir dele, alinhar argumentos normativos sobre os vulneráveis. A nosso sentir, a definição de vulnerabilidade deve ser fomentada a partir de orientações normativas mais abrangentes e gerais, que não se engessam em predeterminações legislativas, ou mesmo em minorias. Tentativas desse viés poderiam ilidir o projeto democrático da diversidade [...].

A verificação da vulnerabilidade no direito civil não se dá *ex ante*, e não se trata de um dado objetivo e estanque. Pressupõe “compreender situações do mundo da vida em que a autodeterminação se frustra, indeterminando o indivíduo que deve ser tratado como interlocutor”.²⁸ E aí reside o desafio do direito, qual seja, identificar a situação de vulnerabilidade, reconhecê-la e disponibilizar o apoio necessário para a inclusão e o exercício da autonomia, na maior medida possível.

É sob esse pano de fundo que se pretende discorrer, neste tópico, acerca da aplicabilidade da guarda de fato à pessoa idosa com deficiência, nos novos contornos assumidos pelo CCE (conforme item 2), porquanto o ordenamento jurídico espanhol afirma a necessidade de proteger e promover a pessoa humana concreta, em franca superação à tutela de um sujeito de direito abstrato.²⁹

²⁶ O substantivo feminino “personalidade” advém do latim *personalitas* e significa a qualidade de ser pessoal. Não se trata da assunção de uma qualidade imanente à espécie humana, mas pressupõe a ação da pessoa na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. Pessoalidade decorre, pois, da autodeterminação e autoafirmação das configurações individuais dentro de um fluxo comunicativo (MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoa e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1).

²⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 2.

²⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 2.

²⁹ O processo de envelhecimento demográfico que ocorre nos países mais desenvolvidos representa um importante desafio para as autoridades públicas que têm de enfrentar as consequências de uma sociedade cada vez mais orientada para a política e para a economia do cuidado. Neste sentido, Espanha é um dos países mais afetados por esta tendência demográfica, pois em 2050 um em cada três espanhóis

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o envelhecimento é um processo que começa aos cinquenta e cinco anos, perdurando até os sessenta e cinco, idade em que se inicia a velhice, e pesquisas demonstram que cada vez mais pessoas ultrapassam o marco inicial do outono da vida, preconizado pela OMS. M^a Rosario Hildegart Sánchez Morales³⁰ aborda o assunto:

A população mundial tem uma esperança média de vida significativamente superior aos 60 anos (ver gráfico 1) e, segundo a OMS, em 2050 espera-se que aqueles que atingirão esta idade cheguem aos 2 mil milhões (900 milhões hoje). Da mesma forma, existem 125 milhões de idosos com mais de 80 anos e prevê-se que em 2050 chegaremos a 434 milhões (80% viverão em países de baixa e média renda). Só na China estima-se que haverá 330 milhões de homens e mulheres com mais de 65 anos de idade e 100 milhões terão mais de 80 anos (um fenómeno que os demógrafos intitulam “envelhecimento do envelhecimento”). Especificamente, espera-se que os espanhóis tenham, em meados do século XXI, a esperança média de vida mais elevada do mundo (85,8) à frente dos japoneses (85,7).³¹ (Tradução nossa)

Por certo, o avançar da idade não pressupõe a existência de demência. Mas, não se conhece o caminho senão caminhando. E o caminho para a compreensão mais ampla da velhice e suas vicissitudes revolve variadas dimensões da vida da pessoa idosa, da completa autonomia à completa dependência. E a solução a ser construída não pode significar o solapamento da autonomia, sob a justificativa da proteção em razão da vulnerabilidade. Esta deve ser compreendida de modo a reforçar a proteção à pessoa idosa, possibilitando-lhe o apoio necessário para que

terá 65 anos ou mais e para cada pessoa nesta faixa etária não haverá mais de 1,7 pessoa de 16 a 64 anos (SÁNCHEZ MORALES, M^a Rosario Hildegart. Tendencias de envejecimiento en España en el contexto europeo e impactos Sociales. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *Tratado de Derecho y Envejecimiento: la adaptación del Derecho a la nueva longevidad*. Espanha: Wolters Kluwer España, 2021).

³⁰ SÁNCHEZ MORALES, M^a Rosario Hildegart. Tendencias de envejecimiento en España en el contexto europeo e impactos Sociales. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *Tratado de Derecho y Envejecimiento: la adaptación del Derecho a la nueva longevidad*. Espanha: Wolters Kluwer España, 2021. p. 7.

³¹ “La población mundial tiene una esperanza media de vida notablemente superior a los 60 años (Vid. gráfico 1) y, según la OMS, para el 2050 se espera que los que alcancen esta edad lleguen a los 2.000 millones (900 millones en la actualidad). Igualmente, hay 125 millones de longevos de más de 80 años y se anticipa que en 2050 llegaremos a los 434 millones (el 80% vivirá en países de ingresos bajos y medios). Tan sólo en China se calcula que habrá 330 millones de hombres y mujeres con más de 65 años y 100 millones superarán los 80 (un fenómeno que los demógrafos denominan en términos de «envejecimiento del envejecimiento»). Especificamente, se prevé que los españoles dispondremos, a mediados del siglo XXI, de la esperanza media de vida más alta del mundo (85,8) por delante de los japoneses (85,7)”.

seus valores, anseios e preferências sejam garantidos, na maior medida possível. Mas, como efetivar o princípio do melhor interesse da pessoa idosa com deficiência, levando-se em consideração o panorama acima mencionado?

Na Espanha, uma das medidas encontradas foi a regulamentação da guarda de fato, tal como proposta na Lei nº 8/2021. Apesar de essa medida de apoio não estar prevista no direito brasileiro, ao estudar o tema, Nelson Rosenvald³² assim a define:³³

Em termos gerais, a guarda de fato existirá desde que uma pessoa – natural ou jurídica – sem ter atribuídas faculdades de curatela ou tutela, encarrega-se voluntariamente de outra, seja criança ou idoso com deficiência, que se encontra em situação de desamparo. Pode-se dizer que a guarda de fato é uma instituição tão antiga como o ser humano, pois sempre existiram pessoas que espontaneamente cuidam de indivíduos desvalidos, sem obrigação para tanto.

O envelhecimento é um processo longo e acontece de maneiras diferentes para cada um. A diversidade de vivências permite que uma pessoa, em idade avançada, viva com autonomia, discernimento e boa capacidade física; enquanto outras, numa mesma faixa etária, sejam completamente dependentes sob o ponto de vista físico e mental.

Refletindo sobre o tema, Taísa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá³⁴ ponderam:

Pode-se viver muito tempo com discernimento e autonomia. Não são poucos os exemplos de pessoas, no meio social ou na mídia que chegam a idades mais avançadas, como grandes empreendedores. Parece que, a cada dia, criam novas expectativas e projetos. Talvez seja esse o sonho mais acalentado daqueles que querem viver muito. Mas, ao lado desse sonho, existe o temor de uma perda gradual da consciência e da saúde e, conseqüentemente decidir sobre seu próprio destino.

³² ROSENVALD, Nelson. A guarda de fato de idosos. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. *A tutela jurídica da pessoa idosa: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 123.

³³ Referido artigo lança luzes a um tema ainda incipiente no Brasil e, apesar de ter sido escrito antes da promulgação da Lei nº 8/2021, que modificou o CCE, é referência sobre o assunto. Importante destacar que, no Direito espanhol (CCE), há previsão para que a curatela seja exercida por pessoa natural ou jurídica, o que não ocorre em relação à guarda de fato. Em que pese não haver previsão expressa para que a guarda de fato seja exercida por pessoa jurídica, diante das pesquisas realizadas, não se encontrou qualquer óbice para tal exercício.

³⁴ LIMA, Taísa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 85.

A definição de quem é velho parece ser moldada pela cronologia da vida ou pelo estado biopsicossocial e, mais evidente, se apresenta pela junção de ambos. No entanto, essa abstração do conceito, em situações concretas, demanda reflexão, porque nem sempre a transição da pessoa adulta para a velhice é tão evidente como quer a definição. Uma pessoa frágil de 75 anos pode ser chamada de velha, mas uma atleta com a mesma idade, em princípio, talvez não seja reconhecida como tal.

Uma pessoa idosa em plena autonomia pode, abruptamente, ver-se dependente em razão de traumas variados que a façam necessitar de apoio. Outras pessoas, com o avançar da idade, podem trilhar o caminho da passividade e da dependência pela perda de habilidades físicas ou mentais que, gradativamente, levam-nas a precisar de apoio para o exercício de questões de natureza existencial e/ou patrimonial.

Assim, a guarda de fato vai assumindo seus contornos na medida das necessidades da pessoa guardada, e é indubitável a relevância atribuída pela Lei nº 8/2021 à figura do guardador de fato, dando ênfase à manutenção de situações já existentes, priorizando o respeito à autonomia, munindo a pessoa de informações adequadas para que ela tome as decisões de acordo com seus valores e preferências, de modo a evitar (e não proibir) que se institua a curatela assistencial ou representativa.

O desafio maior está na aplicação da guarda de fato para pessoas que tenham perdido sua capacidade de autodeterminação e que convivam com barreiras diversas. São juridicamente capazes, todavia, precisam de apoio. É a guarda de fato a medida adequada? Como interpretá-la ante as disposições referentes à curatela assistencial ou representativa, tendo em vista a reforma do CCE, instaurada pela Lei nº 8/2021?

Para buscar responder a essas indagações, cabe analisar, a seguir, quatro julgados de diferentes Tribunais espanhóis sobre a questão.

4 Decisões espanholas sobre medidas de apoio à pessoa idosa com deficiência

Os 4 acórdãos apresentados a seguir dizem respeito, especificamente, a medidas de apoio instituídas à pessoa idosa com deficiência e foram encontrados por meio de busca eletrônica nos bancos de dados em *site* oficial do Poder Judiciário espanhol. As palavras-chave utilizadas foram: *guarda de hecho*³⁵ (entre

³⁵ Guarda de fato (tradução nossa).

aspas, para uma busca mais precisa); *personas mayores*;^{36 37} *discapacidad*;³⁸ *Ley 8*.³⁹ O recorte temporal foi o ano de 2024, no período entre 1.º.1.2024 e 28.7.2024 (data da busca). Sob as expressões utilizadas, foram encontrados 20 acórdãos, sendo que 7 deles não tinham relação com o recorte da pesquisa, seja por dizer respeito a crianças, seja por serem oriundos de Tribunais da região da Catalunha, que tem Código Civil próprio (não tendo sido objeto dessa pesquisa). Dos 13 acórdãos restantes, 2 eram sobre pessoas maiores (e não idosas) com deficiência, em 7 decisões não foi possível precisar a idade e 4 abordam medidas de apoio aplicadas a pessoas idosas com deficiência.⁴⁰

As jurisprudências que se seguem contribuem para a compreensão de como os Tribunais espanhóis vêm aplicando a guarda de fato ante as demais medidas de apoio nos casos de pessoas idosas com deficiência. Ao dar ênfase à expressão “guarda de fato”, buscou-se, pela pesquisa jurisprudencial, averiguar se tal medida vem sendo instituída prioritariamente em relação às medidas judiciais (tal como se constata da leitura dos arts. 263, 269 e 296, CCE),⁴¹ a partir da reforma do CCE promovida pela Lei nº 8/2021.

4.1 *Recurso de Apelación nº 109/2023*⁴²

Trata-se de acórdão do ano de 2024, proferido pela Seção Quinta da Audiência Provincial de Cádiz (*Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz*) cujo recurso de apelação foi interposto pelo Ministério Público (*Ministerio Fiscal*), em face da sentença de primeira instância, proferida em 21.9.2021, que determinou

³⁶ Pessoas idosas (tradução nossa).

³⁷ Inicialmente, a pesquisa objetivava a busca de decisões judiciais que tivessem relação com pessoas idosas. *Personas mayores*, na tradução para o português, significa “pessoas idosas”. Entretanto, ao aplicar a referida expressão entre aspas, a busca não retornou resultados. Por isso, decidimos ampliar a pesquisa para tratar de todas as pessoas maiores de idade, incluindo, portanto, pessoas idosas.

³⁸ Deficiência (tradução nossa).

³⁹ Lei 8 (tradução nossa).

⁴⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; ALMEIDA, Ana Flávia Pereira de. *A guarda de fato no direito espanhol: análise jurisprudencial*. No prelo.

⁴¹ “Artículo 263. Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”; “Artículo 269. La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. [...]”; “Artículo 296. No se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento”.

⁴² ESPANHA. Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Quinta). *Recurso de Apelación nº 109/2023*. Relator(a) Miguel Angel Navarro Robles. Data do julgamento: 08/02/2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/60987355470731a3a0a8778d75e36f0d/20240529>. Acesso em: 30 jul. 2024.

a curatela representativa em relação a todos os atos da vida civil de *Doña M.*, tanto para o governo de si mesma, como o de seus bens, de modo a ser exercida solidariamente por suas irmãs, *Doña M.* e *Doña M.*⁴³

Em relação à situação fática, o laudo pericial, datado de 29.7.2020, quando *Doña M.* contava com 76 anos de idade, confirmou o diagnóstico de demência (Alzheimer), de caráter permanente, progressivo e irreversível, o que a impedia de tomar decisões sobre si e sobre seus bens. Segundo o laudo:

A.- Carece de habilidades para uma vida independente (autocuidado e habilidades instrumentais cotidianas);

B.- Falta de competências econômico-jurídicas-administrativas (conhecimento da sua situação econômica, capacidade para tomar decisões econômicas, capacidade para conceder poderes ou fazer disposições testamentárias, capacidade para lidar com gastos cotidianos);

C.- Falta de habilidades em saúde (gestão de medicamentos, monitoramento de dieta, autocuidado, consentimento para tratamentos);

D.- Não tem capacidade para dirigir veículos ou usar armas;

E.- Não tem capacidade para compreender a finalidade deste procedimento e as suas consequências;

F.- Falta de capacidade contratual (conhecer o alcance dos empréstimos, doações, quaisquer outros atos de alienação patrimonial).⁴⁴

O órgão julgador cita trecho da decisão do Supremo Tribunal (STS), proferida em 20.10.2023, no julgamento do Recurso nº 7.437/2022, que adverte sobre a incoerência da interpretação rígida e descontextualizada do último parágrafo do art. 255⁴⁵ do CCE:

⁴³ “Que por el Juzgado y en los autos de referencia, se dictó sentencia de fecha 21.09.21, que resuelve lo siguiente; “Que estimando la demanda presentada por la procuradora Da. A. L. R., en nombre y representación que ostenta, debo declarar y declaro que DOÑA M., como discapacitado, precisa como medida de apoyo la curatela representativa, en relación a todos los actos de la vida jurídica, tanto para el gobierno de si mismo, como el de sus bienes, la cual será ejercida de manera solidaria por DOÑA M. y DOÑA M. [...]”.

⁴⁴ “A.- Carece de habilidades para la vida independiente (autocuidado y habilidades instrumentales cotidianas) B.-Carece de habilidades económico-jurídico-administrativas (conocimiento de su situación económica, capacidad para la toma de decisiones de contenido económico, capacidad para otorgar poderes o realizar disposiciones testamentarias, capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo). C.- Carece de habilidades sobre su salud (manejo de medicamentos, seguimiento de dietas, autocuidado, consentimiento de tratamientos). D.- Carece de capacidad para conducir vehículos o utilizar armas. E.- Carece de capacidad para comprender el objeto del presente procedimiento y sus consecuencias. F.- Carece de capacidad contractual (conocer alcance de préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial)”.

⁴⁵ “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

Se interpretássemos a norma de forma rígida (último parágrafo do art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos sempre a constituição de uma curatela, se na prática existir uma guarda de fato; o que significaria que, ao rever as medidas anteriores, todas elas se tornariam, automaticamente, guarda de fato. Esta aplicação rígida e automática da norma é tão pernicioso como foi no passado a aplicação da incapacidade a qualquer pessoa que sofresse de uma doença, ou deficiência, de natureza física ou mental, que a impedisse de governar-se, independentemente de, de acordo com a sua situação específica, ser necessário fazê-lo.⁴⁶

O órgão revisor entendeu que não houve melhora do quadro clínico e psíquico de *Doña M.*, ao contrário, a situação só piorou entre o período da decisão de primeira instância até o julgamento do recurso, razão pela qual a curatela representativa foi mantida, tal como determinado em sentença.

4.2 *Recurso de Apelación nº 760/2023*⁴⁷

Trata-se de acórdão do ano de 2024, proferido pela Seção Primeira da Audiência Provincial de León (*Sección Primera de la Audiencia Provincial de León*), cujo recurso de apelação foi interposto por *Doña S.* e *Doña S.* A ação foi proposta por *Don R.*, filho de *Doña A.*, e a sentença de primeira instância estabeleceu, como medida de apoio, a constituição de curatela representativa de *Doña A.*, nos seguintes âmbitos, detalhados na sentença: a) habilidades de vida independente; b) habilidades econômico-jurídico-administrativas e contratuais; e c) habilidades em saúde.⁴⁸

⁴⁶ “Si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan pernicioso como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo”.

⁴⁷ ESPANHA. Audiencia Provincial de León (Sección Primera). *Recurso de Apelación nº 760/2023*. Relator(a) Angel Gonzalez Carvajal. Data do julgamento: 08/02/2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c40e4de8c53b97b0a0a8778d75e36f0d/20240419>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁴⁸ “La sentencia dictada en primera instancia en el procedimiento sobre provisión judicial de apoyos promovido por D. R. respecto de su madre, D^a. A., acuerda establecer como medida de apoyo la constitución de curatela representativa en los siguientes ámbitos que se detallan en la resolución: a) habilidades de la vida independiente, b) habilidades económico-jurídico-administrativas y contractuales, y c) habilidades sobre salud; para todas estas actuaciones precisa de sustitución por el curador, al padecer D^a. A. de 87 años de edad una demencia tipo Alzheimer con un deterioro cognitivo avanzado que genera en la misma una situación de discapacidad”.

Segundo relatado no acórdão, o Juízo *a quo* entendeu, em razão do quadro clínico de demência (Alzheimer) de *Doña A.*, que, naquele momento, contava com 87 anos e com comprometimento cognitivo avançado, necessário o estabelecimento de curatela representativa.

Importante destacar que *Doña A.*, em 2015, firmou documento concedendo poderes aos três filhos em caso de incapacidade.⁴⁹

Ocorre que o curador nomeado em sentença não foi *Don R.* nem quaisquer de suas duas irmãs, *Doña S.* e *Doña S.* mas, sim, a Fundação F. A justificativa para tal se deu por entender o Juízo que existia uma situação de confronto entre o irmão e as duas irmãs, que poderia ser prejudicial à mãe deles.⁵⁰

No primeiro recurso de apelação, *Doña S.* (filha 1) solicita seja nomeada curadora de sua mãe e, subsidiariamente, nomeada sua irmã ou dois dos filhos de *Doña A.*, conjuntamente. No segundo recurso de apelação, *Doña S.* (filha 2) pede o estabelecimento da curatela representativa para que atuem dois dos filhos de *Doña A.*, de forma conjunta, com obrigação de prestar contas e, subsidiariamente, que seja nomeada curadora sua irmã *Doña S.* (filha 1), por residir perto da mãe e ter formação especializada.

Vê-se, portanto, que a controvérsia não repousava sobre a medida de apoio a ser adotada, mas, sim, sobre quem a exerceria.

O irmão *Don R.* se opôs aos recursos interpostos, solicitando a confirmação da sentença.

O Ministério Público (*Ministerio Fiscal*) manifestou concordância ao primeiro recurso de apelação, aduzindo que a vontade e as preferências de *Doña A.*, manifestadas na escritura notarial, deveriam ser respeitadas.

Em relação à situação fática, o órgão julgador entendeu que, em razão das divergências entre os irmãos, melhor seria, em benefício à *Doña A.*, que a curatela fosse dividida para que um curador fosse responsável pelos bens e outro pela pessoa.

Os recursos de apelação foram parcialmente providos.

⁴⁹ “La sentencia nombra como curadora a la fundación F., prescindiendo de los tres hijos de D^a. A. (D. R., D^a. S. y D^a. S.) al existir una situación de enfrentamiento del hermano y las dos hermanas y considerar que sería perjudicial para aquella, si se admitiera que los hijos actuaran de forma mancomunada según dispone el poder general que otorgó en el año 2015, en el que se preveía la subsistencia del poder para el caso de incapacitación”.

⁵⁰ Relembre-se que, como mencionado no item 2, o art. 272 do CCE prevê que o juiz pode, de ofício ou a pedido de pessoas que têm a obrigação legal de exercer a curatela ou do Ministério Público, afastar total ou parcialmente as disposições voluntárias, desde que em decisão fundamentada, caso existam circunstâncias graves desconhecidas pela pessoa que as estabeleceu, ou se ocorrerem mudanças nas causas que ela expressou ou que, presumivelmente, foram consideradas em suas disposições.

No caso em questão, entendeu-se que a filha que morava próximo à mãe e que tinha formação especializada deveria ser a responsável pela situação pessoal de *Doña A.*, cabendo-lhe prestar contas de sua gestão semestralmente.

Quanto à gestão patrimonial, esta restou estabelecida aos três filhos, conjuntamente, tal como determinado por *Doña A.* na escritura pública, preservando a vontade por ela declarada.

Dessa maneira, o acórdão tornou sem efeito a nomeação da Fundação F.

4.3 *Recurso de Apelación nº 331/2023*⁵¹

Trata-se de acórdão do ano de 2024, proferido pela Seção Primeira da Audiência Provincial de Guadalajara (*Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara*), cujo recurso de apelação foi interposto pelo Ministério Público (*Ministerio Fiscal*), em face da sentença de primeira instância, datada de 15.3.2023, que julgou procedente o pedido formulado por *Doña J.*, de constituição de medida de apoio em favor de seu esposo, *Don L.*, especificamente, a curatela representativa.⁵²

⁵¹ ESPANHA. Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección Primera). *Recurso de Apelación nº 331/2023*. Relator(a) Eva Estrella Ramirez Garcia. Data do julgamento: 24/01/2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bf6df05db02bd19ba0a8778d75e36f0d/20240611>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁵² “SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la solicitud formulada por la procuradora Dña. Jennifer Vicente Benito, en nombre y representación de Dña. Julia , con la asistencia letrada de D. Antonio Díaz Doncel, expediente de jurisdicción voluntaria de adopción de medidas de apoyo a persona con discapacidad a favor de D. L. , Y SE DESESTIMA la solicitud del Ministerio Fiscal de archivo, de manera que I. SE ACUERDA LA CONSTITUCIÓN de medida de apoyo a favor de D. L. consistente en CURATELA REPRESENTATIVA según el siguiente detalle de funciones y actividades: 1. Auxilio en las actividades de la vida diaria: 1.1 Aseo personal, vestirse, comer y salir a pasear; decidir lugar de residencia. 1.2 Actividades instrumentales de la vida diaria: salir a la compra, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, pedir ayuda en caso de necesidad, etc. 1.3 Actividades de transporte: utilización de transporte público. 1.4. Auxilio consistente en velar por que la persona afectada no lleve a cabo las siguientes actividades: conducción de vehículos y uso de armas. 2. Auxilio en el cuidado de la salud: toma de medicación y compra de la misma, acudir a citas médicas, petición de citas médicas, autocuidado de procesos leves como heridas, úlceras, procesos febriles, etc, comprender el alcance de los tratamientos médicos, procurarse los tratamientos médicos pautados, dar el consentimiento informado de los mismos y de los procedimientos diagnósticos. 3. Representación en las actividades de carácter económico, jurídico, contractual y/o administrativo: manejo diario de dinero de bolsillo o gastos cotidianos de carácter menor, conocer su situación económica –ingresos que percibe, cuantía de sus gastos, propiedades, etc-, toma de decisiones de contenido económico –inversiones, seguimiento de cuentas corrientes-, otorgamiento de poderes a favor de terceros u otorgamiento de testamento, para contratación –pedir y conceder préstamos, realizar donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial. II. SE NOMBRA A DÑA J. COMO CURADORA REPRESENTATIVA de su esposo D. L., debiendo la curadora nombrada tomar posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado, de modo que, una vez firme la presente, se le hará saber el nombramiento para que sin demora comparezca ante este Juzgado a fin de aceptar y jurar o prometer el cargo, darle posesión del mismo y proveerle del correspondiente título,

O recurso foi interposto ao argumento de que estava comprovada a existência de guarda de fato, exercida pela esposa e filha de *Don L.*, entendendo ser esta adequada e suficiente para o caso em questão, inexistindo a necessidade de medida de apoio de caráter judicial.

Ao analisar o recurso, o órgão colegiado interpretou que:

Consequentemente, no que diz respeito a este recurso, devemos ter em conta que as medidas de apoio judicial são subsidiárias às voluntárias, de modo que só devem ser acordadas em caso de ausência ou insuficiência destas últimas, sem pronunciamento prévio sobre a capacidade exigida da pessoa e a prestação judicial de apoio devem ser ajustadas aos princípios da necessidade e da proporcionalidade; assim, para determinar o que é necessário, devem ser observados os dispositivos estabelecidos no art. 268 do Código Civil, pelo que devem responder às necessidades de quem delas necessita e ser proporcionais a essa necessidade, respeitando na medida do possível a sua autonomia, vontade, desejos e preferências.⁵³

haciendo le saber sus obligaciones de apoyo a la persona afectada, en particular, que deberá ejercer sus funciones conforme al artículo 249 del CC, así como de acuerdo con lo previsto por los artículos 282 a 290 del mismo texto legal; en particular, “estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo”. III. SE ESTABLECE COMO MEDIDA DE CONTROL la obligación del curador de remitir anualmente a este juzgado un informe en el que, de manera sucinta, se contemplen: 1. Los cambios experimentados por D. L., en su caso, en su ámbito familiar, médico y personal. 2. Una rendición de cuentas anual del patrimonio de D. L., detallando los ingresos y gastos que ha experimentado su patrimonio y su estado. IV. Las medidas de apoyo adoptadas mediante la presente DEBERÁN SER REVISADAS en un PLAZO DE TRES AÑOS, sin perjuicio de que se revisarán en todo caso ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de tales medidas. V. SE AUTORIZA EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO DE D. L. en centro asistencial adecuado a sus necesidades y estado de salud, en el que reciba los cuidados y tratamiento médico y terapéutico que necesita y, en particular, en la residencia en la que se encontraba a fecha de la entrevista, a saber, ‘Residencia Para Mayores Amavir La Alameda’, sita en Azuqueca de Henares (Guadalajara), que deberá ser REVISADO en el PLAZO DE SEIS MESES. A tal efecto, REQUIÉRASE A los facultativos encargados de atender a la persona indicada en el centro en el que se encuentra internada para que CADA SEIS MESES remitan a este Juzgado informe MÉDICO sobre la necesidad de mantener la medida de internamiento, quedando a salvo tanto la comunicación a este Juzgado tanto de cualquier traslado del paciente, como de la decisión médica de alta de la persona internada en el momento que los facultativos que atienden a la misma consideraran que no fuera necesario mantener el internamiento, comunicándolo, en tal caso, inmediatamente a este Juzgado, conforme al artículo 763.4 in fine de la LEC. A tales efectos, LÍBRENSE los requerimientos y/u oficios pertinentes. Así mismo, REQUIÉRASE A los facultativos del centro de internamiento para que, en la medida que el estado de salud de la persona afectada lo permita, comuniquen al mismo el contenido de la presente resolución. No se efectúa expresa imposición de costas procesales”.

⁵³ “En consecuencia, por lo que a este recurso importa, habremos de tener en consideración que las medidas judiciales de apoyo son subsidiarias respecto de las voluntarias, de tal suerte que sólo procede acordarlas en defecto o insuficiencia de estas últimas, no precisándose ningún previo pronunciamento sobre la capacidad de la persona y debiendo ajustarse la provisión judicial de apoyos a los principios de necesidad y proporcionalidad, siendo así que para determinar las que sean necesarias se debe acudir a

Em relação à situação fática, se, por um lado, o órgão julgador reconheceu não haver dúvidas quanto à pouca ou nenhuma autonomia do recorrido, bem como a impossibilidade de ele manifestar seus desejos e preferências, por outro, disse não ter sido demonstrado qualquer obstáculo à gestão patrimonial ou pessoal, de modo a existir necessidade de manutenção da curatela representativa.

Nesse sentido, o órgão julgador concluiu, tal como afirmou o Ministério Público (*Ministerio Fiscal*), que não restaram provados os requisitos de necessidade e proporcionalidade, previstos no art. 249 do CCE. Também entendeu que, a teor do disposto no art. 269 do CCE, a curatela só é cabível quando não houver outra medida de apoio suficiente.

No caso concreto, a guarda de fato se mostrou suficiente e adequada, sem prejuízo de, ocasionalmente, ser exigida autorização judicial para determinados atos.

4.4 *Recurso de Apelación nº 761/2023*⁵⁴

Trata-se de acórdão do ano de 2024, proferido pela Seção Sexta da Audiência Provincial de Pontevedra (*Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra*), por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto em face da sentença de primeira instância, que decidiu da seguinte maneira: no âmbito pessoal e relativo às questões médicas, já existe guarda de fato sob a supervisão dos filhos, sendo a pessoa de referência a filha *Doña V.*; no âmbito patrimonial, estabelece-se como medida de apoio uma curatela representativa, sendo designada como curadora a filha *Doña V.* para a realização de atos de administração e disposição do patrimônio, necessitando, a curadora, de autorização judicial para a realização dos atos enumerados no art. 287 do CCE.

lo establecido en el art. 268 del Código Civil, por lo que deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a tal necesidad, respetando en la medida de lo posible su autonomía, voluntad, deseos y preferencias”.

⁵⁴ ESPANHA. Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Sexta). *Recurso de Apelación nº 761/2023*. Relator(a) Magdalena Fernandez Soto. Data do julgamento: 09 jan. 2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46a20cb1478f495fa0a8778d75e36f0d/20240325>. Acesso em: 06 ago. 2024.

Ficou declarada a extinção do poder geral outorgado por *Doña P.* a seu filho *Don S.*, mediante escritura pública datada de 2.7.2020, pelo exercício abusivo por parte do mandatário.^{55 56}

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual aderiu o filho *Don S.*, alegando os seguintes motivos:

a) Violação da lei por não aplicação do art. 249 e 250 CC e art. 20 da Convenção de NY dada a inadequação das medidas de apoio estabelecidas na decisão impugnada, bem como a aplicação indevida do art. 268, 269 e 276 CC; b) Inadmissibilidade de estabelecimento judicial de apoio e inadmissibilidade da tutela representativa, em apoio ao exposto argumenta que a sentença ignora total e absolutamente a vontade, desejos e preferências de Dona P. refletidos na procuração de 2 de julho de 2020, ao mesmo que seja óbvio, incorrendo em desmotivação, que o apoio sempre e sem qualquer conflito foi prestado pelo seu filho S.; c) Violação da ordem de prioridade da tutela prevista no art. 276 CC e; d) Violação da lei por aplicação indevida do art. 258 CC, uma vez que os motivos da cassação do poder que constam da decisão recorrida, não podem ser incluídos nas causas de afastamento do curador do art. 278 CC.⁵⁷

⁵⁵ “1.- Declaro que en el ámbito personal, prestación de cuidados a su persona, vida doméstica, toma de medicación, ya existe una guarda de hecho que se ejerce de forma adecuada y suficiente en la residencia, bajo la supervisión de sus hijos siendo la persona de referencia su hija D.ª V. Como guardadora de hecho también es la persona de referencia a efectos de prestar consentimiento a actos médicos cuando la persona con discapacidad no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia conforme a la previsión contenida en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la Autonomía del Paciente. 2.- En el ámbito patrimonial se establece como medida de apoyo una curatela representativa, siendo designada para esa función su hija D.ª V., para la realización de actos de administración y disposición de su patrimonio, como son administración de sus cuentas y gestión de su pensión, celebración de contratos bancarios, enajenación y gravamen de bienes inmuebles, administración o disposición de valores mobiliarios, préstamos, donaciones, presentación de peticiones o realización de trámites ante la Administración u otras entidades u organismos, debiendo respetar en el ejercicio de la curatela sus deseos y preferencias. La curadora precisará autorización judicial para la realización de los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil. 3.- Como medida de protección del patrimonio de D.ª P. se declara la extinción del poder general otorgado por ella a su hijo D. S. mediante escritura otorgada ante notario en fecha 2 de julio de 2020 por inadecuada utilización y ejercicio abusivo por parte del apoderado. 4.- Se establece un plazo de revisión de las medidas de apoyo establecidas en esta sentencia no superior a tres años, sin perjuicio de la posibilidad de revisarlas, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas. 5.- Cuando esta resolución sea firme cítese a la curadora designada para la aceptación del cargo y darle posesión del mismo, y que deberá presentar inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo, y rendir cuentas anualmente de su gestión y de la situación personal y médica de la persona con discapacidad. Una vez aceptado el cargo, fórmese expediente de jurisdicción voluntaria para el control y supervisión de la curatela”.

⁵⁶ Idem nota de rodapé nº 39.

⁵⁷ “a) Infracción de ley por inaplicación de los art. 249 y 250 CC y art. 20 Convención NY dada la inadecuación de las medidas de apoyo establecidas en la sentencia impugnada, así como indebida aplicación de

Tanto em primeira, quanto em segunda instância houve oitiva de testemunhas e de *Doña P.*, esta, confirmando sua vontade no sentido de que seu filho *Don S.*, se encarregasse de sua situação financeira e pessoal.

Em relação à situação fática, o laudo pericial conclui que:

[...] Dona P. sofre de comprometimento cognitivo aliado a múltiplas patologias orgânicas (segundo laudo médico de Sergas, é cardiopata com fibrilação atrial permanente e anticoagulada, além de sofrer de DPOC que necessita de oxigenoterapia domiciliar) que a deixa impossibilitada de andar, situação clínica crônica, progressiva e irreversível, o que implica que tem sérias dificuldades nas atividades diárias e no autocuidado, bem como no que diz respeito à sua saúde, mas não no conhecimento da sua situação econômica onde o perito forense avalia uma dificuldade moderada. Além disso, esta informante especifica que o seu estado de saúde não a impede de expressar a sua vontade, desejos e preferências, embora lhe falte conhecimento suficiente da realidade do(s) ato(s) envolvido(s) e o seu processo de tomada de decisão esteja condicionado pelos déficits funcionais que apresenta.

O acórdão é extenso e analisa todos os argumentos divergentes entre as partes, inclusive no que diz respeito à escritura pública de poder e mandato preventivo, outorgado por *Doña P.* a seu filho *Don S.*

Após a análise de todos os fatos e das provas produzidas, o Órgão Colegiado, por maioria, julgou procedente o recurso de apelação interposto pelo *Ministerio Fiscal* e por *Don S.*, revogando as medidas de apoio estabelecidas em sentença por constatar a existência de um guardador de fato, na pessoa de um dos filhos, qual seja, *Don S.*

Houve voto divergente proferido pelo Julgador José Ferrer González.

los art. 268, 269 y 276 CC; b) Imprudencia de establecimiento judicial de apoyos e imprudencia de la curatela representativa, en apoyo de lo anterior argumenta que la sentencia prescinde total y absolutamente de la voluntad, deseos y preferencias de Doña Penélope plasmadas en el poder de 2 de julio 2020, a la par que obvia, incurriendo en falta de motivación, que los apoyos siempre y sin conflicto alguno se los ha prestado su hijo Severino; c) Infracción del orden de prelación de la curatela previsto en el art. 276 CC y; d) Infracción de ley por indebida aplicación del art. 258 CC, pues los motivos que para la revocación del poder se exponen en la sentencia apelada no pueden encuadrarse en las causas de remoción del curador del at. 278 CC”.

4.5 Análise dos fundamentos jurídicos das decisões

Inobstante conclusões distintas por parte dos Tribunais (duas decisões mantiveram o estabelecimento da curatela representativa e duas decisões modificaram as sentenças de primeira instância para declarar a suficiência da guarda de fato), a base jurídica para a fundamentação das decisões analisadas teve como ponto comum as seguintes premissas:

- i) a CDPD foi recepcionada pelo ordenamento jurídico espanhol que, a partir dela, recebeu alterações significativas em sua regulamentação sobre as incapacidades e em seu sistema de apoio à pessoa com deficiência, reconhecendo-lhe autonomia;
- ii) a Sentença do Pleno do Supremo Tribunal espanhol nº 589, datada de 8.9.2021, estabeleceu diretrizes de aplicação da Lei nº 8/2021, que incorporou as exigências dispostas na CDPD;
- iii) o CCE prevê a curatela como medida de apoio judicial e involuntária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, tanto em se tratando de representação quanto de assistência. Há expressa previsão para a possibilidade de nomeação de mais de um curador e o juiz tem, por obrigação, que fixar os limites da curatela;
- iv) na Espanha, embora a guarda de fato já fosse reconhecida pelo CCE, com a reforma introduzida pela Lei nº 8/2021, ela assumiu maior relevância, uma vez que o caráter de transitoriedade que a definia deixa de existir.

No entanto, em que pesem as premissas jurídicas coincidentes, as decisões divergem quanto à aplicação das medidas de apoio. No primeiro acórdão, a decisão ressalta não ter havido melhora, mas, sim, piora no quadro clínico da pessoa idosa. A análise se ateve, principalmente, ao que dispôs o laudo pericial, que constatou a falta de discernimento da pessoa idosa, motivo relevante para que o Tribunal entendesse pela manutenção da curatela representativa.

No segundo caso, em primeira instância, a curatela representativa foi priorizada, inclusive, em relação à medida voluntária de apoio estabelecida pela pessoa idosa. Em segunda instância, restabeleceu-se a medida voluntária para fins patrimoniais, nos exatos termos da escritura pública, mantendo-se a curatela representativa apenas em relação a questões pessoais. A controvérsia, nesse caso, não versou sobre a possibilidade de atribuição da guarda de fato, mas, sim, sobre quem exerceria a curatela representativa e sobre o cabimento da medida voluntária. Tal como no primeiro acórdão, assumiu relevância a falta de discernimento da pessoa idosa para a manutenção da curatela.

No terceiro acórdão, a curatela representativa foi substituída pela guarda de fato ao fundamento de que, no caso concreto, restou demonstrada a eficiência desta, que já vinha sendo exercida, inobstante a pessoa idosa não possuir discernimento.

No último caso analisado, em primeira instância as medidas de apoio se dividiram em guarda de fato para as questões pessoais e curatela representativa em âmbito patrimonial, sendo extinta a escritura pública outorgada pela pessoa idosa ao filho por entender, o Juízo *a quo*, ter sido provado que o mandatário exerceu abusivamente o poder que lhe foi atribuído. No entanto, em segunda instância, após ouvida a pessoa idosa, o Tribunal reformou a sentença para restituir o poder geral outorgado pela mandante e reconhecer a suficiência da guarda de fato exercida pelo filho.

Observa-se que a premissa considerada pelos órgãos julgadores, em segunda instância, reflete a medida de apoio atribuída. Quando a premissa foi a falta de discernimento, a medida aplicada foi a curatela representativa. Quando a premissa estabelecida foi a existência e a eficácia do cuidado, independentemente de se aferir o discernimento da pessoa idosa com deficiência, a medida determinada foi a guarda de fato.

Entende-se que, a se pensar nas modificações introduzidas pela Lei nº 8/2021 ao CCE, inspiradas nos princípios da CDPD, a última interpretação afigura-se mais coerente, se o caso concreto demonstrar que a guarda de fato, de fato, vem sendo exercida no melhor interesse da pessoa idosa com deficiência, independentemente do grau de comprometimento do discernimento. Com isso, não se pretende defender que não há espaço para a curatela. Como exposto no julgamento do Recurso nº 7.437/2022 pelo Supremo Tribunal (STS), uma interpretação rígida e descontextualizada do último parágrafo do art. 255⁵⁸ do CCE pode resultar incoerente.

Assim, entende-se que a curatela tem cabida nas seguintes situações: (i) quando não houver pessoa disponível para o exercício da guarda de fato; (ii) quando a própria pessoa idosa optar pela curatela, por meio da autocuratela; (iii) quando a guarda de fato estiver sendo exercida de forma insuficiente ou inadequada.

5 Considerações finais

- a) A reforma do ordenamento civil espanhol foi inspirada na CDPD, sendo que as últimas modificações foram introduzidas pela Lei nº 8/2021.

⁵⁸ “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

- b) A partir da Lei nº 8/2021, as pessoas com deficiência são compreendidas como sujeitos plenamente capazes, na dupla dimensão de titularidade e exercício de seus direitos.
- c) São medidas de apoio voluntárias os *poderes e mandatos preventivos* (arts. 256 a 262, CCE) e a *autocuratela* (arts. 271 a 281, CCE); são medidas de apoio judiciais a *curatela* (arts. 268 a 270 e arts. 275 a 294 do CCE) e o *defensor judicial* (arts. 295 a 298); e a *guarda de hecho* (guarda de fato) (arts. 263 a 267), tal como defendido neste artigo, afigura-se medida de apoio de natureza dúplice.
- d) O caminho para a compreensão mais ampla da velhice e suas vicissitudes revolve variadas dimensões da vida da pessoa idosa, da completa autonomia à completa dependência e a solução a ser construída não pode significar o solapamento da autonomia, sob a justificativa da proteção em razão da vulnerabilidade.
- e) A guarda de fato apresenta-se como medida adequada à efetivação do princípio do melhor interesse da pessoa idosa com deficiência, porquanto vai assumindo seus contornos na medida das necessidades da pessoa guardada.
- f) Para demonstrar como a guarda de fato vem sendo aplicada pelos Tribunais espanhóis, em relação às pessoas idosas com deficiência, quatro julgados foram analisados.
- g) Verificou-se que a premissa considerada pelos órgãos julgadores, em segunda instância, reflete a medida de apoio atribuída. Quando a premissa foi a falta de discernimento, a medida aplicada foi a curatela representativa. Quando a premissa estabelecida foi a existência e a eficácia do cuidado, independentemente de se aferir o discernimento da pessoa idosa com deficiência, a medida determinada foi a guarda de fato.
- h) A interpretação mais consistente parece ser aquela que determina a guarda de fato como a melhor opção, desde que o caso concreto demonstre que ela está sendo exercida no melhor interesse da pessoa idosa com deficiência, independentemente do grau de comprometimento de seu discernimento.
- i) A curatela, por sua vez, seria aplicável nas seguintes situações: (i) quando não houver pessoa disponível para exercer a guarda de fato; (ii) quando a própria pessoa idosa optar pela curatela, por meio da autocuratela; (iii) quando a guarda de fato estiver sendo exercida de maneira insuficiente ou inadequada.

Referências

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019.

DÍAZ ALABART, Silvia. Autocuratela y personas con discapacidad. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.); GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021. p. 397-415.

ESPANHA. Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Quinta). *Recurso de Apelación* nº 109/2023. Relator(a) Miguel Angel Navarro Robles. Data do julgamento: 08/02/2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/60987355470731a3a0a8778d75e36f0d/20240529>. Acesso em: 30 jul. 2024.

ESPANHA. Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección Primera). *Recurso de Apelación* nº 331/2023. Relator(a) Eva Estrella Ramirez Garcia. Data do julgamento: 24/01/2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bf6df05db02bd19ba0a8778d75e36f0d/20240611>. Acesso em: 31 jul. 2024.

ESPANHA. Audiencia Provincial de León (Sección Primera). *Recurso de Apelación* nº 760/2023. Relator(a) Angel Gonzalez Carvajal. Data do julgamento: 08/02/2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c40e4de8c53b97b0a0a8778d75e36f0d/20240419>. Acesso em: 31 jul. 2024.

ESPANHA. Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Sexta). *Recurso de Apelación* nº 761/2023. Relator(a) Magdalena Fernandez Soto. Data do julgamento: 09 jan. 2024. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46a20cb1478f495fa0a8778d75e36f0d/20240325>. Acesso em: 06 ago. 2024.

ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil*. Madrid, 25 jul. 1889 [2023]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Real Decreto Legislativo nº 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Madrid, 03 dez. 2013 [2023]. Disponível em: <https://boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, serie 4, anno 76, p. 620-650, out./dez 1999.

LIMA, Taísa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoa e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores. Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.); GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021. p. 417-430.

ROSENVALD, Nelson. A guarda de fato de idosos. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. *A tutela jurídica da pessoa idosa: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 119-133.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; ALMEIDA, Ana Flávia Pereira de. *A guarda de fato no direito espanhol: análise jurisprudencial*. No prelo.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 1-9.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 33, jan. 2022. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8319449>. Acesso em: 3 set. 2024.

SÁNCHEZ MORALES, M^a Rosario Hildegart. Tendencias de envejecimiento en España en el contexto europeo e impactos Sociales. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *Tratado de Derecho y Envejecimiento: la adaptación del Derecho a la nueva longevidad*. Espanha: Wolters Kluwer España, 2021. p. 5-28. *E-book*.

SOLÉ RESINA, Judith. Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.); GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021. p. 383-396.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SÁ, Maria de Fátima Freire de; Ana ALMEIDA Flávia Pereira de. Pessoa idosa com deficiência e medidas de apoio: o protagonismo da guarda de fato no direito espanhol e análise de casos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 251-283, out./dez. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.04.010.

Recebido em: 06.11.2024
Aprovado em: 10.11.2024