

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DO IDOSO: O DILEMA DE LEAR

Civil Constitutional Rights and the Free Development of the Elderly Personality: Lear's Dilemma

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Mestre e Doutor em Direito pela UERJ. Desembargador Federal do TRF da 2ª Região. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Professor Associado da UERJ e Professor Permanente do PPGD da UNESA. Pesquisador CNPq, UNESA e UERJ.

João Gabriel Madeira Pontes

Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos da personalidade da pessoa idosa" da UERJ.

Pedro Henrique da Costa Teixeira

Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos da personalidade da pessoa idosa" da UERJ

Resumo: O artigo apresenta abordagem doutrinária a respeito dos direitos da personalidade da pessoa idosa com emprego da metodologia civil constitucional. O tema leva em conta a autonomia da pessoa idosa e busca apontar parâmetro que permita solucionar questões atuais tais como a escolha do tratamento médico e a releitura do regime das incapacidades

Palavras-chave: Direito Civil; Direitos da personalidade; Direito do idoso; Conflitos solucionáveis.

Abstract: The paper presents doctrinal approach regarding personality rights of the elderly with use of constitutional private methodology. The theme takes into account the autonomy of elderly people and seeks to identify the parameter that will address current issues such as the choice of medical treatment and the rereading of the system of disability.

Keywords: Private Law; Personality rights; Law of the elderly; Solvable conflicts.

Sumário: Introdução: a metodologia civil-constitucional a partir de 1988 – 1. Os direitos da personalidade do idoso à luz da Constituição Federal de 1988 – 2. Isonomia e autonomia no desenvolvimento da personalidade do idoso – 3. Em busca de um parâmetro – 3.1. O regime das incapacidades no CC/02 – 3.2. A possibilidade de o idoso escolher o tratamento médico ao qual será submetido – 4. Conclusão: um cidadão emancipado

"O, sir, you are old;
Nature in you stands on the very verge
Of her confine: you should be rul'd and led
By some discretion, that discerns your state
Better than yourself."¹

Introdução: a metodologia civil-constitucional a partir de 1988

No clássico shakespeariano, Lear, idoso e rei da Bretanha, decidiu dividir seu reino, ainda em vida, entre suas filhas, desde que elas provessem o seu sustento. No entanto, a personagem não imaginava que viria a ser traída e rejeitada pelas herdeiras, até que, em miséria, a tragédia se consumasse. A hipótese em tudo se assemelha à causa de revogação da doação contemplada na legislação civil brasileira em vigor.

Visto como um ônus e peso a ser suportado, improdutivo e enfraquecido, a situação ficcional de Lear muito se assemelha a de inúmeros idosos no Brasil e em vários outros países. Reflete-se, assim, uma visão de mundo que não diferencia “idoso” e “senil”,² crescente na medida em que, nas relações interindividuais, valoriza-se mais o patrimônio e a capacidade produtiva e laboral do que a existência do ser em si, como pessoa humana.

No entanto, a Constituição de 1988 (CF/88) trouxe ao centro da ordem jurídica, posicionando-o em seu vértice axiológico e normativo, o conceito jurídico de *dignidade humana*, alçado ao patamar de fundamento da República. Não se pode pensar a dignidade da pessoa humana sem explicitar seu elemento primordial, a *autonomia*, isto é, a possibilidade de autodeterminação do indivíduo como sujeito de direitos, racional e livre para desenvolver sua personalidade.³

Conceber a autonomia dessa forma significa romper com o pensamento exposto na epígrafe deste artigo, o qual não passa de puro, simples e odioso paternalismo fundado em critério cronológico que, ao vincular a idade à senilidade, retira do idoso a esfera decisória no que tange aos rumos de sua própria vida. Não se tratam de meras elucubrações, uma vez que o próprio Código Civil de 2002 (CC/2002), editado e promulgado sob o signo

¹SHAKESPEARE, William. *King Lear*. Nova Iorque: American Book Company, 1903, p. 76.

²AZEVEDO, Lilibeth de. O idoso e a autonomia privada no campo da saúde. 2012. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 26.

³BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, vol. 919. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 160.

da CF/88, adota, em seu artigo 1.641, II, esse modelo ao reger hipóteses de necessidade legal do regime de separação obrigatória de bens.⁴

A regra prevista no referido dispositivo exemplifica a necessidade de releitura de todo o sistema civilista à luz da Carta de 1988, conforme a metodologia que se convencionou chamar civil-constitucional.

Diante dessa perspectiva constitucionalizada, cabe uma breve análise histórica da evolução do pensamento civilista brasileiro no século XX. O Código Civil de 1916 foi editado no auge do liberalismo jurídico, tendo por destinatário principal o homem burguês, e por institutos paradigmáticos, o contrato e a propriedade, sob o signo do dogma da completude.

No entanto, a unidade do Código foi desafiada pela realidade social de duas guerras mundiais, por uma crise econômica global e pela consagração de ideologias que propunham a intervenção do Estado na economia, fatos que provocaram atividade legislativa intensa, consubstanciada em leis extravagantes.⁵ Esse fenômeno foi estudado por Orlando Gomes⁶ como a transição do *monossistema* representado pelo Código Civil, que compunha um *macrossistema* ao tratar, sob o paradigma do dogma da completude, todos os temas civilistas, para um *polissistema*, dentro do qual o Código de 1916 passou a conviver com leis especiais que lhe “dilaceravam” a disciplina de matérias do Direito Civil, compondo *microssistemas* normativos.⁷

A ruptura em relação ao já mencionado dogma da completude, que situava o Código Civil na posição de centro regulador das relações da vida privada, acarretou a necessidade de reconstrução da unidade do sistema. Neste sentido, parte da doutrina⁸ passou a defender que o cerne dessa unidade se deslocara para a Carta de 1988, em deferência à hierarquia das fontes do direito, que postula a superioridade da Constituição como norma fundante do ordenamento jurídico.

⁴Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

⁵TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 4.

⁶GOMES, Orlando. A Agonia do Código Civil. In: *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 10, 1986, p. 5.

⁷TEPEDINO, *op. cit.*, p. 12.

⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. *Namedida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 8.

A CF/88 não seria, sob essa ótica, composta de meros limites à atividade legislativa, filtrando a inconstitucionalidade das normas legais. Em outras palavras, seus princípios e regras poderiam (e deveriam) ser aplicados como normas jurídicas.⁹ Conseqüência dessa compreensão, também não seriam os princípios constitucionais meras orientações políticas a inspirar o legislador ordinário. Mais que isso, sua normatividade atenderia à função promocional que a Constituição assumia, incidindo sobre as relações privadas de modo imediato, por meio de cláusulas gerais, ou mediato, através da releitura dos institutos e das regras infraconstitucionais.¹⁰

A aplicabilidade da norma constitucional ao caso concreto, em ambas as situações, desafia a lógica tradicional da divisão entre direito público e direito privado,¹¹ implicando, assim, uma crescente comunicação entre esses grandes ramos do Direito. Dessa maneira, os influxos das normas constitucionais conformam a incidência e a interpretação das normas infraconstitucionais, isto é, a programação da Carta de 88, voltada à consagração da dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico.

A prevalência dessas situações existenciais, no entanto, demanda uma atuação positiva do Estado, no sentido de universalizar o acesso e o exercício dos direitos fundamentais e de resguardar novos sujeitos de direito historicamente discriminados ou ignorados.¹² Desse modo, surgem estatutos voltados à concretização das promessas constitucionais de igualdade e livre desenvolvimento da personalidade, cujos destinatários são sujeitos jurídicos tão distintos quanto o consumidor, a criança e o adolescente ou o *idoso*.

Busca-se, assim, aprofundar a abordagem do papel que a Lei Maior e a metodologia civil-constitucional exercem na temática da autonomia da pessoa idosa e de suas correspondentes situações jurídicas, em especial as de natureza existencial.

⁹PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 571-572.

¹⁰*Ibidem*, pp. 589-590. Veja-se também TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, pp. 19-20.

¹¹MORAES, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹²MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 186.

1. Os direitos da personalidade do idoso à luz da Constituição Federal de 1988

Ao longo dos anos, a doutrina¹³ elucubrou acerca dos parâmetros que poderiam ser adotados para se definir quem é o idoso, tendo em vista a necessidade que o Direito apresentava de delimitar juridicamente esse grupo social. Nesse contexto, destacaram-se diversos critérios para fazê-lo, dentre eles o psicobiológico, o qual se centra não na faixa etária da pessoa, e sim nas suas condições físicas e mentais, e o socioeconômico, cuja principal preocupação é a análise da situação financeira do indivíduo. Contudo, a nosso ver, nenhum critério é capaz de delinear melhor a silhueta da figura jurídica em tela que o etário, o qual, por causa de sua patente objetividade, garante segurança e previsibilidade ao tratamento legal dado aos idosos.

Tal orientação foi acertadamente acolhida tanto pela Organização Mundial de Saúde (OMS)¹⁴ quanto pelo ordenamento jurídico brasileiro. No país, para fins jurídico-legais e de políticas públicas, consideram-se idosos, nos termos do artigo 1º, da Lei nº. 10.741/03 – conhecida como *Estatuto do Idoso* – todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos¹⁵; e a elas são garantidos, aos moldes do CC/02 e da CF/88, todos os direitos da personalidade, não só os legalmente previstos como também os inerentes à própria sistemática civil-constitucional¹⁶.

Em linhas gerais, os direitos da personalidade – também denominados *personalíssimos* – são releituras dos direitos humanos. Enquanto estes apelam ao contexto das liberdades e das relações públicas, os primeiros “abrangem os aspectos intelectual e moral da pessoa (englobam os direitos à honra, ao nome, à imagem, ao segredo, à liberdade de religião e consciência, etc.)”¹⁷. No entanto, vale salientar que o termo aqui empregado para caracterizá-los – qual seja, “releituras” – não deve ser compreendido sob uma lógica de absoluta adstrição, já que não há uma total correspondência entre as duas categorias de

¹³BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 63.

¹⁴*Ibidem*, p. 64.

¹⁵Apesar de a idade ser, com efeito, o melhor critério para se definir quem é o idoso, conforme já expusemos acima, vale ressaltar que, a nosso ver, a idade fixada – qual seja, 60 anos – não é a mais adequada, uma vez que há muitas pessoas com 60 anos ou mais que ainda mantêm o mesmo ritmo de vida que uma pessoa de 40, 50 anos. Nesse sentido: *Ibidem*.

¹⁶SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 217.

¹⁷GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 29.

direitos em exame. A título exemplificativo, o direito à propriedade, que é direito humano, não compõe o rol de direitos personalíssimos, eis que apresenta um conteúdo eminentemente patrimonial¹⁸.

Como foi mencionado anteriormente, os direitos da personalidade não são típicos, isto é, transcendem, em qualidade e quantidade, o elenco estabelecido em lei¹⁹. Do mesmo modo, também não pertencem exclusivamente à classe dos direitos subjetivos, uma vez que podem incidir sobre as mais variadas situações jurídicas (e.g.: poder jurídico, direito potestativo, faculdade, ônus)²⁰. Dito isso, não há dúvida de que, dentro do universo do Direito brasileiro, só foi possível atribuir aos direitos personalíssimos tais peculiaridades graças à cláusula geral de tutela da personalidade, cujos contornos normativos ganharam forma através das letras dos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso III e 5º, § 2º, todos da CF/88. Tal fato comprova que, com efeito, a seara civilista – à qual pertencem por excelência os direitos personalíssimos – está sujeita às benéficas irradiações da Carta Maior.

Sob uma perspectiva talvez menos específica – porém igualmente bastante relevante –, pode-se dizer que os direitos em questão também devem o não exaurimento de seu campo semântico ao texto legal a outra cláusula geral: aquela referente à tutela da pessoa humana. Esta constitui a concretização de um dos princípios mais caros à ordem jurídico-constitucional deste país, a dignidade humana²¹. Não é, pois, tarefa árdua distinguir o liame que existe entre o escopo dos direitos da personalidade e a dignidade, já que ambos remetem à devida valorização da dimensão existencial da vida dos indivíduos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que um dos resultados mais importantes do encontro entre os direitos da personalidade e o princípio da dignidade humana é o conceito de *livre desenvolvimento da personalidade*, tutelado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²². Ao contrário de outros países, como Espanha, Portugal e Colômbia,

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 584.

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 51.

²¹ *Ibidem, idem*.

²² Artigo XXII – Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao **livre desenvolvimento de sua personalidade** (grifo nosso).

no Brasil, o Constituinte optou por não positivizar essa essencial garantia²³. Mesmo assim, o livre desenvolvimento da personalidade é um princípio que, apesar de implícito, tem sua força e sua aplicabilidade asseguradas pela estrutura normativa da dignidade humana²⁴, sobretudo se esta for analisada sob o prisma da autonomia.

É imperioso ressaltar que a noção de autonomia à qual se fez referência acima não se limita a uma perspectiva meramente negativa. Em outras palavras, desde o advento do *WelfareState*, tornou-se impossível imaginar qualquer forma de liberdade que se realizasse apenas sob uma perspectiva absenteísta no que concerne à atuação estatal. A rigor, com vistas a uma integral e perfeita concretização de todos os direitos fundamentais, também se deve recorrer a um comportamento estatal proativo, voltado à proteção e à promoção desse grupo de direitos. Nesse sentido, afirma Ingo Sarlet:

Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa) (...) são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.²⁵

Desse modo, pode-se afirmar que a autonomia, faceta constitutiva do princípio da dignidade humana e uma das bases para o livre desenvolvimento da personalidade, efetiva-se de duas maneiras. Por um lado, não é possível impor restrições injustificadas ao seu pleno exercício, bem como é imprescindível salvaguardá-la de qualquer ação – oriunda do Estado ou de particulares²⁶ – capaz de comprometer sua higidez. Por outro,

²³MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JR, Rodolpho Barreto. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade: contributo do direito comparado para o ordenamento jurídico brasileiro. In: Conpedi. (org.). *Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Editora Boiteux, 2011, v. 1, p. 8091-8111.

²⁴LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 292.

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 479-510.

²⁶“O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

também é muito relevante que os entes públicos, em parceria com a própria sociedade, direcionem esforços no sentido de promover, no plano dos fatos, o conteúdo da garantia em tela. Para resumir essas duas ideias, os teóricos costumam se referir aos termos liberdade formal e liberdade material, respectivamente.

Dentro do mesmo contexto, devido à sua condição de direito fundamental, a igualdade também pode ser concebida tanto pelo viés formal quanto pelo viés material, conforme será explicitado a seguir.

2. Isonomia e autonomia no desenvolvimento da personalidade do idoso

O princípio da dignidade humana, já delineado nos dois itens anteriores, postula que todos os homens se igualem, pois dotados do mesmo valor intrínseco, são merecedores de igual respeito e consideração por seus semelhantes.²⁷ O denominador comum a todos os indivíduos, atributivo da dignidade, corresponde à autonomia, derivada de sua própria consciência e razão. No entanto, como aponta Sarlet,²⁸ não é o exercício em si dessas faculdades, mas a potencialidade de seu exercício, que define o ser humano.

Caso se adotasse a posição inversa, estariam excluídos da humanidade todos os que não pudessem, definitiva ou transitoriamente, exercer a razão ou estivessem em estado de inconsciência.²⁹ Nesse sentido, mesmo que se reconheça a diferença entre senilidade e senescência,³⁰ o idoso estaria em posição desvantajosa, pois o avanço da idade tende à gradativa fragilização de seu organismo, tornando-o mais suscetível à superveniente diminuição do discernimento, isto é, potencializando sua vulnerabilidade.³¹

Assim, incide a isonomia como componente do conceito da dignidade para filtrar discriminações odiosas contra o ser humano vulnerável. É a vulnerabilidade o

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, vol. 919. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 101 e 102.

²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 128.

³⁰ AZEVEDO, Lilibeth de. O idoso e a autonomia privada no campo da saúde. 2012. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 26 e pp. 99-100.

³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Pessoa Idosa no Direito de Família. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (org.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*. 1ª ed. São Paulo: Pillares, 2013, pp. 256-257.

elemento comum aos novos sujeitos de direito, a exemplo do consumidor, da criança e adolescente e do idoso.³² Consubstancia um estado de potencial exposição a riscos que possam lesar pessoa em situação jurídica ou substancialmente desigual perante seus semelhantes.

Diante da vulnerabilidade potencializada que caracteriza a pessoa idosa, o Estatuto do Idoso foi editado com o fito de se instrumentalizar como contrapeso jurídico à desigualdade material, a oferecer proteção integral a esse especial estágio de desenvolvimento de sua personalidade. Conforme seu artigo 8º, o direito ao envelhecimento é personalíssimo, cabendo-se entender, pelas normas dos artigos 9º e 10, que o Estado Social de Direito deve assegurar o mínimo existencial para o livre desenvolvimento de sua personalidade.³³

Em contrapartida, se de um lado a vulnerabilidade do idoso demanda uma atuação protetiva por parte do Estado, por outro essa proteção não deve sufocar as esferas de liberdade da pessoa. Esse é o dilema de Lear, centro de um embate entre a autonomia inerente ao ser e a heteronomia (paternalismo) da vontade de terceiros sobre ele.

Um exemplo de regra que encampa a heteronomia sobre o idoso está no artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, que define a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento para o idoso com mais de 70 anos. Antes da edição da Lei nº 12.344/10, a idade prevista no inciso era de 60 anos. Essa regra foi merecidamente criticada por parte da doutrina,³⁴ que a entende inconstitucional por estabelecer uma restrição

³² BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (org.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2007, p. 60.

³³ Nesse sentido, ainda que não explicita os artigos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul utilizou o art. 8º do Estatuto do Idoso como parâmetro interpretativo para a destinação de idosa que viva em más condições para abrigo. Transcreve-se trecho da ementa de TJRS, Ap. 70054659008, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29/08/2013: “Verificada a negligência dos anteriores cuidadores da interdita, que residia em moradia desorganizada e em precárias condições de higiene, impõe-se a manutenção da medida de proteção de abrigo em entidade, prevista no art. 45, inc. V, do Estatuto do Idoso, como forma de resguardar os interesses e direitos da curatelada, permitindo-lhe um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. No Tribunal de Justiça de São Paulo, relativo a aplicação desse direito a planos de saúde, veja-se TJSP, Ap. 0144709-08.2012.8.26.0100, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31/10/2013: “Direito ao envelhecimento (art. 8º). Direito que tem sucedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio do solidarismo”.

³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Pessoa Idosa no Direito de Família. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (org.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*. 1ª ed. São Paulo: Pillares, 2013, p. 259. Veja-se também STEFANO, Isa Gabriela de Almeida; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O idoso e a dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 244.

excessiva ao idoso, em um capítulo tão íntimo à narrativa de sua vida, que é o matrimônio. É fato notório que a idade *per se* não acarreta a incapacidade, nem minora o discernimento para as decisões relevantes da vida civil, devendo incidir princípios constitucionais como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana para a devida filtragem do artigo.³⁵

O STJ se defrontou com questão relativa ao artigo 1.641, II, CC/2002 no que dizia respeito à extensão da norma à união estável.³⁶ Trata-se de decisão que merece críticas porque, além de rechaçar a inconstitucionalidade do dispositivo, reiteradamente confunde senescência (o estágio de desenvolvimento do idoso) com senilidade (a doença também conhecida por demência), o que reforça a associação entre idoso e incapacidade. No voto que trata a respeito da constitucionalidade do inciso, alega-se que, por ser um direito patrimonial, nada obsta a restrição imposta pelo dispositivo em razão de seu caráter protetivo. No entanto, como se afirma acima, não se cuida de um mero direito patrimonial, como obrigações contratuais ou direitos reais, mas de uma norma íntima à regulação do matrimônio e da condução da vida em comum dos cônjuges, e por consequência, abarcada pelo livre desenvolvimento da personalidade, isto é, por um direito de cunho existencial.

O Recurso Especial que brevemente se analisou acima demonstra a necessidade, objeto deste artigo, de se reforçar critérios judiciais para a avaliação da

³⁵ A jurisprudência é dividida a respeito do tema. O TJSP se manifestou recentemente pela inconstitucionalidade ou flexibilidade do art. 1.641, II, CC/2002, quando respeitada a legítima: TJSP, Ap. nº 0399286-78.2009.8.26.0577, Relator Des. Fábio Quadros, j.19/09/2013; e TJSP, Ap. nº 0019222-17.2010.8.26.0482, Relator Des. Paulo Alcides, j. 13/03/2012. O mesmo tribunal, ainda em 2013, apresenta acórdão manifestamente a favor da regra insculpida no referido artigo, o que demonstra a atualidade e controvérsia sobre o tema, em TJSP, AgI. nº 0149935-66.2013.8.26.0000, Relator Des. João Batista Vilhena, j. 06/11/2013.

³⁶ STJ, REsp. n. 1090722 / SP, Relator Min. Massami Uyeda, j. 02/03/2010. Ementa: “RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva (“no que couber”), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cujus*, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário.” O TJRS já apresenta julgados que expressamente seguem a orientação derivada desse acórdão: TJRS, Ap. nº [70043554161](#), Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 04/08/2011; e TJRS, Ap. nº 70050371772, Relator Des. AlzirFelippeShmitz, j. 25/10/2012.

constitucionalidade de normas referentes ao idoso, a exemplo da já reconhecida prevalência de situações existenciais sobre as patrimoniais.

3. Em busca de um parâmetro

Por ora, faz-se mister frisar alguns pontos importantes, já abordados com maior profundidade neste texto, antes de se avançar na análise. Em primeiro lugar, está claro que o idoso é vulnerável, e por isso, precisa receber especial atenção da sociedade e do poder público no tocante à tutela de sua integridade física e psíquica. Contudo, também é igualmente notável a sua condição de sujeito de direitos. Por conseguinte, sua vontade no momento de definir os rumos de sua própria vida é soberana e deve ser respeitada, eis que sua autonomia e sua liberdade gozam de pleno respaldo no ordenamento brasileiro.

Não obstante, a prática social, muitas vezes, ignora o fato de o idoso ser capaz de escrever a sua própria biografia. Infelizmente – e esta é uma marca da civilização ocidental como um todo –, ainda existe intenso preconceito por parte dos demais membros da sociedade. As famílias, assumindo uma posição altamente autoritária, resolvem, em grande parte dos casos, assumir o comando da vida de seus patriarcas e de suas matriarcas, relegando-os ao papel de meros coadjuvantes de suas próprias histórias. Esse cenário deplorável se dá porque, em geral, costuma-se nivelar a regra pela exceção, ou seja, a pessoa em processo de envelhecimento – etapa irremediável da experiência humana – é vista como um ser incapaz de agir, de sentir e de pensar quando, na verdade, a idade mais avançada não implica necessariamente debilidade.

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

Para fins de exame, destaca-se um complexo de situações em que a autonomia do idoso é posta à prova, sobretudo devido à adoção, por parte de familiares, de médicos ou de outras pessoas próximas a ele, de uma postura ofensiva aos seus direitos mais fundamentais. Tais situações envolvem (i) o regime das incapacidades previsto no CC/02 e

(ii) a possibilidade de o idoso escolher o tratamento médico ao qual será submetido. Todas elas precisam ser relidas sob o prisma do livre desenvolvimento da personalidade para que se possa assegurar, de maneira plena e eficaz, o conjunto das múltiplas dimensões que compõem a pessoa idosa.

3.1. O regime das incapacidades no CC/02

No tocante ao regime das incapacidades delineado nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, cabe apontar seu perfil marcadamente patrimonial, visto que sob a inspiração do Código de 1916, objetiva resguardar interesses econômicos e negociais que permeiam a vida de pessoas transitória ou definitivamente vulneráveis.³⁷

Como consequência, deve-se questionar a incidência das regras de incapacidade no que diz respeito a situações existenciais, nas quais predomina a autodeterminação individual na condução de interesses alheios à lógica patrimonial, quais sejam, aqueles íntimos à personalidade, como é a hipótese da já mencionada opção por submissão a tratamento médico, ou ainda, em maior escala, aqueles relacionados aos direitos da personalidade. Nesse sentido, deve o regime das incapacidades ser aplicado de modo exaustivo a essas situações personalíssimas que envolvem o idoso?

Reconhecendo-se a já definida diferença entre as situações patrimoniais e as existenciais, a aplicação exaustiva do regime de incapacidades ocorreria de modo acrítico e violador da dignidade do idoso como ser humano apto a se autodeterminar. Isto é, a eventual incapacidade que venha a ser declarada em relação ao idoso por razão de perda do discernimento—seja absoluta, seja relativa— deve ser fragmentária, permitindo-lhe espaços de vivências e experiências. Em sentido contrário, anular-se-ia a personalidade do idoso deficiente.³⁸

Essa releitura do instituto da incapacidade civil acompanha a concepção de que nem toda deficiência mental enseja a inviabilidade do idoso de compreender os pressupostos e resultados de sua decisão, isto é, não será qualquer enfermidade que afetará o discernimento para se informar e, assim, valorar uma escolha de vida.

³⁷AZEVEDO, Lilibeth de. O idoso e a autonomia privada no campo da saúde. 2012. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 104.

³⁸PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

Dessa maneira, na hipótese de sujeição à curatela prevista no artigo 1.767, I do Código Civil, no que diz respeito à gestão dos bens do interditado enfermo ou deficiente mental, essa será regida como hipótese de absoluta incapacidade em interpretação *a contrario sensu* do artigo 1.772 do Código. Por outro lado, no que concerne às escolhas personalíssimas do curatelado, deverá ser avaliada a interdição caso a caso, conforme o nível de clareza intelectual que o idoso apresente. Quando for possível distinguir momentos de lucidez, essas opções existenciais deverão se sobrepôr à intervenção heterônoma do curador, restringindo a interpretação de “atos da vida civil”, no artigo 1767, I, a atos de conteúdo patrimonial.

Portanto, busca-se apresentar uma resposta que compatibilize a tutela dos interesses patrimoniais do idoso com a ideia de livre desenvolvimento da personalidade.

3.2. A possibilidade de o idoso escolher o tratamento médico ao qual será submetido

Sobre a referida questão do tratamento médico, amplamente debatida em razão do artigo 17, do Estatuto do Idoso, é importante desde já salientar que a saúde,³⁹ direito fundamental de todo e qualquer indivíduo, se realiza não só pela ausência de máculas à sua integridade, mas também pela ação do Estado e da sociedade no sentido de promovê-la no mundo dos fatos. Dessa forma, nota-se que o direito à saúde apresenta uma proeminente faceta prestacional;⁴⁰ é, portanto, dever de todos atuar de modo a tentar concretizá-lo.

Sem dúvida, tal regra também se aplica – e de maneira ainda mais imperiosa, deve-se dizer – à lógica da proteção do idoso. Por causa de sua peculiar condição de vulnerabilidade, acarretada pelo fato de a idade avançada trazer consigo certas restrições, os anciãos carecem de uma preocupação especial quanto ao seu direito à saúde. Isso é consubstanciado tanto no princípio da solidariedade⁴¹ quanto na ideia de dever de cuidado,⁴² os quais, segundo Heloísa Helena Barboza, “viabilizam o envelhecimento ativo, definido

³⁹ Ao definir o que é saúde, a Organização Mundial de Saúde (OMS) salientou que não se trata apenas da ausência de doenças, mas principalmente de um estado de total bem-estar físico, mental e social.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 126-167.

⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 112.

⁴² BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70.

como ‘o processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas’”.⁴³

Nesse sentido, pode-se dizer que a atenção da sociedade e a elaboração de políticas públicas voltadas à tutela da saúde do idoso se justificam não apenas porque se trata de um direito que tem valor por si só, mas principalmente porque este é, em última análise, um pressuposto para o real exercício de todos os outros direitos essenciais do indivíduo, como, por exemplo, a liberdade. Logo, não é exagero afirmar que, assim como o zelo pela saúde dos idosos tem como consequência inexorável a efetivação de uma miríade de importantes garantias, métodos negligentes e desrespeitosos para com a integridade psicofísica dessas pessoas contribuem para a baixa potencialidade de outros direitos individuais imprescindíveis.

Entretanto, é importante salientar que a observância ao dever de cuidado não se confunde com paternalismo. Em definição ampla, paternalismo é a “prática de uma administração paternal ou, do ponto de vista jurídico, (...) a intenção de suprir as necessidades ou de regular a vida de uma nação da mesma forma como um pai faz com sua família”.⁴⁴ Já sob o viés da Medicina, pode ser conceituado como “a representação de um poder sobre o outro justificado no princípio de fazer o bem”,⁴⁵ isto é, traduz uma série de condutas por meio das quais o médico se põe no comando da relação com seus pacientes, seja pelo domínio técnico de determinado conhecimento específico, seja pela própria legitimidade social.⁴⁶ Nesse contexto, o profissional em análise chega inclusive a supor qual é o tratamento mais adequado aos seus pacientes, ignorando, assim, a vontade destes. É, por conseguinte, uma postura coercitiva e autoritária, que contraria pontos basilares do próprio Estado de Direito, tal qual a autodeterminação individual. Em casos mais extremos, os argumentos utilizados para justificar o paternalismo médico fundamentam práticas abjetas, como a ocultação e a manipulação de informações em prol da mera obstinação terapêutica.⁴⁷

⁴³ *Ibidem, idem.*

⁴⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na Lei de Drogas. In: *Revista Liberdades*, n. 2, setembro-dezembro de 2009, p. 14.

⁴⁵ BEIER, Mônica. Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. In: *Revista de Medicina de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 20, n. 2, 2010, pp. 246-247.

⁴⁶ *Ibidem, idem.*

⁴⁷ A obstinação terapêutica é tão nociva ao paciente que o Conselho Federal de Medicina, ao elaborar o Código de Ética Médica, proibiu-a expressamente. De acordo com o parágrafo único do artigo 41 do referido diploma, “[n]os casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis

Em contrapartida ao paternalismo médico, tem-se o chamado consentimento informado – ou, como alguns autores preferem chamar, consentimento livre e esclarecido –, definido como “a aceitação racional de uma intervenção médica ou escolha entre alternativas possíveis para uma determinada situação clínica”.⁴⁸ Não se trata, pois, da mera verticalização da relação médico-paciente, tão própria do paternalismo, mas sim da formação de laços de confiança entre os dois. É certo que, levando em conta a especialização técnica intrínseca à arte da Medicina, existe um desequilíbrio natural entre os sujeitos em questão. Porém, a despeito disso, não se pode negar que há um dever de informação o qual o médico tem a obrigação de cumprir para que a autonomia e a dignidade de seus pacientes sejam respeitadas.

Sob essa perspectiva, o livre desenvolvimento da personalidade incidiria de duas maneiras sobre a interpretação e sobre a aplicação do artigo 17, do Estatuto do Idoso.⁴⁹ De um lado, serviria de barreira à adoção de medidas excessivamente paternalistas, eis que a liberdade do idoso no que tange à escolha do tratamento ao qual será submetido deve ser, via de regra, assegurada pelo ordenamento jurídico. De outro, também poderia ser utilizado como fundamento para o consentimento informado,⁵⁰ uma vez que exige do médico significativo ônus argumentativo no momento de mostrar a seus pacientes o tratamento que se revela ser o mais adequado em face de determinada conjuntura.

Vale ressaltar que, sob o prisma do livre desenvolvimento da personalidade do idoso, o consentimento informado não pode se resumir à assinatura de meros formulários.⁵¹ A rigor, constitui um processo de diálogo e de interação entre médico, família e paciente, o qual leva em consideração, acima de tudo, as particularidades deste último. Em outras palavras, cabe ao médico fornecer ao paciente, de forma compreensível,

sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

⁴⁸ GONZÁLEZ, Miguel Angel Sánchez. Testamentos Vitais e Diretivas Antecipadas. In: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). *A Relação Médico-Paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 132.

⁴⁹ No Brasil, o consentimento livre e esclarecido se encontra positivado no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor; no artigo 56 do Código de Ética Médica; no artigo 10 da lei n. 9.434/97; e no item II.11 da Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde (CSN).

⁵⁰ GONZÁLEZ, Miguel Angel Sánchez. Testamentos Vitais e Diretivas Antecipadas. In: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). *A Relação Médico-Paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 143.

todas as informações necessárias para que este possa manifestar sua vontade. Quanto aos familiares, resta respeitar a decisão tomada pelo idoso.

Alguns autores afirmam que o consentimento informado é uma espécie de paternalismo mitigado. Entretanto, não se pode entender dessa maneira. Na verdade, trata-se de uma concretização do dever de informação inerente ao exercício da função médica. Enquanto o paternalismo, independentemente de classificações teóricas,⁵² centra-se na figura do médico e na autoridade que ele representa aos olhos dos leigos, o consentimento livre e esclarecido valoriza a autonomia e a vontade do próprio paciente. Por isso, pode-se afirmar que o consentimento informado institui uma acertada mitigação ao paternalismo, mas não configura outro tipo de paternalismo, mesmo sob o rótulo de “mitigado”.

O artigo 17, do Estatuto do Idoso, em seu parágrafo único, ainda nos apresenta outro desafio bastante complicado. Como a autonomia do ancião pode ser respeitada quando ele, em circunstâncias excepcionais e por motivos de ordem psicofísica, não puder optar pelo tratamento mais favorável à sua saúde? Nesse caso, as decisões tomadas pelo idoso ao longo de sua vida devem ser acolhidas, ou seja, se o paciente pôde, antes do advento da condição que lhe extirpou a capacidade de fato, manifestar, de alguma forma, sua vontade, esta deve ser acatada por todos, incluindo seu médico e seus familiares.⁵³ Por isso, é preciso, neste momento, fazer referência às chamadas diretivas antecipadas.

Segundo resolução do Conselho Federal de Medicina, as diretivas antecipadas de vontade são “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que

⁵¹Beier (vide nota 45) nos lembra de que “Joel Feinberg define o tipo de paternalismo segundo a capacidade das pessoas de fazerem suas escolhas: paternalismo fraco é aquele que restringe a autonomia em favor da beneficência, em indivíduos com restrição de capacidade temporária ou definitiva (...); e paternalismo forte aquele exercido em indivíduos plenamente capazes”. Tal como Feinberg, outros teóricos já elaboraram suas próprias classificações para distinguir os tipos possíveis de paternalismo. Contudo, julgamos necessário deixar claro que, apesar de serem abstratamente diferentes, todas essas classificações apresentam um traço em comum, qual seja, o valor exacerbado que conferem à vontade do médico e ao poder por ele exercido, em detrimento da decisão do paciente.

⁵² Como está expresso no artigo 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, “[a] vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”. Nesse sentido, veja-se AZEVEDO, Álvaro Villaça. A Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coords.). *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283.

estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.⁵⁴ Por assegurarem ao ancião o papel de personagem principal dentro da relação médico-paciente, podem ser vistas como uma maneira de harmonizar a aplicação do parágrafo único do artigo 17, do Estatuto, ao conceito de livre desenvolvimento do idoso.

Se, no entanto, não houver diretiva antecipada ou qualquer outra evidência capaz de apontar qual seria a vontade do paciente diante de certa situação clínica crítica, resta seguir o razoável entendimento de Rui Nunes: “o médico e equipe de saúde, em estreita colaboração com a família, devem determinar o curso de atuação mais adequado de acordo com o melhor interesse do paciente”.⁵⁵ Ainda, se houver discordância entre a equipe de médicos e os familiares, Nunes apresenta outra solução bastante plausível: “deve tentar-se, até ao limite, uma estratégia consensual. Após envidados todos os esforços, se não for possível a obtenção do consenso, então deve-se recorrer a meios formais de resolução. Designadamente mecanismos intrainstitucionais – tal como o Comitê de Ética – ou extrainstitucionais, como o poder judicial”.⁵⁶ Todas essas – frise-se – são respostas que, à semelhança do subitem anterior, respeitam, em alguma medida, a ideia de livre desenvolvimento da personalidade do idoso, e, portanto, devem ser consideradas.

4. Conclusão: um cidadão emancipado

Em 1988, o Estado e a sociedade brasileiros assumiam o compromisso de cumprir todas as promessas presentes no então recém-elaborado texto constitucional. Naquele período de redemocratização e de quebra de antigos paradigmas, iniciou-se uma procura por novas maneiras de aplicar e de interpretar as normas jurídicas, as quais valorizassem a pessoa humana e o pleno desenvolvimento de sua existência. Inaugurou-se, assim, uma metodologia constitucional preocupada, sobretudo, com a dignidade dos indivíduos e com o respeito a seus direitos fundamentais.

Sob esse viés, vários institutos jurídicos bastante relevantes passaram por um processo de releitura para que pudessem ser adequados às demandas sociais nascentes. Para fins de ilustração, a igualdade deixou de ser vista como a mera inexistência de

⁵³ Trata-se do artigo 1º da resolução CFM n. 1995, de 31 de agosto de 2012.

⁵⁴ NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. In: *Revista Bioética*, vol. 17, n. 1, 2009, p. 34.

⁵⁵ *Ibidem, idem.*

discriminações legais infundadas para se tornar uma verdadeira luta contra os abismos reais que separam os diferentes membros da sociedade. Do mesmo modo, não bastava que a liberdade fosse encarada apenas como a ausência de injustas amarras institucionalizadas às ações individuais; a rigor, essa garantia passou a ser entendida como o que realmente deve ser, isto é, uma tentativa verdadeira de se promover a independência, a autonomia de todas as pessoas.

Seguindo a lógica da constitucionalização do Direito brasileiro mencionada acima, alguns baluartes normativos do direito privado também tiveram de ceder diante do cenário em análise. Isso se deveu ao fato de o Código Civil de 1916, alicerçado sobre princípios tão caros ao ideário liberal, ter se mostrado incapaz de servir adequadamente às ambições da Constituição de 1988, que ganhava um papel de destaque cada vez maior dentro do novo contexto jurídico nacional. Dessa maneira, mostrou-se o Código Civil de 2002 ser uma das pedras de toque deste importante movimento da história do Direito brasileiro, uma vez que representou a formação de um elo entre a seara civilista e os princípios e regras mais essenciais do ordenamento pátrio, contemplados na Carta Maior.

Do ponto de vista material, deslocou-se, pois, o centro do regramento das relações interpessoais. Mais especificamente, o patrimonialismo que caracterizava a letra do Código Civil de 1916 deu lugar a uma maior atenção à pessoa humana e às suas particularidades. Passou-se a exigir dos indivíduos respeito mútuo, sob a ótica da preservação de um projeto de cooperação social, cujos principais expoentes são o próprio texto constitucional e a ideia de solidariedade que, além de ter sido expressamente prevista por este em seu artigo 3º, I, perpassa todo o seu conteúdo.

Atendendo à necessidade de promover concretamente os valores contemplados pela Constituição, detectaram-se, com o tempo, determinados sujeitos que se mostravam merecedores de cuidado especial devido à vulnerabilidade a eles inerente. Um deles é o idoso. Por causa de sua idade avançada, que acaba por trazer consigo uma série de condições e de novos desafios de ordem prática a serem superados, o ancião passa a carecer de maior amparo por parte de seus familiares, da sociedade como um todo e do próprio Estado.

Contudo, tal assistência esbarra em um dilema que clama por uma solução urgente: como se pode aliar a construção de mecanismos eficazes de proteção à pessoa idosa ao devido respeito à sua capacidade de gerir sua própria vida, considerando que, em geral,

os demais membros da sociedade a tomam por incapaz de fazê-lo? Logo, tendo em vista o panorama descrito, o presente artigo objetivou, em primeiro lugar, encontrar um parâmetro capaz de servir ao processo de resolução do questionamento posto. Para tal, levou-se em conta a principiologia civil-constitucional e foram tomadas por objetos de análise algumas questões controversas, como a possibilidade de o idoso escolher o tratamento médico ao qual será submetido.

Ao fim e ao cabo, devido à sua forte ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com um sem número de direitos individuais essenciais, o livre desenvolvimento da personalidade se destacou como potencial meio de tutela da integridade psicofísica do idoso e, simultaneamente, de proteção à sua autonomia. É um conceito ao qual tanto a doutrina quanto o próprio Poder Judiciário vêm atribuindo grande valor, sobretudo no tocante ao direito que todos os indivíduos têm de adotarem condutas no sentido de se autodeterminarem. Como um dos maiores problemas enfrentados pelo idoso nos dias de hoje é a ideia preconceituosa de que ele não é hábil para tomar decisões existenciais e patrimoniais importantes, o livre desenvolvimento da personalidade se revela um mecanismo necessário para a devida valorização da independência e da liberdade desse sujeito de direitos.

Em síntese, tentar lidar com a vulnerabilidade do idoso deve passar ao largo de reputá-lo impossibilitado de desempenhar os diversos atos da vida civil. Em verdade, o ancião está tão suscetível às vicissitudes da experiência humana quanto qualquer outra pessoa, independentemente de idade. Por conseguinte, é tempo de tomá-lo definitivamente por quem ele é: um cidadão emancipado.

Recebido em 15/08/2014

1º parecer em 21/08/2014

2º parecer em 18/10/2014