

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho

AUTOCURATELA PATRIMONIAL:
Mandato permanente para o caso de incapacidade superveniente

Belo Horizonte
2012

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho

AUTOCURATELA PATRIMONIAL:
Mandato permanente para o caso de incapacidade superveniente

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria de Fátima Freire de Sá

Belo Horizonte
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C672a Coelho, Thaís Câmara Maia Fernandes
Autocuratela patrimonial: mandato permanente para o caso de incapacidade
superveniente / Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. Belo Horizonte, 2012.
104f .

Orientador: Maria de Fátima Freire de Sá
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito civil. 2. Curatela. 3. Interdição(Direito civil). 4. Autonomia
privada – Legislação. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.64

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Dissertação intitulada *Autocuratela Patrimonial: Mandato permanente para o caso de incapacidade superveniente*, de autoria da mestranda Thais Câmara Maia Fernandes Coelho, analisada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof(a). Dr(a). Maria de Fátima Freire de Sá – Orientadora

Prof(a). Dr(a) Taísa Maria Macena de Lima – PUC Minas

Prof(a). Dr(a) Ana Carolina Brochado Teixeira – Centro Universitário UNA

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Junior – PUC Minas (suplente)

Dedico esse trabalho a minha querida filha Catarina, que está chegando para encher a minha vida alegria.

Dedico ao Dudu, pela compreensão e principalmente pelo amor verdadeiro e generoso. A você que foi o coautor no apoio constante, nunca me deixando desanimar.

Dedico ainda ao meu pai Washington, minha mãe Marialva, minha irmã Taty e Tia Lina pelo carinho incondicional e pela base familiar que me passam a cada dia, tendo a certeza que posso contar com vocês diante de qualquer dificuldade.

Por fim, dedico a querida Maria de Fátima Freire de Sá, a você que foi a maior incentivadora dessa pesquisa, sendo um privilégio ter sido sua orientanda.

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora Maria de Fátima Freire de Sá, (minha querida Fatinha), suas ideias sempre geniais e discussões brilhantes me fizeram repensar em uma nova proteção patrimonial aos incapazes. Obrigada pela confiança depositada, sendo meu maior exemplo de dedicação na vida acadêmica. Agradeço imensamente a especial orientação a qual me fez muito refletir.

A minha amiga Ana Carolina Brochado Teixeira (e Bia), que para mim é o maior exemplo de generosidade acadêmica, agradeço pelas ideias e colocações sensatas que me abriram um grande caminho nesta pesquisa. É muito bom compartilhar com você mais essa fase na minha vida, obrigada pelo carinho no momento decisivo desse trabalho.

À Maria Goreth Macedo Valadares (minha fraterna amiga Go), que me colocava sempre para frente cobrando diariamente a conclusão desta pesquisa, não me deixando desanimar nunca. Grande parte desta dissertação deve-se a sua exigência diária. Você que é a minha amiga irmã de alma e de coração. Não é apenas a minha companheira no escritório, é sócia na amizade e sócia na vida.

A toda família do Dudu pelo afeto constante, que também é a minha *família extensa*, ou melhor, é a minha *família adotiva e afetiva*, que me acolhe sempre amorosamente, em especial ao meu querido sogro Dr. Newton o meu grande incentivador nas minhas pesquisas e conquistas.

À Raquel Vieira que me auxilia na construção da minha vida através da busca da minha verdadeira autonomia com o meu autoconhecimento. Anjo que Deus colocou no meu caminho, auxiliando-me para que eu possa fazer escolhas da minha vida com mais sabedoria e cautela. A você só tenho a agradecer os conselhos preciosos.

As minhas amigas de infância que com certeza serão na velhice também, minhas madrinhas Ciça Jeha, Kenya Diniz, Va Guedes e Lu Lima, pelas ausências e chá de sumiço para a elaboração desta dissertação. À Fabiane agradeço o grande apoio e amizade no escritório, considerando as ausências para finalização desta dissertação. Agora voltarei com tudo. Me aguarde!

Aos meus queridos amigos-professores do Promove e do UNI BH, pelo convívio alegre. Ao Uni BH agradeço pelo apoio na pesquisa através da bolsa de estudo a mim concedida para conclusão deste Mestrado.

Aos meus alunos do Promove e UNI BH, que me impulsionam, a cada dia, por um novo aprendizado, aprender para lhes ensinar, esse esforço valeu também por vocês, agradeço em especial ao aluno Carlos Magnu que refletiu comigo sobre esse tema no Projeto de Iniciação Científica do Promove.

Não poderia deixar de agradecer ao meu amado Dudu, pelas ausências constantes, sendo a pessoa que teve a maior compreensão e carinho nessa etapa, mesmo nos momentos difíceis você nunca me deixava desanimar acreditando no meu trabalho. Agora prometo recompensar as saídas e nunca privar o nosso relacionamento de mais nada. Agradeço ainda aos meus pais e a Taty também por tantas recomendações e preocupações, às vezes, não aceitando as abdições que fiz para concluir a dissertação. Veja agora como valeu a pena!

E, por último, mas sendo o mais importante agradecimento. Obrigada meu Deus pela força e inspiração, sem o Senhor ao meu lado eu não conseguiria chegar até aqui.

O exercício da autodeterminação constitui, ao mesmo tempo, grandeza e dor, crescimento e pena, morte e ressurreição do ser humano. Quem, pois se recusa a liberdade não padece a angústia de decidir. Ao preço, porém, de não crescer. (VILLELA, 1982, p. 55).

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar um novo instrumento jurídico de proteção patrimonial futura para o incapaz. O mandato permanente é um contrato preventivo que tem a sua eficácia condicional a eventual incapacidade do mandante. Após uma análise crítica no atual instituto da curatela, foi realizada uma releitura no contrato de mandato, a fim de que o mandato permanente tenha validade e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Mas para isso, foi preciso fazer uma aplicação análoga ao testamento para que os efeitos quanto à eficácia futura do mandato permanente fossem satisfeitos. Tal instrumento mostra-se em consonância com as normas constitucionais, respeitando assim a dignidade da pessoa humana e a autonomia na escolha antecipada das suas questões patrimoniais, devendo tal modalidade de autotutela ser aplicada uma vez que privilegia a autodeterminação do sujeito nas escolhas que pretende fazer na sua vida.

Palavras-Chaves: Autotutela – incapacidade – mandato permanente – autonomia privada – curatela – autodeterminação.

ABSTRACT

This paper focuses on analyzing a new legal device for the future asset protection of individuals with disabilities. The mandate without limitation of time is a contract that has preventive efficacy based on any potential disability of the principal. After a critical analysis of the current institute of guardianship, a remake was made in the contract of mandate, so that the mandate without limitation of time has validity and effectiveness for the Brazilian legal system. But for this, it was necessary to make an application that is similar to the concept of wills, so that the effects on the future effectiveness of the mandate without limitation of time are satisfied. This legal device is shown in accordance with constitutional rules, thus respecting the principles of human dignity and the autonomy of choosing in advance issues of asset protection. This form of self guardianship should be applied as it focuses on self-determination of the individual for the choices to be made in life.

Keywords : self guardianship - disability - mandate without limitation of time - private autonomy - guardianship - self determination

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	19
2. INSTITUTO DA CURATELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO... 22	22
2.1 Atual interpretação do instituto da curatela no ordenamento jurídico brasileiro 24	24
2.1.1 <i>Art.1.780: Da curatela-mandato ou administrativa</i> 29	29
2.2 A nomeação do curador instituído pelo juiz e seus limites no exercício da curatela. 31	31
2.3 Os procedimentos a serem seguidos no processo de curatela de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro 36	36
2.4 A transparência na gerência do patrimônio do interdito por meio da prestação de contas 40	40
3 EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL COM EFICÁCIA FUTURA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO..... 43	43
3.1 A regulamentação prevista no ordenamento jurídico brasileiro para a eficácia e validade futura da autonomia patrimonial..... 49	49
3.2 A autocuratela patrimonial: uma nova realidade de autoproteção antecipada do patrimônio do interdito de acordo com a vontade 56	56
4 O MANDATO PERMANENTE COMO ALTERNATIVA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO FUTURA DO PATRIMÔNIO DO INCAPAZ..... 60	60
4.1 Mandato x mandato permanente 61	61
4.2 Mandato permanente no direito estrangeiro 64	64
4.3 Requisitos configuradores do mandato permanente..... 69	69
4.3.1 <i>Capacidade para constituir mandatário</i> 69	69
4.3.2 <i>Capacidade para ser mandatário</i> 70	70
4.3.3 <i>Aspectos formais do mandato permanente</i> 71	71
4.3.4 <i>Características do mandato permanente</i> 73	73
4.3.5 <i>Mandato em conjunto, solidário, sucessivo e fracionário</i> 75	75
4.4 Direitos e deveres do mandatário no mandato permanente 75	75
4.5 Direitos e deveres do mandante para o mandato permanente 76	76
4.6 Hipóteses de extinção e revogação do mandato permanente..... 77	77
4.7 Ação de prestação de contas 79	79
4.8 Como coexistir a curatela e o mandato permanente 81	81
4.9 A caducidade do mandato pela incapacidade do mandante e a solução encontrada no ordenamento jurídico para a eficácia do mandato permanente 84	84
4.10 Proposta de regulamentação legislativa para administração e proteção patrimonial de pessoas que possam ter uma incapacidade superveniente..... 89	89
5 CONCLUSÃO 90	90
REFERÊNCIAS 92	92
APÊNDICE A - PROPOSTA DE PROJETO DE LEI FEDERAL PARA INSTITUIR O MANDATO PERMANENTE NO BRASIL 99	99

1 INTRODUÇÃO

Considerando as mudanças demográficas com o avanço da proporção populacional de idosos¹ no Brasil e o conseqüente crescimento de doenças degenerativas, tem-se colocado uma situação peculiar para o Direito no campo das incapacidades. Com a evolução da medicina, tem ocorrido um aumento da expectativa de vida, mas que muitas vezes é acompanhado por doenças que podem causar a perda ou diminuição da capacidade de fato. Nesse sentido, percebe-se uma maior preocupação das pessoas em planejar o futuro, tentando se proteger patrimonialmente em relação aos acontecimentos vindouros quando estariam impossibilitados de gerenciar a sua vida.

Atualmente, a atenção da doutrina no campo da curatela é mais dedicada aos cuidados com a saúde e questões médicas, no sentido de resguardar a autonomia para consentir na relação médico paciente. Não há dúvidas que as questões pessoais são muito importantes para o indivíduo, todavia as questões patrimoniais também o são, e será nesse enfoque que se desenvolverá o trabalho. A questão patrimonial do incapaz será analisada de uma forma diferenciada da tratada anteriormente no Código Civil de 1916 e a que é apresentada atualmente na nossa legislação.

A presente dissertação tem como objetivo analisar um novo instrumento jurídico de proteção patrimonial futura para o incapaz, diferente do instituto tradicional da curatela,² já previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica estrangeira, uma vez que em outros países está positivado o instituto do mandato permanente, que se consubstancia em instrumento para tratar das questões patrimoniais. Verificaremos a possibilidade de esse instituto ser válido e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro.

O mandato permanente que ora se apresenta seria um contrato realizado, no qual o mandante dispõe acerca de seus interesses patrimoniais a serem cumpridos pelo mandatário no caso de uma futura eventual incapacidade. O contrato de mandato permanente sugerido será regido com direitos e obrigações para ambas as partes. Dessa forma, o incapaz quando da efetividade do contrato teria maior proteção jurídica no que concerne aos seus interesses já pré-determinados.

¹ “Em 2050, 30% da população brasileira terá mais de 60 anos – hoje eles somam apenas 5,8%. Diante dessa estatística, o Brasil começa a entrar no padrão europeu e americano no que diz respeito à terceira idade: oferece opções de lazer e consumo compatíveis e de alta qualidade, (re) abre portas – e cria novas possibilidades – no mercado de trabalho e acena com simpatia para as relações que se formam depois dos netos nascidos.” (REVISTA ISTOÉ. Editora Três, n. 2.168, ano 35, p. 82, 1º jun. 2011).

² O instituto da curatela consiste em um munus publico pelo qual o Estado fiscaliza o encargo conferido ao curador nomeado pelo Juiz para gerenciar as questões pessoais e patrimoniais da pessoa que está impossibilitada de cuidar de si e de seus interesses.

A administração do patrimônio do incapaz deve se avaliada através do viés da sua autodeterminação, ou seja, o indivíduo escolhe antecipadamente antes de uma eventual incapacidade a forma e quem irá administrar o seu patrimônio de acordo com as suas escolhas pessoais. De tal modo, é necessário fazer uma releitura crítica sobre a forma em que é interpretado atualmente o instituto da curatela para se chegar ao mandato permanente, que é uma espécie da autocuratela.

É através da autodeterminação que os indivíduos possuem que se daria a possibilidade de administração dos interesses patrimoniais, orientado sobre as suas escolhas de vida para serem projetadas no futuro. Dessa forma, é por meio da promoção da autonomia privada que se pretende modular esse novo instituto, considerando que o Direito tem mudado a sua perspectiva, privilegiando a autonomia do sujeito, na busca da efetividade das escolhas que deve fazer para a sua vida.

Sendo assim, para se chegar ao mandato permanente que ora se propõe, será feito uma releitura no contrato de mandato, a fim de que o contrato permanente tenha validade no ordenamento jurídico brasileiro e cumpra a sua função. Todavia o mandato, previsto no Código Civil, determina que o contrato cesse com a interdição do mandante³, mas o mandato permanente que ora se apresenta somente produzirá seus efeitos com a incapacidade do mandante. Diante disso, além de ser preciso a busca de uma releitura funcional do contrato de mandato, foi necessário fazer uma aplicação análoga ao testamento, que também é negócio jurídico com eficácia futura, para que os efeitos jurídicos sejam satisfeitos nesse instrumento, de forma a atender aos interesses do incapaz.

Para melhor apresentação das ideias, essa dissertação foi dividida em três capítulos.

O Capítulo um “O Instituto da curatela no ordenamento jurídico brasileiro”, destina-se a apresentar a curatela no atual código civil, realizando um estudo crítico do instituto, demonstrando que este modelo não atende de forma satisfatória às necessidades do indivíduo uma vez que não privilegia sua autonomia antes ou depois da sua incapacidade. Assim a escolha do curador no processo de interdição não é determinada pelo incapaz antes da sua incapacidade e sim pelo Juiz. Do mesmo modo, o patrimônio do interdito será administrado de acordo com a forma prevista legalmente e não da maneira como o incapaz gostaria que fosse. Os procedimentos do processo de interdição e a ação de prestação de contas também serão analisados sob o viés da autonomia privada do indivíduo, no qual na medida do possível deverá ser sempre aplicada.

No capítulo dois, será pesquisado “O exercício da autonomia patrimonial com eficácia futura no ordenamento brasileiro”, mas a autonomia não será analisada sobre um enfoque na conservação máxima possível da capacidade, ou seja, incapacitando o mínimo o indivíduo, mas através da valorização de declarações antecipadas de vontade que no presente trabalho

³ Art.682. CC/2002. Cessa o mandato:
II – pela morte ou interdição de uma das partes;

será através do mandato permanente no âmbito patrimonial, que iniciará a eficácia em situações de incapacidade. Essas manifestações terão o caráter protetor, nas quais a escolha de um mandatário antes da incapacidade é manifestada como forma preventiva na administração dos bens do incapaz da forma como bem escolher. Assim será apresentado o mandato permanente, analisando de forma análoga ao testamento para que possa produzir os efeitos pretendidos. O testamento produz seus efeitos *post mortem* e o mandato permanente também possui eficácia futura, mas com a incapacidade do mandante.

No capítulo três, será analisado “O mandato permanente como alternativa jurídica de proteção do incapaz no âmbito patrimonial futuro“. Dessa forma se fará uma releitura no contrato de mandato previsto no ordenamento jurídico brasileiro para adequar ao mandato permanente que é o objeto do estudo. Nesse tópico, serão analisados os requisitos objetivos e subjetivos do mandato permanente como a vontade das partes, as circunstâncias negociais, a forma, o objeto, os requisitos legais para que seja válido e eficaz esse novo instrumento protetor no ordenamento jurídico brasileiro.

Enfim, o que se propõe nessa dissertação é uma análise do mandato permanente para aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, para que as escolhas da pessoa antes de uma eventual incapacidade sejam respeitadas pelo judiciário garantindo assim a tutela da sua personalidade.

1. INSTITUTO DA CURATELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*“Enquanto você se esforça para ser um sujeito normal e fazer tudo igual;
Eu do meu lado aprendendo a ser louco, maluco total, na loucura real,
Controlando a minha maluquez, misturada com a minha lucidez, vou ficar, ficar,
com certeza maluco beleza...”
(Raul Seixas, Maluco Beleza)*

A humanidade passou por várias mudanças desde a antiguidade, principalmente no tratamento dado aos interditos. Os incapazes, desde a Idade Média, sempre foram excluídos da sociedade pelas pessoas “capazes” (indivíduos ditos normais ou racionais). E assim foi com os leprosos, que eram literalmente jogados e isolados em leprosários sem nenhuma especialização e recuperação para a doença, fazendo-os desaparecer aos olhos da sociedade.

Com a diminuição da lepra, esta foi substituída pelo novo fenômeno de exclusão que seria a loucura. “De fato, a verdadeira herança da lepra não é aí que deve ser buscada, mas sim num fenômeno bastante complexo, do qual a medicina demorará em se apropriar. Esse fenômeno é a loucura.” (FOUCAULT, 2005, p. 8)⁴.

Na Idade Média, os loucos eram enviados para bem longe das cidades em navios, pois a sua presença causava incômodo para a sociedade.⁵ Com o fim da Idade Média, a forma de discriminação se modificou, pois os loucos passaram a serem recolhidos em casas de internamento.

Todavia, a internação, medida distinta do banimento explícito, era avivada pelo mesmo ânimo de se ver livre daqueles seres heterogêneos e pouco virtuosos. O internamento, como medida de saneamento e de polícia, encerrava a obscura finalidade do grupo social de eliminar os elementos julgados como ‘a-sociais’, neutralizando indistintamente todos aqueles que atualmente seriam encaminhados a prisões, hospitais, entidades assistenciais, casas de correção ou consultórios de psicanalistas. (RODRIGUES, 2007, p.16-17)

A crescente criação de manicômios e hospitais psiquiátricos foi uma forma de excluir essas pessoas do convívio com a sociedade, que passaram a viver de forma isolada do mundo externo. Dessa maneira, mantinham o controle das questões patrimoniais dos interditos, que

⁴ “Seja na imagem do leproso, seja do doente venéreo, ou do louco, há sempre um contexto ‘filantrópico’ de recolher o diferente em uma instituição mantida pela cristandade com o propósito de oferecer-lhe uma forma de comunhão, ainda que esta decorra da segregação e da exclusão do grupo social.” (SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 54)

⁵ “As cidades escorraçavam-nos de seus muros. Deixava-se que corresse pelos campos distantes, quando não eram confiados a grupos de mercadores e peregrinos”. (FOUCAULT, 2005, p. 9).

não tinham nenhuma autonomia nas decisões da sua vida⁶.

Assim, desde o Direito Romano, o objetivo que baseou o instituto da curatela no ordenamento jurídico brasileiro foi primordialmente o de caráter patrimonial, com normas inflexíveis, no qual o empenho em preservar o patrimônio do interdito tinha puramente o interesse financeiro. O curador, normalmente, era herdeiro do incapaz e pretendia que o mesmo não dilapidasse o patrimônio, resguardando, assim, suas futuras riquezas.

Dessa forma, a preocupação no sistema jurídico de então não era necessariamente com a pessoa do interdito e, sim, com a segurança das relações jurídicas patrimoniais para proteção de negócios jurídicos com terceiros. Assim, o legislador buscou uma excessiva regulamentação com a proteção do patrimônio, em detrimento dos aspectos existenciais da pessoa que deveria ser tutelada⁷.

Considerando a evolução médica, social e jurídica⁸, o tratamento dado aos incapazes modificou muito.⁹ A preocupação que antes era da sua exclusão do meio social e principalmente da sua família, foi alterada¹⁰. Atualmente, o que se pretende é a busca da

⁶ “A clausura na qual os loucos foram colocados representou a segregação de selvagens em jaulas, sendo eles submetidos a tratamentos desumanos e degradantes, já que nenhum reconhecimento lhes era possibilitado em torno da sua humanidade ou sequer da sua autonomia.” (SÁ; MOUREIRA, 2011, p.54)

⁷ “É verdade que as obrigações do curador são de duas ordens: aduzem ao patrimônio e à pessoa do incapaz, mas são escassos os artigos que se dedicam a estes últimos deveres. Basta correr os olhos pelas disposições do Código Civil para perceber que a maioria dos artigos voltada à regulamentação das obrigações do curador se resume à administração do patrimônio do incapaz e à prestação de contas dessa administração perante o juízo competente. O rigor acerca da fiscalização e controle do patrimônio do incapaz soa um disparate diante das normas que objetivam direcionar o exercício da curatela ao que concerne à pessoa do interdito.” (RODRIGUES, 2007, p.125-126)

⁸ Foi após o processo de constitucionalização que o Direito Privado passou a valorizar a figura da pessoa humana, antes o patrimônio sempre esteve em primeiro plano em detrimento dos aspectos existenciais. Devemos entender por constitucionalização do Direito Privado “que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam elas de direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.” (FIUZA, 2006, p.119)

⁹ De acordo com Código Civil de 1916. Art.5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Art.6º São incapazes, relativamente a certos atos (art.147, n.1), ou à maneira de os exercer. I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156). II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III. Os pródigos. IV. Os silvícolas. Parágrafo único: Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

¹⁰ “À luz do CC/1916, a incapacidade absoluta decorria, em primeiro lugar, da idade. Diversamente do Direito anterior, influenciado pelo Direito Romano e pelo Direito Canônico, baseados na puberdade, atribuída à mulher, aos 12 anos, e ao homem, aos 14 anos, jovens pertencentes aos dois sexos foram equiparados sob a expressão “menores”. (...) A incapacidade absoluta ocorria nos casos de loucura, sendo certo que a expressão utilizada pelo legislador de 1916 era criticada pela doutrina, haja vista a existência de inúmeros casos que não podiam ser considerados como loucura, assim como também dos que, não obstante padecessem de loucura, o

autonomia do incapaz na medida do possível e sua inclusão na família e na sociedade, para que ele possa buscar o seu reconhecimento no meio social. Uma vez que de acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira

Somos seres em constante processo de construção de si, de autodeterminação e de busca por reconhecimento. Estamos sempre em movimento na busca pela determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. É na interlocução e na interdependência com o outro que nos reconhecemos e buscamos reconhecimento. (SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 40)

O aumento da inquietação da sociedade a respeito da proteção da dignidade da pessoa humana trouxe novas reflexões acerca da importância do respeito à autonomia da vontade dos incapazes. A tendência é pela proteção das relações existenciais do curatelado, sem também descuidar da preservação dos seus interesses patrimoniais, respeitando assim o direito de autodeterminação antes ou depois da sua incapacidade.

Nesse sentido, embora a questão patrimonial continue tendo muita relevância, a ideia atual é conferir maior liberdade à pessoa em todos os seus aspectos, respeitando as suas escolhas de vida, com vistas a não suprimir a autonomia privada nos atos em que pode realizar por si mesmo e respeitando as suas escolhas feitas antecipadamente antes da sua incapacidade¹¹.

1.1 Atual interpretação do instituto da curatela no ordenamento jurídico brasileiro

A curatela é um instituto jurídico de grande importância no âmbito do Direito Privado,

todo ou em parte, era capazes para a vida civil. As situações de loucura eram, então, tidas como aquelas em que existia insanidade mental permanente ou duradoura. O CC/1916 não considerou os intervalos lúcidos, que, pelo direito anterior (Ordenações, Livro 4, artigo 103, parágrafo 3º), determinavam a restauração da capacidade. O Direito Romano dispunha de maneira idêntica à das Ordenações. Os estados transitórios de insanidade mental não acarretavam incapacidade, apenas viciavam os atos praticados durante sua vigência.” (ABREU,2009a,p.96-97)

¹¹ “O instituto da curatela não pode continuar a servir exclusivamente a interesses de ordem patrimonial, sem o cuidado necessário com a pessoa do curatelado. Assim, em referência, no artigo 1.772 do CC/2002, aos limites da curatela e à possibilidade de ficarem circunscritos às restrições do artigo 1.782, vale consignar o acolhimento do entendimento de que o artigo 1.772 não trouxe imposição, mas apenas sugestão para os casos em que concretamente se verificar que a tutela necessária deva ser restrita à administração de questões de ordem patrimonial. A curatela exige interpretação compatível com os valores de que é portadora a pessoa humana na Constituição, como forma de assegurar que as exigências particulares de cada um sejam efetivamente respeitadas.” (ABREU, 2009a, p. 227)

consistindo em um *munus* público, pelo qual o Estado fiscaliza o encargo conferido a uma pessoa para gerenciar questões pessoais e patrimoniais de outra, que esteja impossibilitada de cuidar de si e de seus interesses. A curatela modifica o estado da pessoa, pois, de capaz, ela se torna incapaz, necessitando da nomeação de um curador¹² para representá-la ou assisti-la no exercício dos seus direitos.

O atual Código Civil, no art.1.767, prevê que estão sujeitos à curatela:¹³ I. Aqueles que, por enfermidade mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;¹⁴ II. Aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;¹⁵ III. Os deficientes mentais;¹⁶ os ébrios habituais¹⁷ e os viciados em tóxicos;¹⁸ IV. Os excepcionais sem completo desenvolvimento mental¹⁹ e os pródigios.²⁰

O ordenamento jurídico brasileiro, porém, prevê que a curatela será personalizada

¹² “Do latim *curator*, de *curare*, cuidar, cujo sentido etimológico indica a pessoa que cuida, cura ou trata de pessoa estranha e de seus negócios”. (ABREU, 2009a, p. 5)

¹³ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “incidem na curatela todos aqueles que, por motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão em condições de dirigir sua pessoa ou administrar os seus bens, posto que maiores de idade” (2005, p. 479).

¹⁴ “Essa expressão consiste na preconceituosa denominação largamente criticada do Código Civil de 1916, loucos de todos os gêneros. A Organização Mundial de Saúde utiliza o termo transtorno mental, englobando assim todos os casos de doença mental (enfermidade mental, em que incluiriam as dependências químicas), retardo mental (deficiência mental e excepcionalidade) e ainda os transtornos de personalidade.” (ABREU, 2009a)

¹⁵ Nas palavras de Arnaldo Rizzardo: “Outras existem, como uma doença grave que torna a pessoa completamente imóvel, ou que leva à falta de controle dos movimentos, ou que impossibilita qualquer comunicação. Assim, na isquemia e no derrame cerebral, na doença degenerativa do sistema nervoso, em que se mantém certa integralidade da razão, mas não conseguindo o indivíduo captar aquilo que os outros lhe transmitem, e nem logra expressar o que vai na sua mente. A falta de comunicação da vontade por sinais ou expressões que o corpo humano dispõe para tanto denomina-se afasia, que é justamente a doença daqueles que perdem os sinais que usa o homem civilizado para a troca de ideias com os seus semelhantes. Há a incapacidade de compreensão ou comunicação do pensamento por meio de palavras articuladas, da escrita, audição, permanecendo íntegros os aparelhos de fonação, visão, audição, e mesmo a inteligência, em certo grau. A incapacidade revela-se, outrossim, nos estados mórbidos da pessoa, em que a natureza da doença, sua intensidade, duração, deficiência de nutrição e abatimento do enfermo influem na liberdade interior”. (RIZZARDO, 2011, p. 899).

¹⁶ De acordo com Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues, “Deficiência mental é designação utilizada somente para as hipóteses nas quais seja a anomalia proveniente de causa orgânica. Doença mental, por sua vez, reserva-se, contemporaneamente, aos casos em que se identifique um distúrbio de compreensão da realidade, um comprometimento de personalidade do sujeito, não derivado de razão fisiológica.” (2010, p. 534)

¹⁷ São as vítimas do alcoolismo, que possuem dependência física e psíquica, não controlando o impulso que os leva a ingerir, estando a maior parte do tempo sob o efeito da bebida.

¹⁸ Pessoa que ingere, ou aplica, ou aspira substâncias tóxicas sendo totalmente dependentes do consumo, afetando sua mente, chegando em um estado patológico crítico.

¹⁹ “Os excepcionais são aqueles indivíduos que nasceram com anormalidades físicas e mentais, sendo relevante, para o caso, o retardamento mental. Trata-se de pessoas portadoras de problemas neuropsíquicos, as quais se revelam tanto no aspecto físico como no psíquico e sensorial, destacando-se o déficit mental, e sendo facilmente perceptíveis no porte físico do doente. Não raramente, constatam-se deformações que dão aparência mongolóide ao indivíduo, o que é próprio do portador da síndrome de Down, decorrendo a anomalia de defeito no cromossomo 21.” (RIZZARDO, 2011, p. 902).

²⁰ Pessoa que gasta imoderadamente, esbanjando todo o seu patrimônio ao ponto de chegar à total miséria, comprometendo o seu sustento.

somente nos casos previstos nos incisos III e IV, ou seja, para os relativamente incapazes, excluindo assim a relativização das hipóteses previstas nos incisos I e II do ordenamento jurídico brasileiro, para os absolutamente incapazes, no qual somente se aplicaria a interdição total. Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2011a) promovem uma releitura do instituto da curatela com a proposta de pensar em novas possibilidades hermenêuticas que não estabeleçam relações de prioridade e hierarquia, trazendo soluções que observem os contextos e contornos de um caso específico, para que a sentença judicial possa declarar os limites da curatela com base na situação real do interdito.

Perlingieri (2007) entende que se deve privilegiar, sempre que for possível, as escolhas de vida que o incapaz é capaz de fazer, ou em relação às quais manifesta notável habilidade. A interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Assim, havendo faculdades intelectivas e afetivas, essas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da sua personalidade, de modo a preservar seus espaços de autonomia.

Faz-se necessária, nesse sentido, uma flexibilização do instituto da curatela clássica, propondo uma interpretação de acordo com a Constituição Federal, tendo em vista que o atual regime tradicional das incapacidades, previsto no Código Civil não privilegia a autonomia da vontade da pessoa humana. Percebe-se que a exagerada regulamentação legislativa no âmbito privado acabou por trazer resultados nefastos ao instituto da curatela, uma vez que ocasiona o cerceamento da autonomia e das liberdades individuais do interdito.

A capacidade deve ser avaliada detalhadamente de acordo com a situação exposta naquele momento, a fim de ser analisado se seria o caso de se aplicar a interdição parcial, afastando, assim, a interdição total, que é realizada de forma mecânica no Judiciário²¹, para declarar a incapacidade de forma mais realista. Por isso sugerimos que o art. 1.772 do CC/2002 deve ser aplicado como cláusula geral, cabendo aos juízes personalizar cada sentença de interdição analisando as peculiaridades do caso, em face do conjunto probatório, para verificar se realmente seria a hipótese de interdição e dos seus limites²²

O exercício da autonomia privada deve ser analisado como forma de busca da

²¹ O utilitarismo que normalmente é utilizado como argumento para o bem comum e do bem estar social, gera a uniformização das pessoas, passando, pois a exigir delas um comportamento semelhante, retirando as suas particularidades, fato esse que contribui para a redução da esfera de ação delas.

²² “Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro não preveja a situação da incapacidade intervalada por períodos de lucidez, talvez pela dificuldade de aferição da sua concretização, tal ideia pode ser a base para a releitura da teoria das incapacidades, que não mais deve ser interpretada de modo generalizado. Isto porque, hodiernamente, é de todo precipitado dizer ser uma pessoa absolutamente incapaz para a prática de todos os atos da vida civil, haja vista que tal declaração trata-se de uma exclusão, apriorística, plena e efetiva da pessoa do mundo jurídico, ainda que protegida por outrem.” (SÁ; MOUREIRA, 2011a, p.134)

liberdade individual de cada um e, portanto, deve ser sempre respeitado.²³ Em cada caso de incapacidade, seja a curatela total ou parcial,²⁴ há sempre resguardar a autonomia do incapaz, pois quanto mais autonomia possui o curatelado, menos interferência terá o curador em suas atribuições. Os limites da autonomia do incapaz deverão ser determinados de acordo com cada caso em concreto, por meio de laudos médicos que demonstrem de forma detalhada as restrições da capacidade civil do curatelado. Nesse sentido,

Somente através da pesquisa cuidadosa e do respeito às parcelas de discernimento do interdito, levando em conta as origens e a extensão de sua incapacidade, é possível dar tratamento digno àqueles que não possuem perfeita apreensão crítica para a prática de todos os atos da vida civil e que, portanto, merecem proteção, ao invés do desaparecimento dentro das letras frias de um instituto que, se não aplicado conforme as circunstâncias particulares do caso, transforma-se em uma armadilha institucionalizada pelo ordenamento jurídico. (RODRIGUES, 2007, p.171-172).

Seguindo essa ideia, deve-se averiguar as potencialidades do curatelado, preservando, sempre que possível, sua autonomia, pois “o exercício hermenêutico para a efetiva garantia de iguais liberdades fundamentais verifica-se de modo pleno com as possibilidades de limitar os efeitos da curatela também para os casos de incapacidade absoluta” (SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 138).²⁵ Nesse sentido, Célia Barbosa Abreu flexibiliza e personaliza o instituto da curatela:

Objetivando possibilitar uma tutela mais ampla a todos os portadores de transtorno mental que mantenham parcela de suas faculdades intelectivas e afetivas, sugere-se interpretar o artigo 1.772 do CC/2002 como cláusula geral, a fim de que seja permitido ao aplicador do Direito contemplar de modo adequado todas as variantes de transtorno mental com interdições parciais, e até mesmo temporárias, a fim de que essas pessoas possam efetivamente gozar de tutela adequada a cada caso concreto. Os portadores de transtornos mentais são seres humanos e cidadãos, de maneira que não podem ser discriminados a partir do critério do discernimento. A pessoa humana é um valor unitário e fundamental da ordem jurídica: logo, será

²³ “É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito.” (PERLINGIERI, 2007, p. 164)

²⁴ Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior entendem que “a curatela será total caso a decisão judicial não tenha deixado ao adulto qualquer parcela de autonomia de ação, fazendo-se imprescindível que o curador tudo o faça por ele, em nome dele. É a hipótese que o interditado ter sido definido por absolutamente incapaz, dado ao comprometimento generalizado do seu discernimento. Já a curatela parcial será a curatela em duas situações: (i) quando exigir do curador a realização pelo curatelado - representação – apenas de alguns atos jurídicos, havendo outros para os quais a independência do maior for mantida; (ii) ou quando impuser ao curador o mero acompanhamento do curatelado – assistência – na consecução de todos os atos jurídicos.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 536)

²⁵ Sobre o tema: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

dessa forma que o interditando deverá ser avaliado quando requerida sua interdição. O contrário importaria também em negar a consagração de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana efetivada pela CRFB/1988, que a reconhece como valor máximo do ordenamento. (ABREU, 2009, p. 230).

Deve-se analisar, contudo, de forma criteriosa, as pessoas sujeitas à interdição, pois não é meramente por estar em idade mais avançada que a pessoa não poderá administrar seu patrimônio. “O ser humano, ao chegar à velhice, não pode sofrer nenhuma discriminação ou limitação exclusivamente pela idade.” (VALADARES; CAMPOS, 2007, p. 124). Se presente a sua capacidade intelectual e motora, fundamental é preservar a sua autonomia sem nenhuma interferência pessoal ou patrimonial. Nesse sentido, Pietro Perlingieri argumenta que

(...) somente quando as faculdades intelectivas forem gravemente comprometidas poderá, realmente, justificar-se a introdução de limites ao direito do idoso de concluir negócios; ainda mais que se considera necessária uma verificação direta, e não presumida, dessas eventuais incapacidades. (...) Assim como a pouca idade não é sinônimo de ausência de doença, de regra a idade senil não é sinônimo de doença e, portanto, de *handicap*. Este, se presente, introduz problemas bem mais graves, os quais, todavia, prescindem da idade. (PERLINGIERI 2007, p.167-169)

O rol das incapacidades previstas no Código Civil é taxativo,²⁶ e não exemplificativo. “A capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção. Por isso, e por se tratar de uma restrição à autonomia privada, ela não se presume; deve estar expressamente decorrente na lei”. (TEIXEIRA, 2009, p. 66).²⁷ Todavia esclarecem Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

(...) Entende-se que a incapacidade somente deve ser judicialmente apreendida diante de uma situação real em que o adulto, efetivamente, não apresente condições adequadas de autodeterminação. O que se advoga é que, perante tal contexto, para fins de instituição de curatela, a razão deste comprometimento mental não necessariamente precisa corresponder a uma das hipóteses legais. O que importa é que seja uma causa de caráter permanente e que gere a redução do discernimento jurídico, de forma a recomendar o acompanhamento do maior por outrem. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 533)

Existem várias categorias de transtornos mentais que se verificam em situações

²⁶ Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, “as hipóteses de incapacidade contempladas em lei devem ser encaradas taxativamente (*numerus clausus*), não podendo elaterar para alcançar casos não previstos expressamente.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 890).

²⁷ De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal. “É preciso sublinhar, ademais, que a decisão judicial de interdição atinge, frontalmente, alguns valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa, como a liberdade e a intimidade. É por isso que afirmamos não ser possível considerar a interdição a pura e simples existência da patologia mental. É necessário atentar que a medida judicial atinge os direitos e as garantias fundamentais e, por via oblíqua, o exercício da cidadania do interditado. Daí a compreensão de que toda e qualquer interdição tem de estar fundada na proteção da dignidade do próprio interditando, e não de terceiros, sejam parentes ou não.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 890)

especiais de incapacidade, em que será avaliada a necessidade de interdição total ou parcial como, por exemplo, estados mentais que chegam à falta total de compreensão, bem como a perda da consciência devido a acidentes vasculares cerebrais, entre outros. “Constatada a incapacidade, é de todo dispensável rotular a sua causa, bastando o reconhecimento da deficiência para o decreto da interdição”. (DIAS, 2009, p. 558).

Célia Barbosa Abreu (2009a) argumenta que não deve restringir a aplicabilidade das interdições nos casos apontados pelo art. 1.772 do CC/2002, uma vez que existem vários transtornos mentais não contemplados nos dispositivos. E sendo a finalidade da curatela a proteção dos interesses do curatelado, deixar os outros transtornos mentais sem a devida proteção os colocaria em uma situação de risco, incompatível com a tutela da pessoa humana na ordem constitucional brasileira. Entretanto, as hipóteses de incapacidade já estão previstas na nossa legislação de forma taxativa, uma vez os próprios incisos do art.1.767, CC, já indicam uma cláusula geral que pode vir a proteger várias novas doenças que surgem a todo o momento, assim não há que se falar em desamparo ao incapaz.

2.1.1 Art.1.780: Da curatela-mandato ou administrativa

Hipótese inovadora prevista no Código Civil, no seu art.1.780,²⁸ seria a curatela do enfermo ou do portador de deficiência física, mas com total discernimento para os atos da vida civil, que tem sido denominada de curatela mandato ou curatela administrativa.²⁹ “O pleito deduzido em juízo não é de interdição, mas de curatela para fins específicos, determinados.” (MOUSNIER, 2009, p. 75). A pessoa não tem incapacidade mental, mas sim, uma deficiência física que impede a locomoção para o bom desempenho da administração de seus bens e negócios, ou seja, essa curatela é restrita ao patrimônio e não à pessoa.

²⁸ CC. Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

²⁹ INTERDIÇÃO. DEFICIÊNCIA AUDITIVA E VISUAL. INCAPACIDADE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA. CURATELA-MANDATO. ART. 1.780, CÓDIGO CIVIL. I - A interdição é medida extrema, no sentido de retirar da pessoa qualidade de civilmente capaz com que dotada a personalidade jurídica a partir do nascimento, pelo que não se pode arbitrariamente a mero debilitado ou deficiente físico, em gozo das faculdades mentais, sob pena de se privar da gestão da própria existência e da prática dos atos da vida civil aquele que detém, inobstante a restrição física, aptidão para auto-gestão. II - **A nomeação de curadoria especial, nos termos do art. 1.780 do Código Civil, traduz "transferência de poderes", semelhante a mandato, sem alicerçar declaração ou imposição de incapacidade civil absoluta, pelo que adequada à situação de "déficit" de auto-gestão, de que padece o deficiente físico-visual.** (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0470.06.033041-7/001 - COMARCA DE PARACATU - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO (A)(S): W. C. A. - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BOTELHO, p. 12/08/2008). (Grifos nossos).

Esta é, portanto, uma forma diferenciada de curatela, pois a pessoa tem resguardadas as funções psíquicas e mentais, possuindo total discernimento, apenas com restrições específicas visuais ou motoras que a impedem de gerenciar pessoalmente as questões patrimoniais da forma como bem lhe aprouver.³⁰

A curatela administrativa seria uma eficaz modalidade para os idosos que algumas vezes já possuem certa dificuldade de locomoção devido à idade já avançada. Não se trata tecnicamente de uma interdição, mas de uma transferência efetiva de poderes, com finalidade específica de administração, total ou parcial de relações jurídicas patrimoniais. É chamada, por isso, de curatela mandato, porque decorre da vontade do próprio curatelado. O ordenamento jurídico prevê essa modalidade de proteção, sem necessitar de medida extrema que diminua a autonomia do idoso.

Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal (2010, p. 889) advertem que uma pessoa com necessidades especiais, preferindo e lhe sendo possível, possa se valer do contrato de mandato para, por meio de procuração, conferir poderes a terceiros para atuar em seu nome. Assim, podem-se mostrar bem mais simples e eficaz do que promover uma ação de curatela para (depois de constituir advogado, pagar as custas do processo e aguardar o cumprimento dos trâmites legais) ter a indicação de alguém para atender aos seus interesses.

³⁰ CURATELA ESPECIAL. INCAPACIDADE PARA ATIVIDADES CORRIQUEIRAS. ART. 1.780 DO NCC. INTERESSE DE AGIR. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. PROVA DE QUE A DEFICIÊNCIA FÍSICA OU ENFERMIDADE COMPROMETE OU DIFICULTE A GESTÃO NEGOCIAL. 1. A curatela especial, prevista no art. 1.780 do CC, visa assegurar à pessoa acometida de enfermidade ou deficiência física que, embora tenha capacidade para prática dos atos civis, apresenta algum obstáculo pragmático para atividades corriqueiras e para cuidar da própria pessoa. 2. Não há falar em extinção da ação de curatela, por ausência de interesse de agir, sem a realização de perícia médica, quando o pedido tem por fundamento alegação de deficiência física ou enfermidade, e não no comprometimento mental da interditanda. 3. Recurso conhecido e provido. Sentença anulada. (TJDF; APC 2010.07.1.022250-0; Ac. 491.497; 3ª T.Cív.; Rel. Des. João Batista; DJDFTE 31/03/2011.)

CURATELA ADMINISTRATIVA (ESPECIAL). EXEGESE DO ART. 1.780 DO CC/02. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. NÃO CONCORDÂNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, VIII, DO CPC). FASE INSTRUTÓRIA CONCLUÍDA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO ÓRGÃO SUPERIOR COM FULCRO NO ART. 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTERDITANDO QUE SOFREU TRAUMATISMO CRANIANO. CAPACIDADE VOLITIVA PRESERVADA. NECESSIDADE PERMANENTE, NO ENTANTO, DE AUXÍLIO DE TERCEIROS PARA COMUNICAR-SE. PEDIDO PROCEDENTE. I. O Ministério Público tem interesse em recorrer da decisão que homologa pedido de desistência de ação de curatela especial (administrativa), por força do disposto no art. 499, § 2º, do CPC. II. A curatela prevista no art. 1.780 do Código Civil/2002 não representa interdição do curatelado, tratando-se de uma novidade instituída pelo Diploma de 2002 como variante do instituto tradicional, destinada a transferência de poderes ao curador para a administração total ou parcial de seus bens, dentro das limitações físicas ou mentais impostas ao deficiente físico ou enfermo. III. **Se a perícia médica realizada conclui pela capacidade volitiva, discernimento e regência de bens pelo interditando, contudo, com limitações físicas e neurológicas irreversíveis, necessitando de assistência permanente de terceiros, tratando-se de pessoa relativamente capaz para reger seus atos da vida civil, é de bom alvitre decretar-se a interdição parcial.** IV. Nada obstante a extinção do processo, sem resolução do mérito, tratando-se de questão exclusivamente de direito e as provas necessárias já produzidas, o tribunal deve julgar a lide desde logo, com fulcro no disposto no art. 515, § 3º, do CPC. (TJSC; AC 2005.024916-4; 1ª C.D.Cív.; Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior; DJESC 06/05/2008). (Grifos nossos).

Todavia a curatela mandato abriu uma nova alternativa jurídica para o curatelado escolher de acordo com os seus interesses o seu curador, determinando os limites patrimoniais que serão por ele gerenciados. Considerando que a legislação já prevê, expressamente, a curatela-mandato (administrativa), então por que não aplicar esses poderes para serem exercidos no futuro no caso de incapacidade do enfermo ou do deficiente físico? É o que defendemos neste trabalho e que será aprofundado no próximo capítulo. Mas antes será analisado o rol das pessoas legitimadas a propor a ação de interdição sob uma análise crítica da autonomia do indivíduo na escolha antecipada do seu curador.

1.2 A nomeação do curador instituído pelo juiz e seus limites no exercício da curatela

De acordo com o artigo 1.768 do Código Civil, a interdição pode ser promovida pelos pais ou tutores; pelo cônjuge, ou por algum parente, e, subsidiariamente, pelo Ministério Público, quando os demais não a fizerem. A mesma ordem consta no Código de Processo Civil, com a diferença de que, no pertinente aos parentes, restringe-se a legitimidade aos próximos.³¹

A legitimidade do Ministério Público em promover a interdição é somente nos casos extremos de doença mental grave³² e não nas hipóteses simplesmente de anomalia psíquica³³ determinadas no Código de Processo Civil, que é um rol muito extenso, no qual pode ser leve ou grave. Apenas se não existirem outras pessoas determinadas por lei, ou se ainda existindo tais pessoas estas forem incapazes, o Ministério Público terá legitimidade extraordinária de promover a interdição do incapaz.³⁴

³¹ Art.1.177. CPC. A interdição pode ser promovida: I – pelo pai, mãe ou tutor; II – pelo cônjuge ou algum parente próximo; III – pelo órgão do Ministério Público.

³² Art. 1.769. CC. O Ministério Público só promoverá a interdição: I – em caso de doença mental grave.

³³ Art. 1.178. CPC. O órgão do Ministério Público só requererá a interdição: I – no caso de anomalia psíquica; II – se não existir ou não promover a interdição algumas das pessoas designadas no artigo antecedente; III – se, existindo, forem menores ou incapazes.

³⁴ Conforme Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, “Ainda que o Ministério Público esteja constitucionalmente incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é de todo imprudente atribuir-lhe legitimidade originária para pleitear a interdição de um indivíduo que padece de transtorno mental e do comportamento, na amplitude das disposições do CPC. A alegação de que alguém sofre de anomalia psíquica (art. 1.178, inciso I) é por demais ampla. É preciso levar a sério tal questionamento, inclusive com o propósito de se evitar argumentos pragmáticos e, inclusive, utilitarista, em detrimento da autonomia do indivíduo em assumir, de forma livre, as coordenadas da própria existência. (SÁ; MOUREIRA, 2011a, p. 151).

Ao decretar a interdição, o juiz nomeará um curador, podendo a ação ser ajuizada por qualquer das pessoas indicadas, uma vez que se trata de “legitimação concorrente”.³⁵ Inicialmente, a nomeação recairá sobre o cônjuge ou companheiro,³⁶ que não esteja separado judicialmente ou de fato. O cônjuge ou o companheiro normalmente é a pessoa mais apta para receber essa incumbência devido ao vínculo afetivo e de confiança que possui com o curatelado, considerando também a segurança na conservação do patrimônio comum da família. Não obstante tal disposição legal questiona-se: E se o cônjuge já tiver idade avançada que dificulte a administração do patrimônio? E se o companheiro não se preocupar com os cuidados diários, sendo relapso aos interesses pessoais e patrimoniais do curatelado?³⁷ E se os cônjuges não tinham uma vida conjugal harmoniosa sem afeto algum na relação? E se o companheiro é péssimo administrador financeiro? Nesses casos, a ordem da nomeação deve ser alterada, considerando o melhor interesse pessoal e patrimonial do curatelado,³⁸

³⁵ Expressão utilizada por Maria Berenice Dias (DIAS, 2009, p.559)

³⁶ “Documento assinado digitalmente em 24/02/2010 17:58:32 conforme MP n. 2.200-2/2001 de 24/08/2001. Signatário: ROGERIO MONTAI DE LIMA:1012355 Número Verificador: 1001.2010.0023.5671.04636. **3ª Vara de Família e Sucessões**. Processo: 0002339-91.2010.8.22.0001.Classe: Interdição. Requerente: Z. G. R. J. Interditado: P. W. B. C. Vistos. Trata-se de pedido de antecipação de tutela em Ação de Interdição que Z. G. R. J. move em face de P. W. B. C.. Informa o autor que as partes convivem em relação homoafetiva.(...) **Trata-se de pedido de tutela antecipada, em interdição, promovido por um dos conviventes em desfavor do outro, em relação homoafetiva, visando o autor, ter acesso as contas bancárias do requerido para administração das dívidas. (...) Com base no princípio da isonomia, o companheiro ou companheira homossexual tem, portanto, legitimidade para pleitear a interdição do outro.** Portanto, a união entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. (...) Há prova inequívoca da verossimilhança da alegação, especialmente analisando os documentos de fls. 19 a 27 onde se demonstra a comprovação, em princípio, da relação homoafetiva e da convivência entre as partes com o ânimo de constituir família, bem como os documentos de fls. 28 a 33, situação de saúde do requerido. (...) **Porto Velho-RO**, quarta-feira, 24 de fevereiro de 2010. Rogério Montai de Lima, Juiz de Direito.” (Grifos nossos). Conforme determina os arts. 1.768 do CC e 1.177 do CPC, a legislação faz menção apenas ao cônjuge e não ao companheiro, já havendo proposta legislativa PL 6.960/02 de inserção do companheiro como legitimado para a referida medida.

³⁷ FAMÍLIA. CURATELA. REMOÇÃO DE CURADORA. INTERDITADA IDOSA E DOENTE MENTAL. NEGLIGÊNCIA EVIDENCIADA. Mostra-se necessária a remoção da curadora se, comprovadamente, não exerceu o encargo público de zelar pela pessoa da interditada, idosa com 77 anos de idade, deixando de cuidar de sua saúde e bem-estar ao mantê-la confinada em local impróprio, sem as mínimas condições de higiene e em situação de risco, porquanto sofria constantes surtos psicóticos. Não basta administrar o auxílio previdenciário percebido pela interditada sem prestar as devidas contas e sem atender as necessidades básicas da mãe, ainda que dentro de suas limitadas possibilidades. Apelação desprovida. (TJRS; AC 70030348809; 7ª C.Cív.; Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior; *DJERS* 29/09/2009)

³⁸ INTERDIÇÃO. REMOÇÃO CURADOR. AUSÊNCIA REQUISITOS. A curatela constitui um instituto de interesse público, destinada, em sentido geral, a reger a pessoa ou administrar bens de maiores, porém incapazes de regerem sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência. Como o próprio nome diz, o instituto tem por finalidade preservar a defesa dos interesses do deficiente, cuidando de tudo que diz respeito à sua pessoa e aos seus bens, no limite da necessidade. **Na nomeação de curador, o julgador deve ter em vista a situação que melhor se amolda aos interesses do interditado, não podendo permitir que questões econômicas e interesses particulares prevaleçam sobre o seu bem-estar. Sobre a possibilidade da destituição do curador nomeado, é pacífica a jurisprudência que a mesma só há de se operar caso seja comprovada a negligência do curador ou a dilapidação do patrimônio do curatelado, de modo a se preservar, sobremaneira, os interesses do último.** (TJMG; APCV 1.0702.09.605596-8/001; 5ª C.Cív.; Relª

nomeando-se, assim, um novo curador.

A Ministra Fátima Nancy Andrichi, em palestra proferida no STJ (2005, p. 8), tratou de uma situação de má administração do curador, que ocasionou grande problema, tanto na esfera pessoal quanto no aspecto patrimonial do interdito. No processo, discutia-se a remoção do curador. O motivo era que o curatelado, acometido por enfermidade mental, vivia em condições absolutamente degradantes, sozinho, em sua residência. Seu irmão exercia o cargo de curador, mas não tinha absolutamente nenhuma informação a respeito de como deveria desenvolver essa atividade. Tanto que, em audiência perante o juízo de primeiro grau, confessou que utilizara, para fins pessoais, uma certa indenização que o irmão interditado havia recebido. A justificativa do curador era a de que ele estava precisando do dinheiro, de forma que não via mal algum em utilizá-lo. Naturalmente, ele foi afastado do encargo, e atualmente tramita ação pela qual se pleiteia responsabilizá-lo pelo desvio de dinheiro que promoveu.

Tal situação extrema poderia não acontecer caso ocorresse a autodeterminação de forma expressa ao exercício da autonomia futura como, por exemplo, para o caso de uma pessoa, antes de ser acometida de alguma enfermidade ou ser declarada incapaz, já predeterminaria, por meio de um mandato permanente quem gostaria que fosse o seu curador para resolver as questões patrimoniais e pessoais no caso de futura incapacidade. Poderia, também, excluir determinadas pessoas para o exercício do cargo de curador e, dessa forma, sua vontade estaria resguardada.

Assim, Ana Carolina Brochado Teixeira aduz:

Na hipótese de a pessoa ter-se tornado incapaz e ser interditada, sua escolha prévia deve vincular o juiz, sendo prioritária em relação ao rol de pessoas previstas pelo art.1.775 do Código Civil, como ordem de prelação para o exercício da função de curador. Isso deve ocorrer, por analogia à tutela, cuja normativa estabelece que a tutela testamentária tem caráter prioritário à tutela legítima. Como já mencionado, ninguém melhor do que a própria pessoa para escolher quem, de acordo com as próprias convicções, pode cuidar de si mesma e do seu patrimônio. (TEIXEIRA, 2010, p. 361)

Na ausência de autodeterminação prévia, todavia, o ordenamento jurídico brasileiro prevê que, na falta do cônjuge ou companheiro, podem ser curador o pai ou a mãe e, na falta desses, o descendente que se mostrar mais apto. A sequência não deve ser preferencial, mas, sim, atender ao melhor interesse do incapaz. Na falta das pessoas indicadas ou se elas não atenderem bem ao encargo, caberá ao juiz a escolha de alguém que revele qualidades e

condições para o cargo, tratando-se então de curatela dativa.

Pode ocorrer que a vontade do interdito para nomeação de curador, antes da sua incapacidade, seja outra em relação a ordem legal. Em outras palavras, ele pode desejar a nomeação de terceiro que não seja parente, mesmo não tendo motivos graves que desautorizem entes familiares a gerenciar a sua vida ou patrimônio. Assim, a ordem legal deve vir posteriormente à manifestação de vontade válida da própria pessoa quando capaz.

O Juiz não é obrigado a seguir a ordem de procedência aqui mencionada. Tem a faculdade de invertê-la se assim entender mais conveniente ao interdito, ou mesmo dispensá-la, se se convencer de que as funções de curador serão melhor desempenhadas por pessoa da sua escolha. (PEREIRA, 2005, p.486)

De acordo com RIZZARDO (2011, p. 911), a falta de escolha por parte do cônjuge, ou outro parente próximo, há de se fundar em motivo sério, à vista dos quais se deve suspeitar que a nomeação dessas pessoas afete de modo prejudicial, do ponto de vista psicológico, moral³⁹ ou econômico, a vida do incapaz.⁴⁰ Todavia, o respeito à ordem legal não deve constituir a regra, bastando apenas a escolha antecipada da pessoa da sua confiança que deseja estabelecer como curador. Essa é mais uma hipótese em que o poder estatal paira sobre a determinação da escolha do curador. Mas até que ponto o Estado irá continuar interferindo nos direitos personalíssimos?

A opção antecipada do curador deve ser um direito atribuído a qualquer pessoa apta a manifestar com consciência a escolha do curador tanto no aspecto pessoal quanto patrimonial,

³⁹ “Em todos os casos, exige-se que se averigüe a idoneidade moral, a aptidão no desempenho do encargo, a relação que existe entre o candidato à nomeação e o curatelado, a idade, a profissão, as condições econômicas e mesmo o histórico da vida do curador. Não se devem sacrificar as condições pessoais para seguir a preferência assinalada na lei. Isto inclusive quanto ao pródigo, que em princípio, terá como curador o cônjuge ou o companheiro, os ascendentes ou descendentes. Exemplificativamente, a colisão de interesses é motivo para afastar-se da ordem. Igualmente, não se escolherá um curador que não fazia jus à confiança do curatelado ao tempo em que gozava de pleno discernimento. Mesmo que parente, não merecerá ser escolhido caso tenha fracassado economicamente, com declaração de sua insolvência civil, ou a falência do estabelecimento comercial de que faça parte. Com sobradas razões, no tocante as pessoas de duvidosa seriedade moral, e máxime se condenadas em crimes contra o patrimônio, a família, os costumes, ou de estelionato, ou de receptação, e outras figuras penais que despertam desconfiança no tocante à honestidade. Indivíduos constantemente desempregados, sem moradia fixa, desequilibrados nos gastos de suas economias, ou desajustados familiarmente, também não são dignos do encargo”. (RIZZARDO, 2011, p. 913)

⁴⁰ 12/23 - AÇÃO DE INTERDIÇÃO. DECRETAÇÃO E NOMEAÇÃO DE CURADOR PELO JUÍZO MONOCRÁTICO DE PESSOA QUE VISA ATENDER OS INTERESSES DO INTERDITO. PREVALÊNCIA DO BEM-ESTAR DO CURATELADO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU CONFIRMADA. MANUTENÇÃO DO CURADOR NOMEADO. RECURSO IMPROVIDO. A curatela tem por finalidade precípua preservar os interesses do interditado, cuidando de tudo que diz respeito à sua pessoa e aos seus bens. Não resta dúvida de que a curatela deve ser deferida àquele que tem melhores condições de zelar pelos interesses do curatelado, a quem demonstre afeição ao incapaz. No caso dos autos, o magistrado *a quo*, com base no acervo probatório e visando o bem-estar do interdito, nomeou curador quem demonstrou ser mais apto para o exercício do múnus. Sentença de primeiro grau confirmada. Recurso conhecido e improvido. À unanimidade. (TJSE; AC 2009205539; Ac. 5367/2009; 1ª C.Cív.; Rel. Juiz Conv. Aloiso de Abreu Lima; DJSE 07/07/2009)

tendo em vista o grau de afinidade e confiança, que não necessariamente precisa ser o rol previsto na lei. Assim, o juiz deve preservar o desejo da pessoa que fez a sua opção em estado de pleno discernimento, devendo o seu desejo ser sempre respeitado.

A crítica que se faz ao rol das pessoas legitimadas a propor a ação de interdição é que tal escolha judicial pode não privilegiar o que sempre deve prevalecer: a vontade do indivíduo em todas as suas dimensões. A liberdade da pessoa de indicar o seu curador que irá administrar seu patrimônio é uma maneira de exercício da autonomia privada – uma forma de tutela da dignidade e respeito aos seus desejos. Ana Carolina Brochado Teixeira tem-se posicionado da seguinte forma:

A autonomia privada exerce um papel de grande relevância para a construção da própria esfera pessoal, para que cada um possa estabelecer os parâmetros dentro dos quais pretende viver no presente e no futuro, dentro dos valores que elegeu como mais coerentes para a própria vida. Mesmo porque suas decisões devem espelhar as prioridades e concepções do declarante. Impor externamente qualquer decisão na esfera pessoal figura-se uma lesão a direito fundamental, rechaçada pela Constituição Federal. A validação da autonomia exercida no passado e direcionada ao futuro é um dever jurídico, tendo em vista que foi essa a oportunidade que o titular dos direitos de personalidade teve para expressar-se de forma válida, uma vez que ele, no presente, perdeu a capacidade de discernimento para fazê-lo. (TEIXEIRA, 2010, p. 353-354).

A autodeterminação da pessoa antes de sua incapacitação pode já estabelecer quem e como gostaria fosse gerenciado seu patrimônio, até para o dia que se tornar incapaz, os frutos e rendimentos patrimoniais possam lhe garantir uma interdição de boa qualidade, como sempre planejou financeiramente. Assim, fazemos uma nova análise patrimonial da curatela por meio da autodeterminação da pessoa antes de sua incapacidade.

Atualmente tem aumentado a preocupação com os cuidados com a saúde do interdito, no entanto, caso o incapaz não tenha deixado bens ou rendas, o custo dos procedimentos médicos serão arcados pelos familiares, até pelo princípio da solidariedade familiar. Todavia, às vezes é necessária a pessoa se prevenir patrimonialmente, regulamentando as suas questões financeiras para o momento que não conseguir gerenciar o seu patrimônio e rendas. Assim, não dependerá de ajuda financeira de familiares ou terceiros para pagamento de despesas médicas e cuidados com a saúde, sendo que os pagamentos serão provenientes das suas próprias rendas, que a administração do seu patrimônio lhe estará oferecendo, conforme já predeterminou por meio de um mandato permanente. Nos próximos tópicos serão abordados os procedimentos para uma ação de interdição de acordo com o ordenamento jurídico e as críticas apontadas a esse instituto que merece uma reformulação.

1.3 Os procedimentos a serem seguidos no processo de curatela de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro

A ação de interdição será sentenciada com a declaração da incapacidade do interdito, de forma total ou parcial,⁴¹ ou será declarada a inexistência de incapacidade.⁴² O juiz deverá também se assegurar em laudos médicos minuciosos,⁴³ além de, pessoalmente, proceder à oitiva pessoal para certificar se a incapacidade é de forma reversível ou irreversível, de acordo com o que preconiza o art.1.771 do Código Civil.

Analisando o grau de comprometimento psicológico, o juiz determinará os limites da curatela, sendo a interdição medida extrema que somente deve ser concedida quando presente a prova da certeza da incapacidade, pois afasta o indivíduo dos atos da vida civil, seja de forma parcial ou total.⁴⁴

A sentença de interdição gera efeitos imediatamente, conforme disposto no art.1.773 do Código Civil, embora sujeita a recursos, sendo de natureza declaratória,⁴⁵ considerando que a situação de incapacidade é reconhecida judicialmente. Deverá, assim, de forma imediata, ser registrada no 1º Ofício, onde tem domicílio o interditando, devendo o oficial

⁴¹ INTERDIÇÃO. INCAPACIDADE TOTAL NÃO COMPROVADA. **INTERDIÇÃO PARCIAL.** Não estando demonstrada nos autos a incapacidade definitiva da interditanda, o pedido de interdição deve ser julgado parcialmente procedente, **impondo-se limites ao exercício da curatela.** (TJMG; APCV 0731702-10.2007.8.13.0625; 8ª C.Cív.; Relª Desª Teresa Cristina da Cunha Peixoto; *DJEMG* 13/07/2010). (Grifos nossos).

⁴² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO C/C CURATELA. TRASNTORNO AFETIVO BIPOLAR. REQUISITOS AUSENTES. Uma vez consagrado como regra a capacidade das pessoas para serem titulares de direitos e obrigações (art.1º, CCB/02), a interdição, medida excepcional e extrema, somente será imposta se efetivamente demonstrada a incapacidade do indivíduo reger os atos da vida civil decorrente de deficiência mental ou outras causas previstas no art.1.767 CCB/02. Recurso conhecido, mas não provido (TJMG, 3ª CC, AC n. 1.0024.05.627515-9/001, RELATORA: EXMª. SRª. DESª. ALBERGARIA COSTA, *DJ* 30/5/2006)

⁴³ INTERDIÇÃO E CURATELA. EXAME PERICIAL. NÃO REALIZAÇÃO. ART. 1.183 DO CPC. NECESSIDADE. SENTENÇA CASSADA. Para a decretação da incapacidade do indivíduo de realizar atos da vida civil, seja relativa ou absoluta, deve o magistrado estar convencido, por provas inequívocas, de sua necessidade, em virtude da gravidade e repercussão da decretação da interdição. **Não obstante seja o juiz o condutor do processo e o destinatário das provas, cabendo a ele determinar a importância de sua realização, tenho que é prudente e obrigatória a realização do exame pericial no processo de interdição, sendo dispensada apenas nos casos em que as provas dos autos demonstrarem, claramente, a deficiência mental.** (TJMG; APCV 1573925-65.2008.8.13.0024; 4ª C.Cív.; Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes; *DJEMG* 09/09/2009) (Grifos nossos).

⁴⁴ Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934. Art.28. § 3º No despacho que nomear o administrador provisório ou na sentença que, decretar a interdição, o juiz, tendo em conta o estado mental do psicopata, em face das conclusões da perícia médica, determinará os limites da ação do administrador provisório ou do curador, fixando assim, a incapacidade absoluta ou relativa do doente mental.

⁴⁵ Concordando com esse posicionamento: FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 900; MADALENO, 2011, p.1160; PEREIRA, 2005, p. 484. Porém, há posicionamentos que entendem ser a sentença de interdição de caráter constitutivo porque coloca o curatelado na situação de capaz para incapaz, nesse raciocínio Maria Berenice Dias, afirma que a sentença é “constitutiva, pois diz com o estado da pessoa. Ainda que a incapacidade preceda à sentença, só depois da manifestação judicial é que passa a produzir efeitos jurídicos: torna a pessoa incapaz para os atos da vida civil.” (DIAS, 2009, p. 564)

fazer a comunicação no cartório em que consta o assento de nascimento ou casamento. Tal procedimento é necessário para garantir a segurança jurídica do patrimônio do incapaz em suas relações com terceiros. Se o incapaz realizar negócios vultosos, contratos, compromissos ou obrigações que exijam valores elevados, comprometendo assim seu patrimônio, tais transações realizadas após a sentença de interdição tendem a ser invalidadas, considerando o efeito *ex nunc* da sentença.⁴⁶

As mesmas normas incidentes relativas à tutela serão aplicadas no âmbito da curatela, como aduz o art. 1.774 do Código Civil. Sendo que o curador é obrigado a servir pelo decurso de dois anos, podendo continuar na incumbência se o juiz a julgar conveniente ao incapaz, podendo a obrigação se findar pela alegação de escusa (art. 1.736 do Código Civil), impedimento superveniente (art. 1.738 do Código Civil) ou pela destituição do cargo devido à negligência.⁴⁷ As pessoas que não podem ser curadoras estão elencadas no art.1.735 do Código Civil, sendo as mesmas que não podem exercer o cargo de mandatário.⁴⁸

O curador receberá os bens do curatelado para gerenciá-lo e deverá inclusive prestar caução, como garantia do bom desenvolvimento na administração da curatela. Todavia pode ser dispensada pelo Juiz, quando o patrimônio do curatelado não for considerável ou quando o curador se mostrar de reconhecida idoneidade (art. 1.745 do Código Civil⁴⁹). O curador só pode se casar com o curatelado depois de cessada a curatela e saldadas as respectivas contas (art. 1.523, IV, do Código Civil). Se o curador se casar com o curatelado o regime será o da separação obrigatória de bens (art. 1.641, I), porém, se provada a ausência de prejuízos ao curatelado, tal regime poderá ser modificado (art. 1.523, parágrafo único, Código Civil). Importante destacar que algumas normas atinentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente

⁴⁶ “Todavia, com o fito de preservar o princípio basilar da boa-fé, tem-se reconhecido proteção ao terceiro que, de boa-fé, negocia com o interditado, desde que não seja visível a incapacidade e não cause prejuízo ao incapaz – até mesmo em razão da natureza declaratória da decisão judicial que reconhece a interdição. Por isso, somente será reputado inválido o negócio celebrado pelo incapaz se era notório o estado de loucura, isto é, de conhecimento público geral ou se lhe causar prejuízo”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 904).

⁴⁷ AÇÃO DE REMOÇÃO DE CURADOR. PROCEDÊNCIA. A curatela consiste no mister de zelar pela pessoa e bens do interditado. Se o curador primitivo não se apresenta capaz de desempenhar suas funções satisfatoriamente, sua remoção é medida que se impõe. Decisão unânime, de acordo com parecer ministerial superior. (TJPI; AC 030002893; 2ª C.Cív.; Rel. Des. Brandão Carvalho; DJPI 08/10/2003)

⁴⁸ Quais sejam: aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; aqueles que, no momento de lhes ser deferida a curatela, se acharem constituídos em obrigação para com o incapaz, ou tiver que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o incapaz; os inimigos do incapaz, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da curatela; os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso da curatela em nomeações anteriores; aqueles que exerceram função pública incompatível com a boa administração da curatela.

⁴⁹ “Art.1.745. CC. Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado.

Parágrafo único. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade.”

também serão aplicadas à curatela, relativamente à dependência do benefício previdenciário, considerando o incapaz dependente do curador.

Não se dispensa a autorização judicial à venda dos bens, ao arrendamento e a outros atos concernentes especialmente a imóveis. Esses, somente deverão ser permitidos sempre que se impuser a necessidade de manifesta vantagem ao incapaz.⁵⁰

A remuneração do curador foi tratada inicialmente pelo já revogado Decreto n. 24.559, de três de julho de 1934, art. 28,⁵¹ considerando as atribuições administrativas e gerenciais que ele deveria realizar na administração do patrimônio do curatelado. Mas já se manifestou o STJ⁵² sobre a gratificação fixada em 6% da renda líquida dos bens administrados pelo curador no exercício da curatela. Assim, Maria Berenice Dias aduz que:

Ainda que o exercício da curatela seja um *múnus público*, faz jus o curador à remuneração proporcional à importância dos bens administrados, além do direito de ser reembolsado pelo que realmente despende (CC, 1.725, 1.774 e 1.781). Por força da mesma aplicação extensiva das regras da tutela à curatela, cabível também a nomeação de um protutor – que mereceria ser chamado de ‘**pró-curador**’ – para fiscalizar os atos do curador (CC, 1.742), fazendo jus a módica gratificação (CC, 1.752 §1º). Do mesmo modo, sempre que houver interesses administrativos que exijam conhecimento técnico, forem complexos ou realizáveis em lugares distantes do domicílio do curador, este poderá delegar a outrem o exercício parcial da curatela. A nomeação pode ser de pessoa física ou jurídica e depende de aprovação

⁵⁰ "Art. 1.749.CC Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade:

I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor;

II - dispor dos bens do menor a título gratuito;

III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor." A doação de bem de curatelado encontra óbice nesse dispositivo. É que não pode, no caso, o curador dispor dos bens do curatelado de forma gratuita, mesmo que para seus herdeiros necessários como adiantamento da legítima.

INTERDIÇÃO. CURATELA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DOAÇÃO. ÓBICE LEGAL. Em razão da qualidade particular da curatela, a doação de bem de interditado, mesmo que com cláusula de usufruto permanente, encontra óbice legal nos arts. 1.781 e 1.749, ambos do Código Civil, por se tratar de disposição de bem a título gratuito. (TJDF; APC 2010.01.1.005658-8; Ac. 436.316; 1ª T.Cív.; Rel. Des. Natanael Caetano; DJDFTE 04/08/2010, p. 92)

"ALVARÁ JUDICIAL PARA DOAÇÃO DE BENS DA INTERDITADA AOS FILHOS. INVIABILIDADE. A par da vedação legal de dispor dos bens do interditado a título gratuito (arts. 1.749 c/c 1.774 do CC), a doação aos filhos, mesmo com cláusula de usufruto vitalício, não traz nenhuma vantagem à incapaz em relação à situação atual, pessoa portadora de doença degenerativa. RECURSO IMPROVIDO" (Apelação Cível n. 70020325387, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 04/10/2007).

⁵¹ Decreto n. 24.559, de 3 de Julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Art. 28. Ao administrador provisório, bem como ao curador, **poderá o juiz abonar uma remuneração razoável tendo sempre em vista a natureza e extensão dos encargos e as possibilidades econômicas do psicopata.** § 1º O administrador provisório e o curador são obrigados a prestar contas trimestralmente, sob pena de destituição *ex officio*, à autoridade judiciária competente, contas que deverão ser devidamente documentadas e acompanhadas de exposição detalhada sobre o desempenho das funções, o estado e a situação dos bens do psicopata, salvo o caso do art. 455 do Código Civil. (Grifos nossos)

⁵² Curatela. Gratificação. É devida a gratificação fixada em 6% da renda líquida dos bens administrados pelo curador por exercício da curatela, dativa ou não, porquanto o art.431 do CC/1916 (art.1.752, *caput*, do CC/2002) não as distingue (STJ, REsp 486.223/SP, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 06.05.2004)

judicial (CC 1.743). (DIAS, 2009, p. 562).

A figura do pró-curador é de suma importância para que as atribuições do curador sejam divididas e bem administradas em todos os seus aspectos, para que não ocorra negligência na parte pessoal e patrimonial,⁵³ mas, normalmente, na prática, o juiz nomeia apenas um curador para as duas funções.

Havendo bens em nome do incapaz, o curador deverá requerer ao juiz o arbitramento de verba necessária para fazer frente às despesas de alimentação, vestuário, tratamento médico, internação em casa apropriada, e outras que forem necessárias, conforme dispõe o art. 1.746 do Código Civil. “Faz jus ao curador a remuneração proporcional à importância dos bens administrados, além do direito de ser reembolsado pelo que realmente despender” (DIAS, 2009, p. 561-562). Percebe-se que as normas estabelecidas no instituto da curatela são muitas vezes burocráticas, com procedimentos atrelados a decisões dos juízes e fiscalização efetiva do Ministério Público.

É aconselhável que o interdito que possua patrimônio extenso tenha um curador e um pró-curador, a fim de que possa administrar os seus bens, bem como a sua pessoa, de forma mais dedicada. No caso da autodeterminação prévia patrimonial, a pessoa poderá, por meio de um mandato permanente, nomear uma pessoa de confiança, como um gerente financeiro, por exemplo, para administrar os proventos de aluguel, aposentadorias, ações, aplicações financeiras, entre outros bens, para o caso de uma futura incapacidade, gerenciando, assim, de acordo com as vontades preestabelecidas do mandante. O que se pretende não seria acabar com a função protetiva do Estado, e, sim, promover uma maior autodeterminação do indivíduo nas suas escolhas individuais, sem o paternalismo do Estado nas questões privadas do indivíduo.

No tocante às questões pessoais, alguém de sua confiança afetiva poderá delas cuidar. Caso não haja nenhuma pessoa para a incumbência ele, poderá nomear um mandatário para administrar essas questões, como por exemplo, colocar em uma casa de repouso com toda a infraestrutura que a pessoa sempre desejou. Todavia, essas atribuições e cautelas poderão ser realizadas antecipadamente por meio do instituto do mandato permanente, que é uma forma de autocuratela, na qual será exposto adiante.

⁵³ CURATELA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO. INTERESSE DO CURATELADO. PREVALÊNCIA. PROCEDÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. Resta caracterizada a negligência ensejadora da remoção de curador, se este exerce a curatela somente no que se refere à administração dos rendimentos do curatelado, deixando a outrem os cuidados com a pessoa e os bens do incapaz. (TJMG; APCV 1.0056.07.147999-4/001; 1ª C.Cív.; Rel. Des. Geraldo Augusto; *DJEMG* 12/09/2009)

1.4 A transparência na gerência do patrimônio do interdito por meio da prestação de contas

O Código Civil prevê a necessidade da prestação de contas pelo curador, justificando a proteção patrimonial do incapaz, tendo em vista que o curador gerencia bens alheios e tem responsabilidade com a administração, podendo responder pelos prejuízos causados pela sua má administração, por culpa ou dolo. A prestação de contas possibilita uma transparência no gerenciamento do patrimônio e bens do interdito, dificultando a prática de atos danosos.

Da mesma forma que ocorre no instituto da tutela, é dever do curador no exercício da curatela realizar a prestação de contas da sua administração relativamente aos bens pertencentes ao incapaz, sempre nas seguintes hipóteses: no período de dois em dois anos, ao final do encargo, por decisão do juiz, bem como a requerimento do Ministério Público⁵⁴ ou de qualquer interessado, não sendo possível a isenção, pois se trata de norma imperativa prevista no ordenamento jurídico⁵⁵.

Quando o curador for o cônjuge⁵⁶ e o regime de bens for o de comunhão universal, será dispensada a prestação de contas, salvo por determinação judicial, conforme dispõe o art. 1.783 do Código Civil. Em decorrência disso, ele não está obrigado a apresentar balanços

⁵⁴ PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. OBRIGAÇÃO DA CURADORA DE PRESTAR CONTAS. 1. Inocorre cerceamento de defesa quando o não acolhimento do pedido da parte em nada afeta a decisão lançada, que versava sobre questão meramente de direito. 2. A ação de prestação de contas visa apurar existência de crédito ou débito, e pode sempre ser exigido de quem administra bem de outra pessoa, como é o caso de quem exerce a curatela de pessoa interditada. Incidência do art. 914 do CPC. 3. Se a parte exercia a curatela da sua mãe e recebia os valores previdenciários que a ela pertencia, é inequívoca a sua obrigação de prestar as contas reclamadas pelo Ministério Público. Inteligência dos art. 1.755 comb. com art. 1.781 do CCB. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível n. 70026650788, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/05/2009)

⁵⁵ CURATELA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. I. Curadora que desatende a obrigação legal a ela imposta pelo exercício do cargo que lhe foi conferido em regular processo de interdição. II. Prestar contas é dever inarredável de quem exerce a curatela, ainda que o curatelado seja filho da curadora (art. 1.755 c/c art. 1.774). Não atendida a obrigação de explicar todas as atividades e receitas, tampouco a de discriminar as despesas e justificar o passivo, com a apresentação de documentos comprobatórios, lícito é ao Magistrado indeferir pedido, formulado por quem exerce a Curatela, de levantamento de qualquer quantia, enquanto não estiver concluída perícia indispensável ao batimento das contas. III. A prestação de contas possibilita o acompanhamento da administração do curador, constituindo, assim, norma de garantia de proteção dos bens do curatelado, daí por que inafastável. IV. Risco de lesão grave alegado pela negativa de levantamento de valores pertencentes ao Curatelado, que deles necessitaria. Possibilidade de perigo que não se sobrepõe ao receio de má-preservação do patrimônio do interdito por quem fora constituído administrador para boa aplicação dos recursos de quem não pode reger seus bens. Necessidade de dilação probatória para comprovação da regularidade das contas. V. Decisão agravada mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso conhecido e improvido. (TJDF; AGI 2007.00.2.011099-3; Ac. 297.595; 6ª T.Cív.; Relª Desª Diva Lucy Ibiapina; DJU 02/04/2008)

⁵⁶ “Em princípio, merece confiança o cônjuge, não se cogitando da disposição de provocar prejuízos ao interdito. Mesmo porque os bens são comuns. A dispensa, por razões de bom senso, deve estender-se no casamento com comunhão parcial, e em qualquer regime, máxime se durou longos anos o matrimônio.” (RIZZARDO, 2011, p. 915)

anuais⁵⁷ ou prestação de contas a cada dois anos, conforme exigência disciplinada nos arts. 1.756 e 1.757 do Código Civil. De acordo com o Código Civil não é possível isentar os demais curadores da prestação de contas, tratando-se de norma preestabelecida no ordenamento jurídico.

Indaga-se, entretanto: e se for desejo do incapaz, antes da sua interdição (por meio de mandato permanente, por exemplo), que outro parente ou terceiro não necessite justificar os gastos judicialmente, considerando o grau de confiança gerado e também em função da complicação na comprovação das transações realizadas com balancetes contábeis que são exigidos atualmente na justiça. Dessa forma, o exercício da sua liberdade de escolha de não exigir tal prestação teria prevalência em detrimento da norma cogente?

E se fosse de sua vontade que ocorresse a justificação dos gastos do seu cônjuge, mesmo que o regime de casamento seja o da comunhão universal de bens? Tal vontade preestabelecida seria cumprida mesmo que o ordenamento jurídico previsse o contrário?⁵⁸ Nesse caso, a prestação de contas deverá ser realizada em consideração a justificativa antecipada apresentada, uma vez que visa à proteção do patrimônio do incapaz, mesmo sendo a sua esposa a curadora e interessada na preservação dos bens.

No caso de um mandante, que por meio de um mandato permanente indicasse um mandatário que seria o seu futuro curador e dispensasse a prestação de contas. Poderia, mesmo assim, o Judiciário ou a requerimento de parte interessada como, por exemplo, algum parente, exigir a prestação de contas do mandatário?

O art. 668 do Código Civil determina que o mandatário é obrigado a apresentar o controle da administração dos bens de suas operações ao mandante. A prestação de contas do curador se submete também à mesma sistemática da tutela, devendo ser prestada, obrigatoriamente, bianualmente, ao final do encargo ou, a qualquer tempo, por determinação judicial – *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado. (FARIAS; ROSENVALD; 2010, p. 905).

A finalidade da prestação de contas será a de fiscalizar a gerência dos direitos patrimoniais até quando cessar a incapacidade, para que o patrimônio da pessoa esteja preservado. Certo é que o Judiciário tem a função de proteger o patrimônio do incapaz, e deve

⁵⁷ “Pensa-se que a regra trazida pelo artigo 1.783 do diploma civil, sobre a dispensa da prestação de contas, não vale para a hipótese de o fim da curatela, quando causado por morte do incapaz ou pela separação do casal e demais causas relativas ao curador. Assim porque, nessas extinções, ou advêm direitos de terceiros – os sucessores - ou a probabilidade de fraude do curador torna-se real em face do dissenso de interesses patrimoniais que pode emergir em relação ao curatelado.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 548)

⁵⁸ Art.1.783 do Código Civil. Quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial.

sempre assegurar que o curador/mandatário não venha a cometer abusos em relação à gestão de seus bens e da sua pessoa. Entretanto, a vontade preestabelecida pela não prestação de contas ou pela prestação de contas deve ser sempre considerada pelo juiz, vez que se trata de direito disponível, salvo nas hipóteses de negligência e abuso na administração, acarretando prejuízos ao incapaz, na qual o Judiciário pode solicitar a prestação de contas mesmo que essa não tenha sido a vontade preestabelecida do mandante.⁵⁹

A administração do patrimônio e a prestação de contas são funções do curador. Contudo, o importante papel do curador é promover, sempre que possível, o restabelecimento do interdito, incentivando-o na busca das suas potencialidades, de forma que o próprio curatelado se recupere e, com a autonomia recuperada, possa gerenciar as suas questões patrimoniais.⁶⁰ O capítulo seguinte será analisado a autonomia patrimonial com eficácia futura, sendo instrumentalizada através do mandato permanente, tendo como negócio jurídico análogo o testamento. Já no terceiro capítulo será analisado a forma e o conteúdo do mandato permanente para que seja válida no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁹ O assunto será trabalhado no item 3.1.7 Ação de prestação de contas no mandato permanente.

⁶⁰ Assim tem-se posicionado Ana Carolina Brochado Teixeira, “Diante disso, a função primordial da curatela deve ser a de promover a pessoa doente – para além da administração do patrimônio desta –, de modo a conduzi-la para a cura, para o melhor tratamento, para sua reabilitação, dentro das condições possíveis. Tal tutela engloba definitivamente, a valorização do discernimento do doente, para que possam ser potencializadas as questões que ele pode decidir sozinho, sem o auxílio ou substituição de sua vontade, pois a autonomia é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, deve o curador promover a inserção social do doente, para que ele possa, efetivamente, exercer seus direitos de cidadania”. (TEIXEIRA, 2009, p. 73)

2. EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL COM EFICÁCIA FUTURA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

“o homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele.” (VILLELA, 1982, p.32)

Foi demonstrado no capítulo anterior que o instituto da curatela previsto no ordenamento jurídico não atende de forma satisfatória aos ideais jurídicos da contemporaneidade, principalmente no que concerne à autonomia da pessoa, antes ou depois da sua incapacidade.⁶¹

A palavra autonomia vem do grego *autos* (eu mesmo, si mesmo) e *nomos* (lei, norma, regra). É autônomo aquele que goza de liberdade e pode, assim, dar a si mesmo a regra, ou seja, autodeterminar-se. (FERRAZ, 2003, p.40-41)

A evolução do conceito de autonomia da vontade para a autonomia privada modificou a própria noção atual das relações jurídicas, e foi na esfera patrimonial que ela primeiramente se delineou. A distinção existente seria que na autonomia da vontade como idealizada no Século XIX, permitia que as pessoas livremente, através da sua vontade, realizassem negócios jurídicos patrimoniais, com a interferência mínima do Estado. A vontade da pessoa prevalecia sobre o Estado, que não interferia no desenvolvimento das atividades econômicas contratuais (*pacta sunt servanda*⁶²), vigorando assim o individualismo da época⁶³.

No entanto, considerando as mudanças sociais ocorridas após a Primeira Guerra Mundial, com o aumento da Industrialização, o Estado passa a intervir na esfera privada. “Abandona-se o princípio da autonomia da vontade em prol das necessidades sociais, da justiça material, enfim, da valorização do ser humano como centro do ordenamento jurídico brasileiro.” (FARIA, 2007, p.62)⁶⁴

⁶¹ Importante, de início, é o entendimento emprestado ao conceito de ‘autonomia’ neste particular. E esse se refere à aptidão para a manifestação da vontade, de forma válida, por parte daquele que, clinicamente, tem suas faculdades mentais comprometidas. Questiona-se o fato de que, embora vítima de demência, a pessoa, como ser humano que continua sendo, pode ter sua vontade violada, por assim dizer, ou desrespeitada. E, além, se isso poderia ocorrer por parte daqueles que zelam pelo indivíduo demente, em nome de seu melhor interesse. (SÁ, 2005, p. 97).

⁶² Os pactos devem ser observados

⁶³ De acordo com Ana Luiza Maia Nevares os contratos de hoje devem ser examinados à luz do equilíbrio entre os contratantes, estando permeado pela incidência dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, bem como pela necessidade de observância da função social. (2009, p.6)

⁶⁴ “Foi apenas com a Constituição de 1988, que tutelou a pessoa humana em sua totalidade e

A nomenclatura utilizada para autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada de acordo com o momento histórico.⁶⁵ “Não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos.” (FARIA, 2007, p.60)

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito a autonomia do indivíduo passou a conviver harmoniosamente com os limites das funções do Estado. Assim a “autonomia privada passa a ser reconhecida como um poder concedido pelo Estado aos indivíduos, para regular os seus interesses e como tal devendo ser exercido segundo os parâmetros estabelecidos pelo mesmo Estado.” (NEVARES, 2009, p.43)

De tal modo, podemos definir a autonomia privada como a autorregulamentação dos próprios interesses patrimoniais e existenciais, proporcionando ao indivíduo a possibilidade de tomar decisões no mundo jurídico⁶⁶.

A autonomia privada significa, assim, o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente. (AMARAL, 2006, p.350)

Para Ferraz (2003), a autonomia é a possibilidade de os sujeitos agirem de acordo com as suas escolhas individuais. Ser autônomo é ter direito de autodeterminar-se e de, simultaneamente, suportar que o outro faça o mesmo. Não há autonomia sem senso de reciprocidade e tolerância. Assim Naves e Sá afirmam que “autonomia não é autosuficiência,

singularidade, por meio de um catálogo amplo e aberto de direitos fundamentais, que a liberdade, que ora denominamos autonomia privada, recebe tutela positiva, principalmente quando se trata de situações jurídicas existenciais, para que as decisões individuais sejam protegidas, devendo o Estado garantir a autonomia pessoal, sob o viés da igualdade material. O que contribuiu sobremaneira para essa mudança, além das transformações nos marcos políticos, foi a forma de amparo à pessoa. A ampliação da tutela negativa para a positiva tem estreita conexão com a necessidade de proteção diferenciada do direito patrimonial, uma vez que o Estado sempre protegeu as situações patrimoniais dando aos sujeitos delas participantes liberdade excessiva, sendo preciso limitá-la a fim de evitar desigualdades que o princípio da solidariedade repugna. Além dessa mudança, foi imperativo que se tutelasse situações antes inexistentes enquanto fatos jurídicos, no âmbito extrapatrimonial, o que demandou do Estado uma postura diferenciada, que denominamos de tutela positiva. Por isso, houve a necessidade de uma revisão completa da autonomia da vontade.” (TEIXEIRA, 2010, p.127-128)

⁶⁵ “No exercício de sua autonomia privada e, portanto, na realização de negócios jurídicos, as pessoas têm, do ordenamento, o poder criador, modificador e extintor de situações e relações jurídicas, no âmbito e na forma previstos pelo mesmo ordenamento que concede esse poder. Ao regulamentar, de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger. A competência pessoal e jurídica que o sujeito tem para autorregular certos interesses encontra sua fonte no ordenamento jurídico”. (BORGES, 2007, p.48).

⁶⁶ Nesse sentido, “o negócio jurídico é o instrumento mais importante utilizado pelas pessoas para a realização de seus interesses, já que tem, na vontade humana, a sua principal fonte de efeitos. Claro que, diferentemente do que ocorria na época do liberalismo, tal vontade, nos dias de hoje, não pode ser colocada como dogma absoluto seja nas relações patrimoniais e, muito menos, nas existenciais. É que a ideia de autonomia da vontade cedeu lugar a ideia de autonomia privada.” (RODRIGUES JUNIOR, 2007, p.201)

mas relação com os outros e consigo mesmo”. (NAVES; SÁ, 2009, p.87)

Portanto, ser autônomo é ter direito de liberdade⁶⁷ de autodeterminação no presente e no futuro, principalmente no que concerne aos seus bens. Segundo Teixeira e Sá (2007), o princípio da autonomia privada ampara-se no direito fundamental à liberdade, englobando seus mais diversos aspectos e, inclusive, o de fazer escolhas no âmbito da própria vida. Pois em uma sociedade contemporânea devemos respeitar as escolhas individuais de cada um, ser tolerante com as diferenças do outro, uma vez que cada pessoa tem a sua própria autonomia de acordo com as influências de sua personalidade. Por essa razão, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira afirmam que

Levar o direito a sério significa, também, assegurar as garantias constitucionais do processo na construção de uma decisão jurisdicional que diga respeito à limitação da autonomia do indivíduo para a prática de atos que se refiram à sua vida enquanto sujeito de direitos. A efetiva participação do curatelado no processo de curatela deve ser resguardada, a ponto, inclusive, de se saber a possibilidade dos limites da mesma. (2011a, 143).

Após a Constituição Federal de 1988 muito se preocupou sobre a questão existencial do instituto da curatela privilegiando a autodeterminação do incapaz. Mas o respeito a autonomia é abrangente em todos os seus aspectos, seja no âmbito patrimonial ou existencial. A proteção da autonomia patrimonial futura é uma forma de tutelar a escolha do incapaz. A administração do patrimônio da forma como a pessoa desejou respeitando as suas escolhas individuais, demonstra um alto grau de respeito à dignidade humana de acordo com a normativa constitucional⁶⁸. Assim, Maria de Fátima Freire de Sá entende que o Direito deve preocupar com todas as questões do ser humano.

Certo é que a dignidade deve aliar duas dimensões ao seu conceito: a dimensão biológica, como atinente ao aspecto físico-corporal, e a dimensão biográfica, que pertence ao campo dos valores, crenças e opções. Logo, o Direito não pode preocupar-se somente com a primeira questão, mas, ao contrário, necessita buscar a unidade do ser humano. (SÁ, 2005, p.60)

⁶⁷ “A liberdade e a igualdade encontram-se enraizadas na consideração do homem como pessoa. Partindo-se para a conceituação da primeira, certo é que indica um estado; a segunda, fala de uma relação. Tanto a liberdade quanto a igualdade servem de fundamento à democracia.” (SÁ, 2005, p.47)

⁶⁸ “O fenômeno da personalização deve ser analisado com o da constitucionalização, despatrimonialização e publicização do direito civil, de modo que todos eles contribuíssem para a centralidade da pessoa humana. O mais relevante é que o viés de análise deve ser a pessoa e suas aspirações existenciais. Como a pessoa não se realiza sozinha, é imperativo sua inserção em seu meio social e familiar. É nesta perspectiva que o patrimônio passou a ter importância, ou seja, para servir à pessoa. Caiu por terra a lógica patrimonialista do Código Civil de 1916, em que todos os institutos existiam em função do patrimônio – inclusive a pessoa. Ela não tinha primazia no sistema jurídico, mas tão-somente o papel por ela exercido na sociedade, por meio da titularidade patrimonial.” (TEIXEIRA, 2010, p.145)

Assim sendo, podemos separar o exercício da autonomia privada em dois desdobramentos que acabam por gerar situações jurídicas, que devem ser tratadas de forma qualitativamente diversa, são elas as patrimoniais e as existenciais. “As situações patrimoniais têm função social e as existenciais, apenas função pessoal.” (TEIXEIRA, 2010, p.147). De acordo com Pietro Perlingieri as expressões de autonomia privada têm embasamentos diferenciados, na medida em que repercutem na esfera patrimonial ou existencial da pessoa.

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais,oras umas e outras juntas. A necessidade da máxima aderência às particularidades de cada *fattispecie* modula a resposta que o sistema de valores fundamentais do ordenamento oferece a cada uma delas. (PERLINGIERI, 2007, p.277)

Para Ana Carolina Brochado Teixeira (2010), existe diferença de fundamentação dos atos de autonomia. Se patrimonial sua fundamentação está na livre iniciativa, prevista no art. 170, CF/88⁶⁹; se existencial, sua base está na dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF) e liberdade (art.5º, *caput*, CF). No entanto ambos possuem em comum a “necessidade de realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis diante dos ditames constitucionais.” (NEVARES, 2009, p.45).

Mas o que se propõe no presente trabalho é analisar o instituto da autotutela patrimonial como mecanismo protetor e preventivo da pessoa na administração de seus bens, que tem como base a livre iniciativa prevista na Constituição Federal que assegura a todos uma existência digna. Para Ana Luiza Maia Nevares (2009) não é mais a livre iniciativa que é

⁶⁹ “Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
 - II – propriedade privada;
 - III – função social da propriedade;
 - IV – livre concorrência;
 - V - defesa do consumidor;
 - VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 - VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII – busca do pleno emprego;
 - IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
- Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

fundamento da República Federativa do Brasil como disposto no inciso IV, do art.1º, da Constituição Federal de 1988.⁷⁰ E, sim, os interesses sociais da livre iniciativa, ou seja, aquilo que ela representa de socialmente útil, por essa razão a autora aduz que

A partir da tábua axiológica prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, percebe-se nitidamente a autonomia privada como um poder-função, uma vez que a ordem econômica, prevista no art.170 e seguintes da Carta Magna, tem por objetivo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, estando fundada não só na livre iniciativa, mas na valorização do trabalho humano (NEVARES, 2009, p.45).

A autonomia privada como um dos princípios primordiais do direito privado se exterioriza por meio da realização de negócios jurídicos. Desse modo, o negócio jurídico é o instrumento posto pelo ordenamento jurídico à disposição da pessoa para escolher as suas relações jurídicas, colocando-as de acordo com os seus interesses pessoais e patrimoniais. Por essa razão Borges (2007) afirma que

Por meio dos negócios jurídicos as pessoas ordenam, por si mesmas, seus próprios interesses nas relações jurídicas que optam por estabelecer com outros sujeitos. São a forma mais intensa, juridicamente considerando, de exercício da esfera de liberdade jurídica que as pessoas têm. (BORGES, 2007, p.48)

O exercício da autonomia privada no âmbito patrimonial futuro seria alcançado pela possibilidade de uma pessoa (mandante), realizar um mandato permanente como forma preventiva, determinando para um mandatário a gerência das suas questões patrimoniais de acordo com a sua vontade, para serem exercidas no futuro, após a sua incapacidade.⁷¹

O negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato e envolve manifestação de autonomia privada, seja ele de cunho patrimonial ou não. (BORGES, 2007, p.73). Considerando que o negócio jurídico como forma geral é o instrumento adequado para os fins aqui estudados, recomenda-se a aplicação do mandato permanente como contrato a ser realizado com eficácia futura no nosso ordenamento jurídico.

O mandato permanente que ora se apresenta, recebe tutela da Constituição Federal e rege-se pelas normas da teoria geral das obrigações, da teoria geral dos contratos e

⁷⁰ Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁷¹ “Para que o negócio jurídico, além de existir seja válido, é preciso que os elementos referidos se juntem a determinados atributos ou requisitos: a manifestação de vontade deve partir de agente capaz, o objeto deve ser lícito e possível e a forma deve ser prescrita ou não proibida em lei (CC, art.104). Temos então um ato válido, o que pressupõe a sua existência.” (AMARAL, 2006, p.513)

analogicamente pelas normas já previstas no testamento⁷².

Mas não é simplesmente pelo querer das partes que o negócio jurídico será concretizado. A autonomia privada encontra barreiras em normas legais⁷³ e na ordem pública. Entretanto, a lei não proíbe o instituto do mandato permanente, mas coloca um entrave na figura do contrato de mandato previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no qual se torne ineficaz com a incapacidade do mandante.

O instituto mandato permanente que ora propomos será realizado com observâncias aos preceitos legais, da ordem pública, dos bons costumes e da boa fé⁷⁴. Ou seja, o mandato ora estudado, não é ilícito, pois não é contrário à lei e também não é imoral, uma vez que não contraria os bons costumes.

O instrumento do mandato permanente é juridicamente protegido porque os interesses em torno da sua realização estão dentro dos limites considerados legítimos perante a sociedade, principalmente no que concerne ao princípio constitucional da dignidade humana⁷⁵ e da liberdade contratual⁷⁶. O novo instrumento é merecedor de tutela, pois privilegia a autonomia individual em todos os seus aspectos. Assim, à luz dos valores constitucionais, tal instituto deve produzir os efeitos esperados, uma vez que os requisitos essenciais estarão preenchidos.

Os indivíduos só podem realizar negócios jurídicos enquanto autorizados pelo ordenamento jurídico. Esta autorização, contudo, não precisa ser expressa. No

⁷² “As normas que regulamentam o Direito de Família são, em sua maioria, normas de ordem pública ou cogentes. Entretanto, mesmo nas questões que versam sobre o direito de família, a vontade das partes envolvidas pode e deve ser considerada. A autonomia privada não pode ficar circunscrita apenas ao direito das obrigações, sobretudo em matéria contratual quando do trato de questões patrimoniais.” (RODRIGUES JUNIOR, 2007, p.201)

⁷³ “Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças à sua autonomia, os escopos que melhor correspondam seus interesses, a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos.” (BETTI, 2003, p.104)

⁷⁴ De acordo com Francisco Amaral “Os limites da autonomia privada são a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé. Ordem pública, como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. Bons costumes, como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual (...). E boa-fé, como lealdade no comportamento.” (2006, p.347)

⁷⁵ “O princípio da Dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento das suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.” (FARIAS, 2000, p.63)

⁷⁶ Para Francisco Amaral “a liberdade contratual manifesta-se nos seguintes aspectos: liberdade de contratar, de escolher as partes com quem contratar, de estabelecer o tipo, o conteúdo, a forma e os efeitos do contrato.” (2006, p.357)

ordenamento há normas diversas que conferem aos particulares o poder de realizar negócios jurídicos. Assim, os negócios jurídicos traduzem-se como uma manifestação de vontade que, necessariamente, deve ser subordinada às regulamentações do ordenamento nos mais diversos níveis hierárquicos, desde a Constituição até a noção de ordem pública. (BORGES, 2007, p.56)

Nesse sentido, mesmo não existindo a figura do mandato permanente de forma expressa no ordenamento jurídico, nada impede que seja aplicado esse instrumento, devendo fazer uma releitura no contrato de mandato uma vez que este novo instituto encontra amparo na própria Constituição Federal. Por meio da argumentação jurídica,⁷⁷ torna-se possível reconstruir uma nova figura do mandato, no caso, o mandato permanente, para que surta seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, será analisado no próximo tópico um negócio jurídico análogo ao mandato permanente que seria o testamento, já previsto legalmente, no qual ambos serão realizados para produzir seus efeitos no futuro. O testamento, após a morte, o mandato permanente, após a eventual incapacidade.

2.1 A regulamentação prevista no ordenamento jurídico brasileiro para a eficácia e validade futura da autonomia patrimonial

O ordenamento jurídico já possui abertura para espaços de autodeterminação projetadas para o futuro, podendo assim admitir juridicamente a recepção do instrumento do mandato permanente ora aqui proposto. Igualmente será analisado o instituto do testamento de forma a aplicar analogicamente ao mandato permanente, e comprovar a sua viabilidade jurídica.

Encontramos a origem do testamento nas civilizações ocidentais, nas quais o indivíduo desejava se projetar e eternizar-se depois da sua morte, escolhendo assim quem iria receber seu patrimônio para que esse pudesse perpetuar o culto da sucessão. Mas muito se modificou da evolução testamentária do Direito Romano até o nosso ordenamento jurídico atual.⁷⁸

Em Roma, o testamento foi projetado para ser o instrumento mais importante para a

⁷⁷ “A reconstrução do Direito Privado tem sido empreendida arduamente pela doutrina pátria desde a implantação normativo-constitucional do Estado Democrático de Direito. A visão tradicional da dogmática tem cedido espaço para a argumentação jurídica. Na atualidade, o pós positivismo assume o lugar do positivismo jurídico, caracterizando-se aquele primeiro pelo reconhecimento de abertura do sistema jurídico – o qual está em constante estado de (re) “construção” -, bem como pela outorga de normatividade aos princípios. Apesar das inúmeras variantes da teoria da argumentação, o ponto comum a todas elas é a busca a um direito legítimo, em substituição a justiça formal que caracterizou o positivismo jurídico (o qual serviu de arrimo para a dissimulação da ideologia do *laissez-faire*).” (BOTREL, 2007, p.377)

⁷⁸ O fundamento encontrado no testamento continua sendo a transmissão dos bens como base no princípio da patrimonialidade.

existência de uma pessoa, sendo “que Cícero o proclamou o mais grave ato da vida do cidadão. Dele participava toda a comunidade, procedendo-se a homologação perante as cúrias reunidas.” (PEREIRA, 2009, p.163)

O testamento mesmo exercendo uma função tradicional e sedimentada foi perdendo o seu uso principalmente porque a legislação moderna trouxe uma aproximação mais real e eficaz na vontade do testador com a ordem de vocação hereditária. “No momento em que a própria legislação adota uma ordem de vocação hereditária que satisfaz plenamente o desejo póstumo, não há porque promover um testamento no mesmo sentido, restando o desuso natural.” (BANNURA, 2008, p.247)⁷⁹

Assim o testamento deixou de ser algo indispensável para a pessoa como previsto na antiga Roma, para se transformar em um instituto utilizado de forma tímida pela sociedade brasileira. Contudo, com a atual codificação isso tende a se alterar, uma vez que a legislação prevista no Código Civil de 2002 não atendeu de forma satisfatória aos anseios do indivíduo.

Logo se faz necessária uma maior utilização do testamento para atender à vontade do indivíduo, quando este não estiver satisfeito com a destinação que a lei destinou o seu patrimônio após a morte. Sendo esse instrumento utilizado como forma de exteriorização da autoregulação patrimonial futura. Assim, a pessoa estará se manifestando através da sua disposição de última vontade as escolhas que pretende fazer de acordo com as suas opções pessoais, observando certas limitações.⁸⁰

A verdade é que além de não atender à vontade social, o sistema sucessório positivado, passou a criar regras obscuras e duvidosas em quase todos os seus capítulos, em especial no que se refere à concorrência sucessória. (...) Portanto a preocupação existe, e a alternativa imediata e plenamente eficaz é o uso do testamento, como a melhor das ferramentas de planejamento sucessório, esquivando-se das injustiças e distorções impostas pela codificação tardia. (BANNURA, 2008, p.247)

Seria através do testamento que encontramos um amplo espaço de autonomia patrimonial projetada para o futuro, no qual o testador de acordo com as suas escolhas, poderá determinar as suas questões patrimoniais ou existenciais⁸¹ para serem exercidas em uma

⁷⁹ Na sucessão legítima a lei presume a vontade do *de cuius*, entregando os seus bens a quem ele possivelmente desejaria que recebesse. Já na sucessão testamentária, a lei apenas concede eficácia a vontade instituída pelo testador em vida para a devida distribuição do patrimônio quando ocorrer a sua morte.

⁸⁰ “Os limites à autonomia do testador são, apenas, a reserva dos herdeiros necessários, a licitude, a determinabilidade e a possibilidade do objeto de disposição testamentária, bem como a necessidade de ser observada a forma prescrita em lei para a feitura do testamento, sob pena de invalidade. Além disso, pouca é a atenção destinada aos interesses existenciais do testador, que podem estar contidos no testamento.” (NEVARES, 2009, p.21)

⁸¹ No Código Civil de 1916 não tratava da questão existencial do testamento.

situação vindoura após a sua morte. E seria com base nessa mesma autonomia patrimonial futura que a figura do mandato permanente se aplica no atual ordenamento jurídico.

A autonomia privada exerce um papel de grande relevância para a construção da própria esfera pessoal, para que cada um possa estabelecer os parâmetros dentro dos quais pretende viver no presente e no futuro, dentro dos valores que elegeu como mais coerentes para a própria vida. Mesmo porque suas decisões devem espelhar as prioridades e concepções do declarante. Impor externamente qualquer decisão na esfera pessoal figura-se uma lesão a direito fundamental, rechaçada pela Constituição Federal. A validação da autonomia exercida no passado direcionada ao futuro é um dever jurídico, tendo em vista que foi essa a oportunidade que o titular dos direitos de personalidade teve para expressar-se de forma válida, uma vez que ele, no presente, perdeu a capacidade de discernimento para fazê-lo. (TEIXEIRA, 2010, p. 353-354).

O testamento é uma disposição de última vontade, sendo um negócio jurídico unilateral, revogável⁸², subordinado a termo indeterminado⁸³, no qual o testador dispõe de questões primordialmente patrimoniais em vida para que surtam os efeitos depois da sua morte. Para expressar tal vontade, a lei exige o mais solene dos negócios jurídicos previstos no Código Civil. Tal motivo se justifica, primeiramente porque é através do testamento que é feito a entrega direta e em geral gratuita do patrimônio ao beneficiário. E outro fato é que no momento que esse negócio jurídico surtir os efeitos, o testador não estará mais vivo.

O testamento pode servir para vários objetivos, não necessariamente de cunho patrimonial conforme determina o §2º do art.1.857 do Código Civil⁸⁴.

O testamento é o negócio jurídico no qual há a projeção máxima da expressão de autonomia privada, a partir da exaltação da vontade do agente, imune à interferência das exigências relativas à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art.1º, III), em especial da solidariedade (CFRB, art.3º, I). Tal assertiva parece ser apreendida sem críticas em virtude da disposição do art.1899 do Código Civil, que estabelece regra de interpretação específica das disposições contidas no testamento, determinando que quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a *vontade do testador*. (NEVARES, 2009, p.34)

Percebe-se que a aspiração do testador é sempre analisada para uma melhor

⁸² Com exceção da cláusula de reconhecimento de filho, pois o art.1º da Lei nº8.560/92.

⁸³ Uma vez que a sua eficácia depende do evento morte.

⁸⁴ Art.1857. CC. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§2º. São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Assim é possível pelo testamento o reconhecimento de filhos, nomeação de tutor, perdão ao indigno, deserdação, dispensa de colação entre outras disposições que não tenha propriamente um caráter patrimonial.

interpretação do instituto do testamento⁸⁵, e ocorrendo dúvida, deve-se tentar reconstruir a ideia do testador para que sejam produzidos os efeitos esperados. Assim, é imprescindível que o Juiz respeite as escolhas do testador da maneira mais fiel possível. “A interpretação do testamento é, portanto, mais subjetiva que de um contrato, e admite-se o uso de elementos estranhos ao mesmo para esclarecer as suas disposições.” (CARVALHO; CARVALHO, 2012, p.158)

E seria com base no testamento que já é um negócio jurídico devidamente regulamentado e consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, que será apresentado os pontos equivalentes e não equivalentes ao mandato permanente que ora se apresenta, para que seja aplicada de forma análoga a esse instituto.

Inicialmente vamos apresentar alguns pontos principais que não são equivalentes aos dois institutos. Primeiramente o testamento é um negócio jurídico unilateral⁸⁶, sendo realizado pela manifestação livre de vontade apenas do testador e que, não precisa ser aceita por ninguém.⁸⁷ Por sua vez o mandato permanente é um negócio jurídico bilateral, no qual há declarações mútuas de vontade, onde as partes envolvidas devem estar de acordo com as condições ajustadas no contrato⁸⁸. Assim os efeitos jurídicos no mandato permanente são correspectivos entre as partes, ou seja, são recíprocos os direitos e deveres.

Outra diferença é que o testamento é gratuito⁸⁹, uma vez que os herdeiros testamentários recebem o bem sem reciprocidade patrimonial, sendo um ato de total liberalidade. Já no mandato permanente pode ser oneroso, uma vez que gera uma contraprestação de responsabilidades das partes envolvidas.

Todavia o enfoque da pesquisa será a aplicação do novo instituto de forma análoga ao

⁸⁵ “A interpretação do testamento visa fixar o seu verdadeiro sentido, utilizando-se os mesmos processos empregados pela hermenêutica, ou seja, gramatical (estudo das palavras), lógico (pesquisa lógica) e sistemática (comparação das diversas cláusulas), para esclarecer a real vontade do testador.” (CARVALHO; CARVALHO, 2012, p.159)

⁸⁶ “A regra do art.1899 do Código Civil deve-se à maneira pela qual é constituído o negócio testamentário, ou seja, a partir da manifestação única e pessoal do testador, que deve expressá-la livre de qualquer influência, a partir de um negócio jurídico unilateral, em que não há declarações receptícias de vontade, que só produzirá efeitos após a morte do seu agente. Com efeito, em virtude dos caracteres do testamento (negócio unilateral, gratuito, *causa mortis*, personalíssimo, solene e revogável), particularmente em razão da sua natureza *causa mortis*, sua interpretação difere daquela empregada na hermenêutica dos negócios *inter vivos*, especialmente dos contratos”. (NEVARES, 2009, p.35-37)

⁸⁷ Para Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho o testamento é ato bilateral apenas na geração de efeitos (eficácia). (2012, p.103)

⁸⁸ “Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.” (FIUZA, 2007, p.265).

⁸⁹ O artigo 1.901 do Código Civil Brasileiro prevê a possibilidade da remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

testamento para que seja feita uma releitura no contrato de mandato para ser adequado ao que se propõe. O primeiro ponto análogo seria que ambos são atos personalíssimos, porque é o próprio testador ou o mandante que emite a declaração de vontade. Tanto o testamento quanto o mandato permanente são negócios jurídicos revogáveis, o primeiro até o momento da morte do testador⁹⁰ e o segundo até antes da incapacidade do mandante.

Mas o ponto análogo mais significante que tem imensa relevância no plano da eficácia sob o aspecto temporal do mandato permanente, seria que ambos são negócios jurídicos com caráter patrimonial que têm projeção futura. A eficácia do testamento é *post mortem*, ou seja, é necessária a morte do testador para a eficácia do instrumento⁹¹. Já o mandato permanente também possui eficácia futura, pois ele se efetivaria com a incapacidade do mandante.

Nesse sentido, o mandato permanente trata-se de contrato de execução futura⁹², uma vez que se realiza somente com a superveniência da incapacidade do mandante. A sua eficácia não é após a morte como acontece no testamento, mas é futura e condicional, pois necessita da incapacidade da pessoa para iniciar a sua eficácia. Se a pessoa morrer capaz, tal mandato não terá eficácia.

Para César Fiuza (2006), os contratos se desenvolvem em dois momentos distintos, a celebração e a execução. De execução imediata são aqueles que se executam no momento da celebração, como em compra e venda à vista. Já a execução futura executa-se em momentos posteriores à celebração do contrato, como por exemplo, uma compra e venda a prazo.

De fato, muitos negócios, para a produção dos seus efeitos, necessitam de fatores de eficácia, entendida a palavra fatores como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.

São, por exemplo, casos de negócios, que precisam de fatores de eficácia, os atos subordinados à condição suspensiva. Enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeito; certamente a condição como cláusula, faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e a outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a

⁹⁰ Art.1858. CC. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

⁹¹ Art.1857. CC. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois da sua morte.

⁹² “O ordenamento jurídico tem se manifestado a respeito das projeções de vontade da pessoa também no âmbito existencial direcionadas para a eficácia futura. O Enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil, que afirma; “O art.14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico e altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto a aplicação do art.4º da Lei 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.” A Lei 9.434/97, que versa sobre doação de órgãos, já prevê a validade das manifestações de vontade dirigidas para o futuro, ou seja, a pessoa pode declarar no presente seu desejo de doar seus órgãos após a sua morte. No momento em que a pessoa estiver com total discernimento, ela pode deixar instruções para produzirem efeitos no futuro, quando ela estiver incapaz para decidir. O objeto de tais declarações pode ser o mais variado possível: nomear um representante ou curador, instruções sobre sua saúde, acerca da administração do seu patrimônio, etc.” (TEIXEIRA, 2010, p.381)

produção de efeitos. (AZEVEDO, 2002, p.55)

Desse modo, mesmo o mandato permanente sendo válido, se não ocorrer a incapacidade do mandante, não será eficaz não produzindo efeito algum. Da mesma forma se fará o testamento que necessita de acontecimento futuro, morte para a eficácia do negócio, e não com a sua incapacidade⁹³.

O art.1861 do Código Civil determina que a incapacidade superveniente do testador não invalide o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade. Tal regra deve ser aproveitada de forma análoga ao mandato permanente. Aplicando da seguinte forma: A incapacidade superveniente do mandante não invalida o mandato permanente, nem o mandato permanente do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.

Portanto a regra estabelecida para os mandatos em geral⁹⁴, na qual o mandato cessa pela incapacidade do mandante não se aplica ao mandato permanente já que é neste momento que sua função se implementa. De igual modo, fica totalmente desconstruída a hipótese de término do mandato permanente pela interdição do mandante, tendo em vista a reformulação do novo instituto do mandato que ora se apresenta.

A eficácia é a possibilidade de produzir os efeitos pretendidos. Assim, o mandato permanente só será ineficaz se não ocorrer a incapacidade do mandante, do contrário, ocorrendo a incapacidade e sendo o negócio jurídico válido esse se torna plenamente eficaz, produzindo os efeitos pretendidos pelo mandante. Não podendo assim o Judiciário encontrar barreiras para a eficácia desse novo instrumento. Para Ana Carolina Brochado Teixeira os

⁹³ “Se tomarmos, a título de exemplo, um testamento, temos que, enquanto determinada pessoa apenas cogita de quais as disposições que gostaria de fazer para terem eficácia após a sua morte, o testamento não existe; enquanto somente manifesta essa vontade, sem a declarar, conversando com amigos, parentes ou advogados, ou, mesmo, escrevendo em rascunho, na presença de muitas testemunhas, o que pretende que venha a ser sua última vontade, o testamento não existe. No momento, porém, em que a declaração se faz, isto é, no momento em que a manifestação, dotada de forma e conteúdo, se caracteriza como *declaração de vontade* (isto é, encerra em si não só uma forma e um conteúdo, como em qualquer manifestação, mas também as circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos), o testamento entra no plano da existência; ele existe. Isso, porém, não significa que ele seja *válido*. Para que o negócio tenha essa qualidade, a lei exige requisitos: por exemplo, que o testador esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, que as disposições feitas sejam lícitas, que a forma utilizada seja a prescrita. Por fim, ainda que estejam preenchidos os requisitos e o testamento, portanto, seja válido, ele ainda não é *eficaz*. Será preciso, para a aquisição de sua eficácia (eficácia própria), que o testador mantenha sua declaração, sem revogação, até morrer; somente a morte dará eficácia ao testamento, projetando, então, o negócio jurídico, até aí limitado aos dois primeiros planos, no terceiros e último ciclo de sua realização. O que ocorre com o testamento, ocorre, com clareza mais ou menos idêntica, em todos os negócios jurídicos. Todos eles somente atingem sua plena realização após passarem, sucessivamente, pelo plano da existência, plano da validade, e atingirem o da eficácia.” (AZEVEDO, 2002, p.24.25)

⁹⁴ Art.682. CC. Cessa o mandato:

II – pela morte ou interdição de uma das partes;

impedimentos encontrados para a eficácia da autodeterminação futura não podem ser considerados até pela *ratio* que origina o testamento. “Por isso, nenhum obstáculo existe para que a própria pessoa determine, também, a forma de administração do seu patrimônio, já que disposições patrimoniais futuras são válidas, conforme se pode constatar pela *ratio* que motiva a existência do testamento” (TEIXEIRA, 2010, p.361).

Outro argumento que se apresenta em favor do mandato permanente embasa na analogia que estabelece na tutela testamentária na qual faculta os pais designar tutor ao filho em testamento ou em outro documento autêntico⁹⁵. As regras da tutela se aplicam a curatela conforme dispositivo legal⁹⁶. Da mesma forma que os pais escolhem quem cuidará dos interesses do filho quando eles não puderem fazê-lo. Tal regra deverá ser aplicada de forma análoga à curatela e conseqüentemente ao mandato permanente, pois quem melhor poderia escolher um curador ou mandatário para gerenciar as suas questões patrimoniais, do que a própria pessoa eventualmente incapacitada no futuro. Tendo em vista que a principal função da curatela é sempre pela proteção da pessoa incapaz, os seus desejos e anseios devem ser sempre considerados.

Se a pessoa decidir o que é melhor para ela, no momento em que tem capacidade para isso, tal decisão deve ser vinculante ao Juiz, surtindo os efeitos jurídicos previstos, pois o Estado não pode impedir o exercício da autonomia privada da pessoa, que agindo dentro dos parâmetros legais, pretende realizar um contrato⁹⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro já autoriza a ideia de autonomia patrimonial futura, tendo como referência a *ratio* que origina o testamento. (TEIXEIRA, 2010) De igual modo, deve-se respeitar o direito de autodeterminação da pessoa e seus projetos de vida que desejou para serem exercidos no futuro quando ela não mais conseguir gerenciar o seu patrimônio.

Para Pietro Perlingieri (2007), não existe um número fechado de hipóteses tuteladas, sendo tutelado o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se um instrumento para realizar as formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações. O Juiz não pode negar tutelar a quem peça garantias sobre um aspecto existencial

⁹⁵ Art.1729. CC. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único: A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

⁹⁶ Art.1774 CC. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.

⁹⁷ “A autonomia deve ter como correlato complementar a responsabilidade, pois a pessoa deve ter discernimento para tomar as decisões autoreferentes, ciente de todas as conseqüências dos seus atos. Podemos, portanto, fazer a seguinte equação para evitar o paternalismo que inferioriza e desvaloriza a dignidade do outro: discernimento + responsabilidade = autonomia.” (TEIXEIRA, 2010, p.378-379)

que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem relevância no ordenamento, e, portanto uma tutela também em via judicial⁹⁸.

Como vimos, o testamento é uma forma expressa do exercício da autonomia patrimonial futura já regulamentada legalmente. E é com embasamento nesse instituto tão consolidado que o mandato permanente buscou através da analogia a sua interpretação, validade, eficácia e inclusão no ordenamento jurídico para produção dos efeitos como planejados.

2.2 A autocuratela patrimonial: uma nova realidade de autoproteção antecipada do patrimônio do interdito de acordo com a vontade

A expressão *autocuratela*⁹⁹ é a instituição pela qual se possibilita que a pessoa capaz, mediante um documento apropriado, deixe preestabelecidas as suas questões (patrimoniais e/ou existenciais), para ser implementadas em uma eventual incapacidade. Tal administração pode ser realizada através de pessoas designadas ou um organismo tutelar que teriam que desempenhar os cargos de mecanismo de vigilância e controle. Esse seria o conceito positivo da *autocuratela*, mas em paralelo também cabe um conceito negativo, ou aquele pelo qual se exclui expressamente determinadas pessoas no exercício dessa função. (GARCÍA, 1999).

No presente trabalho, será estudada apenas uma espécie de autocuratela, que seria o mandato permanente exclusivo para as questões patrimoniais. Mas existem outras modalidades de autodeterminação seja no âmbito patrimonial seja no existencial para a proteção da autonomia do incapaz. Como por exemplo, a figura do administrador¹⁰⁰, da escritura pública¹⁰¹, do *trust*¹⁰², da sociedade unipessoal¹⁰³, holdings patrimoniais¹⁰⁴,

⁹⁸ “Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado e a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal ou projeto que não seja deles, por mais nobres que sejam as razões invocadas.” (SARMENTO, 2004, p.175)

⁹⁹ A expressão utilizada pelo autor é *autotutela*, todavia para adequarmos ao sistema jurídico brasileiro adaptamos para *autocuratela*.

¹⁰⁰ De acordo com Paula Távora Vítor o “administrador” compreende diferentes figuras jurídicas adotadas no espaço europeu. O administrador reconduz aos esquemas tradicionais da representação e da assistência. Todavia, consagra, por regra, soluções mais maleáveis à autonomia da pessoa protegida do que a curatela. (2008, p.210)

¹⁰¹ De acordo com Serrano Garcia, a Lei 9/1988, de 15 de julho do Código de Família Catalão, já havia disposto sobre a *autotutela* (autocuratela seria a nomenclatura adaptada para o ordenamento jurídico brasileiro). Sendo que qualquer pessoa, em previsão de ser declarada incapaz, pode nomear, em *escritura pública*, as pessoas que querem que exerçam algum ou alguns dos cargos tutelares (curatelaes) estabelecidos, assim como designar

declaração prévia de vontade¹⁰⁵ (testamento vital), mandato duradouro¹⁰⁶, entre outras.

Mas o presente estudo terá enfoque somente na figura do mandato permanente para questões patrimoniais como forma de autorregulamentação futura, estabelecendo assim mecanismos de proteção preventiva.

O mandato permanente possibilita a construção, por parte da pessoa que possa vir a sofrer uma incapacidade, de esquemas de administração de todo ou de parte de seu patrimônio, sendo um mecanismo de proteção, apoiado em um instrumento que já existe no

substitutos dos mesmos ou excluir determinadas pessoas. Em caso de pluralidade sucessiva de designações, será prevalecida a última nomeação. Também pode estabelecer o funcionamento, a remuneração e o conteúdo em geral. Essas nomeações podem ser realizadas tanto da forma conjunta ou sucessiva. As nomeações e as exclusões podem ser impugnadas pelas pessoas chamadas pela lei para exercer a tutela (curatela) e pelo Ministério Fiscal (curatela). (SERRANO GARCIA, 2008, p.199). No ordenamento jurídico brasileiro é plenamente possível os cartórios de notas lavrarem escrituras públicas declaratórias nesse sentido. Mas essa é uma declaração unilateral de vontade, diferentemente do mandato permanente, que sendo contrato bilateral, temos a obrigação recíproca entre as partes na realização do negócio.

¹⁰² “O *trust* é uma figura jurídica com raiz nos países de *common law* que serve o fim da administração do patrimônio de pessoas com capacidade diminuída. O *trust* opera uma transferência da propriedade sobre um bem ou conjunto de bens do disponente para um terceiro, que deve administrar esses bens e exercer esse direito a favor de um beneficiário” (VÍTOR, 2008, p.313)

¹⁰³ MARTINEZ GARCÍA (1999) aduz a possibilidade de aportar o patrimônio de pessoa capaz, mas que deseja a proteção patrimonial futura no caso de uma incapacidade superveniente, para uma pessoa jurídica, no caso uma sociedade unipessoal, dessa forma a administração da empresa, bem como os bens ficará responsável a pessoa que escolheu de sua confiança e capacitada para o cargo, imune as causas de incapacidade. Argumenta assim que “pode-se estruturar um sistema de autoproteção através das sociedades mercantis, e em particular as de tipo capitalista, nas que o sistema organizador que descansa na separação das funções entre seus órgãos e autonomia dos administradores no desempenho do trabalho podem aconselhar, mediante o expediente de confiar dita administração a pessoas tecnicamente capacitadas para gestão de patrimônios e da plena confiança dos sócios, que é transmitir a sociedade o patrimônio de quem sente que suas capacidades se mínguem. Por se tratar de uma figura muito nova, cabe fazer uma breve referência a sociedade unipessoal. Perante eventualidade da perda progressiva da capacidade, pode-se oferecer ao sujeito o recurso de aportar seu patrimônio a uma sociedade unipessoal e desta sociedade será sócio único, e cuja administração encarregará a pessoa de sua confiança. Superadas as críticas dessa forma social, não cabe qualificar ao negócio nem de fraudulento nem de simulado. Na realidade é um recurso que permite ao titular manter, através da administração que um terceiro desempenhará seu patrimônio imune das causas de incapacidade, que lhe possam afetar. Toda esfera de atuação externa da sociedade ficará nas mãos do órgão de administração, com que a gestão do patrimônio poderá se levar a cabo de maneira ágil e profissional. Na fase de defeito da capacidade que não tenha chegado, a constituir causa de incapacitação, estará então solucionado o problema da gestão patrimonial e, uma vez prolatada, em seu caso, a sentença de incapacitação, todos esses não levarão ao cessamento do administrador, também não impedirá o controle de sua atividade, que será levado a cabo pelo representante legal do incapacitado, que exercerá as funções correspondentes a junta geral. Portanto, além de manter as decisões relativas as questões estruturais ou internas da sociedade, o representante legal exercerá o controle que o administrador leve adiante, podendo procurar em seu caso, o seu cessamento.”⁷ (1999, p.117-118)

¹⁰⁴ “As holdings patrimoniais, são sociedades em forma de S.A. ou LTDA, que têm por função participar do capital de outras sociedades para controlá-las, sem praticar atividade comercial ou industrial. Através da integralização do capital com os bens móveis ou imóveis é possível transferir a propriedade dos bens aos herdeiros em vida ou imediatamente após a morte.” (BANNURA, 2008, p.261).

¹⁰⁵ “Declaração prévia de vontade do paciente terminal é o documento escrito por uma pessoa capaz, no pleno exercício de suas capacidades, com a finalidade de manifestar previamente a sua vontade, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne um paciente terminal e esteja impossibilitado de manifestá-la” (DADALTO, 2010, p.142)

¹⁰⁶ “Mandato duradouro é a nomeação de um procurador de cuidados de saúde, cujas atribuições consistem em expressar a vontade do paciente, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido, quando estiver em estado de terminalidade.” (DADALTO, 2010, p.142)

ordenamento jurídico brasileiro que é a figura do mandato. O mandato permanente consegue conciliar os interesses de proteção e de promoção da autonomia da pessoa, sujeita a uma futura incapacidade.

Importante ressaltar que, no momento da elaboração do mandato no qual o mandante outorga poderes ao mandatário, aquele deverá exercer sua autonomia de forma clara, livre, consciente e sem nenhuma coação ou interferência externa, sendo uma vontade pessoal. A materialização da autonomia pressupõe requisitos para que se dê, de maneira válida, quais sejam: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos (SÁ; PONTES, 2009, p. 46)

Assim, o exercício da autonomia patrimonial com eficácia futura se faz pelo poder que a pessoa tem para dispor de questões patrimoniais que serão realizadas no futuro de acordo com os seus interesses e entendimento de vida. A autonomia patrimonial e o poder de autodeterminação na escolha do curador que existe na curatela administrativa prevista no Código Civil devem ser estendidos por meio do instituto do mandato permanente. Nesse caso, a pessoa precavida, com total discernimento, antes de ser acometida por uma incapacidade já determina, por um documento, quem e como gostaria que fosse gerenciado o seu patrimônio para que, no futuro, caso venha a ser submetida a um processo de interdição, já tenha preestabelecido a forma e o curador que gerenciará os seus bens.

O que se argumenta seria a defesa pelas pessoas que são plenamente capazes de administrar a sua vida e que planejam o futuro com suas escolhas individuais. No caso de uma incapacidade intelectual, por exemplo, essas pessoas, pelo exercício de uma vontade preestabelecida, podem ter o controle patrimonial dos seus bens e rendimentos mesmo não estando diretamente na gerência deles no momento, mas, de certa forma, estará exercendo sua autonomia por meio da nomeação e gestão de uma pessoa de sua confiança.

Já percebemos uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de conceder maior importância à vontade do indivíduo, que sendo cuidadoso e precavido, dispõe de seus interesses patrimoniais para o caso de uma futura incapacidade. Essa intenção é válida e positiva, uma vez que privilegia e respeita a vontade da pessoa no momento que ela não pode gerenciar a sua vida por si só. No entanto, a vontade não será totalmente cumprida se não estiver em sintonia com o benefício para o incapaz.

Faz-se necessária uma utilização desse novo instituto do mandato permanente no ordenamento jurídico brasileiro, posto que somente o próprio indivíduo é quem mais sabe o que é melhor para ele e para o seu patrimônio. Desta forma, os anseios da pessoa devem ser respeitados, mesmo após a sua incapacidade. Tendo como base tais argumentos e a ideia de

que a autonomia patrimonial com eficácia futura já encontra previsão em nosso ordenamento jurídico, desenvolveremos no próximo capítulo os desdobramentos do instituto do mandato permanente.

3. O MANDATO PERMANENTE COMO ALTERNATIVA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO FUTURA DO PATRIMÔNIO DO INCAPAZ

“A proteção patrimonial deve ser um meio para a proteção do ser, encontrando justificativa para assegurar a própria essência humana. Ou seja, a proteção do patrimônio não é um fim em si mesma, mas o meio, um caminho, para a completa proteção do ser.” (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 840)

As pessoas estão mais precavidas em relação ao futuro, com a pretensão de proteger situações jurídicas vindouras por razões de idade¹⁰⁷ ou por alguma enfermidade que venha a comprometer, de maneira gradual, a sua capacidade psíquica de forma permanente ou temporária como, por exemplo, o Alzheimer ou algum acidente cujas sequelas diminuam o discernimento ou até mesmo, antes de realizar uma cirurgia delicada que pode comprometer a sua capacidade.

Para se prevenir, as pessoas cautelosas contratam seguro de vida, de saúde ou fazem aplicações em fundos de investimentos, aplicações bancárias, bem como procuram outros investimentos, tais como rendas de aluguéis, ou algum plano de previdência privada que lhes garanta uma renda vitalícia, resguardando-se, assim, para o caso de uma futura incapacidade¹⁰⁸ ou na própria velhice, quando não tenham mais condições de trabalhar.

Esses valores lhes garantiriam uma condição satisfatória de vida, preservando a sua dignidade. Todavia, a problemática gira em torno da pessoa de confiança do futuro curatelado a gerenciar esses bens e interesses, no caso de uma incapacidade superveniente e de qual forma deveriam ser administrados.¹⁰⁹

Atualmente, com o crescente número de doenças degenerativas na sociedade, a pessoa

¹⁰⁷ “Segundo pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), a expectativa de vida no País, que alcançava 41,5 anos, sete décadas atrás, atualmente ultrapassa os 73 anos. Em 2050 a expectativa de vida será de 81,3 anos. E mudanças de comportamento são fundamentais para o aumento da longevidade, atestam os especialistas. Um dos maiores problemas atuais de saúde tende a crescer no futuro. Em 2003, 29,9% da população brasileira declarou ser portadora de ao menos uma doença crônica. Entre a população com 60 anos ou mais o percentual sobe para 75,5%. Em 1998 esse número chegava a 78,7%. Do total de idosos com doenças crônicas, 64,4% tinham mais de uma patologia, 69,3% dos homens possuem doenças crônicas, entre as mulheres esse percentual sobe para 80,2%.” (REVISTA ISTOÉ. Editora Três, n. 2.168, ano 35, p. 84-85, 1º jun. 2011).

¹⁰⁸ Juan-José Lopez Ibor, Presidente da Associação Mundial de Psiquiatria informa que para o ano de 2020 a depressão será a segunda causa de incapacidade intelectual e volitiva, somente superada pelos acidentes vasculares. (LEÑA FERNÁNDEZ, 1999, p.194-195)

¹⁰⁹ O aumento da expectativa de vida está criando critérios de escolhas relativos a questões patrimoniais e existenciais, apesar de muitas pessoas serem resistentes a essa nova proteção.

capaz, quando lhe é anunciado um sofrimento que pode privar a sua capacidade, toma algumas precauções. Estas podem ser consubstanciadas por meio de encargos a um mandatário.

Dessa forma, uma pessoa idosa ou que já tenha uma doença preexistente que vai lhe privar a sua capacidade no futuro, pode, eventualmente, desejar que uma pessoa venha a administrar seu patrimônio e que com os rendimentos custeiem a sua estada em uma casa de reabilitação, onde terá conforto e estrutura desejada. Tal escolha de vida é totalmente viável caso ela não tenha condições de administrar o seu patrimônio no futuro, desde que se estabeleça essa sua vontade por meio do mandato permanente.

Serão analisados e apresentados nesse capítulo os requisitos de validade desse novo mandato com eficácia futura para questões patrimoniais, sendo feito uma releitura ao contrato de mandato já previsto no ordenamento brasileiro a fim de que surta os efeitos jurídicos esperados com a incapacidade do mandante.

3.1 Mandato x mandato permanente

Antes de entrar no estudo sobre o mandato, importante analisar o instituto da representação¹¹⁰ que não se confunde com o mandato. Para Francisco Amaral, a representação é “uma verdadeira legitimação para agir por conta de outrem”. (AMARAL, 2006, p.432). Ou seja, efetiva o poder que uma pessoa possui para praticar atos jurídicos, normalmente, no interesse do representado. Quanto a origem, a representação pode ser legal (ou de ofício) quando nasce da lei, ou voluntária (convencional ou negocial) quando provém de um negócio jurídico por manifestação da vontade, como ocorre no mandato.

A representação legal visa suprir a impossibilidade de agir de determinadas pessoas, assim se verificam no poder familiar, tutela e curatela. Na representação voluntária, “o poder de representação nasce e se exerce por meio da procuração, negócio jurídico unilateral com que uma pessoa (*dominus negotii*) outorga voluntariamente a outra o poder de representação”. (AMARAL, 2006, p.443). Mas tanto a representação legal e a representação voluntária produzem efeitos diretamente na esfera jurídica do representado.

¹¹⁰ Art.115. CC. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

O mandato¹¹¹ é um contrato de grande utilidade prática no dia a dia. É um negócio jurídico pelo qual uma pessoa (mandatário) recebe poderes de outra (mandante) para praticar atos jurídicos ou administrar interesses.

O mandato¹¹² é uma representação convencional, em que o representante pratica atos que dão origem a direitos e obrigações que repercutem na esfera jurídica do representado. O mandatário, como representante do mandante, fala e age em seu nome e por conta dele (DINIZ, 2006, p.333). Assim, a pessoa necessita, muitas vezes, da ajuda de um terceiro para realizar atos que não poderia realizar no futuro. O contrato de mandato surge como alternativa viável para a realização desses atos.

O mandato é *intuitu personae*, isto é, são celebrados em consideração às qualidades técnicas, morais e pessoais do mandatário, tendo como pressuposto fundamental a confiança entre as partes, mas pode, a qualquer momento, ser revogado, sem depender do consenso da outra parte. Cuida-se de um contrato preparatório, sendo sua finalidade habilitar o mandatário a praticar certos atos, mencionados pelo mandante e que são os contratos finais, pretendidos por esse último. Todo mandato visa à realização de atos posteriores ou subsequentes (RIZZARDO, 2008, p. 680).

O mandante deposita no mandatário toda confiança e esperança para que seja realmente cumprida a sua pretensão. A fidelidade seria a palavra-chave para constituição de um mandato, pois se o interessado, na realização de um negócio jurídico, não pode praticar o ato, existe a possibilidade de efetuar-lo por intermédio de outra pessoa da sua confiança.

Para a aceitação do mandato, é exigido o consentimento do mandatário, o qual deve ser manifestado no sentido de aceitar o encargo que lhe é conferido, “dando vida” ao contrato. Assim, a recepção da procuração, sem recusa, induz a aceitação. A aceitação pode ser expressa quando o mandatário anui à vontade do mandante e demonstra que aceitou a incumbência. Seja verbal ou escrita, a manifestação se dá pela resposta positiva evidenciada pelo mandatário ao mandante, declarando claramente consentir o encargo que lhe foi conferido. (RIZZARDO, 2008, p. 692) Sobre o contrato de mandato deve ser destacado o posicionamento de Orlando Gomes

O mandato é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por

¹¹¹ “Mandato vem de *manus*, mão; e *data*, dada. Mandato, mão dada, porque o mandatário apertava a mão do constituinte, era símbolo de fidelidade da antiguidade”. (PESSOA, 2006, p.5)

¹¹² O conceito do mandato está disciplinado no art. 653 do Código Civil, senão vejamos: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento desse mandato”.

conta da outra, um ou mais atos jurídicos. O contrato tem a finalidade de criar essa obrigação e regular os interesses dos contratantes, formando a relação interna, mas, para que o mandatário possa cumpri-la, é preciso que o mandante lhe outorgue o *poder de representação*, se tem, ademais, interesse em que haja em seu nome, o poder de representação tem projeção exterior, dando ao agente, nas suas relações com terceiras pessoas, legitimidade para contratar em nome do interessado, com o inerente desvio dos efeitos jurídicos para o patrimônio deste último. (GOMES, 2001, p. 347)

Do ponto de vista probatório, a procuração, como projeção externa do mandato, traduz o elemento identificador da legitimidade e dos limites de atuação do mandatário em face de terceiros. Já o mandato, sob seus aspectos estritamente internos, esclarece as relações entre mandante e mandatário. (TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2006, p.422)

O mandato é um contrato bilateral, por terem ambas as partes direitos e deveres. O mandante terá, quando nada, duas obrigações: a de facilitar a execução do mandato e a de responder pelas obrigações assumidas pelo mandatário (FIUZA, 2006, p. 572). A celebração do contrato de mandato resulta da vontade das partes configurando como um contrato de prestação de serviços. Já a procuração é um negócio jurídico unilateral, autônomo, já que basta a declaração de vontade do outorgante, concedendo apenas poderes e não deveres.

A procuração constitui-se em instrumento da representação e não do mandato, visto que objetiva outorgar os poderes de representação, a fim de que o ato praticado pelo representante vincule o representado, como se este próprio tivesse realizado pessoalmente o negócio. (TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2006, p. 422-423)

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

O mandato permanente é convencional, pois é essencial a existência de representação, como instrumento representativo.¹¹³ É necessário que o encargo conferido ao mandatário tenha por objeto a realização de um ato jurídico, ou de uma série de atos jurídicos. O mandato permanente respeita a autonomia do mandante e pode assumir o seu papel devendo ser adequado a sua função até pelo fato de o instituto do mandato já ser consolidado e tradicionalmente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹³ Paula Távora Vítor (2008) pretende que o mandato permanente que é um mandato com representação voluntária avance para um campo tradicionalmente reservado à representação legal.

Como já existem em alguns países, os mandatos permanentes seriam uma alternativa jurídica para a escolha antecipada de como será administrado o patrimônio da pessoa no caso de uma incapacidade superveniente. Todavia, o Código Civil Brasileiro dispõe que, nos casos de incapacidade do mandante, o mandato estará extinto. Como já mencionamos, e de acordo com este estudo, será possível admitir uma continuação da eficácia do mandato naqueles casos em que o mandante, com capacidade de fato para agir, consinta expressamente que o mandatário venha gerir suas questões patrimoniais no caso de uma futura incapacidade.

A figura do mandato já está prevista no Código Civil, mas no presente capítulo, esse instrumento será reinterpretado para atender a perspectiva funcional do mandato permanente, que seria a eficácia dos poderes ao mandatário mesmo com a incapacidade do mandante, nomeando esse tipo de mandato em *mandato permanente*, *mandato futuro* ou *mandato preventivo*.

3.2 Mandato permanente no direito estrangeiro

Nos países de *common law*, existe a possibilidade de administração dos bens do incapaz, desde que esse tenha outorgado um poder duradouro, regulado pelo instrumento *Enduring Powers of Attorney* (Poder duradouro para o representante). A lei de 1985 (Ley de Poderes Duraderos Del Representante) prevê a possibilidade de outorgar uma procuração que não perde a eficácia com a incapacidade superveniente do outorgante. Na prática, esses poderes são concedidos para que comecem a produzir efeitos com a incapacidade do outorgante. O principal benefício de tal outorga antecipada é que se evita tempo e dinheiro para nomeação de um representante no momento da incapacidade. (GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, 2002, p. 7)

Através desse mecanismo, o outorgante concede poder ao outorgado para agir em seu nome, indicando expressamente que tal instrumento não será afetado pela incapacidade superveniente do representado. Tal instrumento confere ênfase à vontade da pessoa na administração dos seus bens no momento em que se encontrar incapacitada.

Assim são atribuídos poderes representativos a uma pessoa, num momento em que o representado se encontra na posse das suas capacidades intelectuais e volitivas, para que, na eventualidade de se encontrar incapaz de tomar decisões, o representante as tome no seu

lugar. (VÍTOR, 2008, p. 229)

Esse poder pode se estender a todos os assuntos patrimoniais ou somente a alguns, segundo tenha determinado o outorgante. O outorgado deve ter uma contabilidade fiel a todos os bens e assuntos patrimoniais do enfermo. (GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, 2002, p. 8)

Uma vez ocorrendo a incapacidade mental, o representante (*Attorney*) deve comunicar à Corte de Proteção¹¹⁴, a fim de que o poder seja registrado em um processo de comprovação da incapacidade, em que é designada audiência com o incapaz e seus familiares. (GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, 2002, p. 8-9)

Com relação ao controle da atividade do outorgado, uma vez registrado o poder, a Corte de Proteção não tem o encargo de uma supervisão constante e regular (por exemplo, pode o outorgado perfeitamente vender a casa do enfermo sem a necessidade de informação ou autorização de nenhuma autoridade). (GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, 2002, p.8-9)

Assim, a autoridade somente atuará quando for solicitada por um parente ou amigo do outorgante, alegando a existência de algum abuso. Também a própria Corte pode atuar de ofício quando achar conveniente. A consequência desta intervenção de ofício pela Corte pode ser a revogação dos poderes do outorgado e a nomeação de outro representante.

Para Paula Távora Vítor (2008), uma das maiores falhas apontadas ao *durable power of attorney* resulta do fato desse mecanismo não criar para o representante a obrigação de agir. Assim, o representante pode, a qualquer momento, cessar a sua atuação, deixando a pessoa incapacitada numa situação de total falta de proteção, podendo assim causar vários prejuízos. Sendo que a conduta omissiva pode comprometer o resultado de um contrato que objetiva a proteção de interesses do incapaz. A ausência de deveres por parte do representante torna impune a ausência de representação.

Já no contrato de mandato, cria-se para o mandatário uma obrigação de agir, havendo, portanto, responsabilidades para ambas as partes. Dessa forma, fica ele incumbido dos deveres contratuais, podendo ser responsabilizado pelas obrigações assumidas. “Isso é

¹¹⁴ A lei de saúde mental está em vigor na Inglaterra desde 1983, que regulamenta normas de proteção para os enfermos mentais. A administração do patrimônio do doente mental segue um caminho distinto e independente com relação aos cuidados com a sua pessoa. Dentro da Suprema Corte existe uma dependência chamada Corte de Proteção, dedicada à administração dos bens da pessoa que é incapaz. A Corte de Proteção tem Jurisdição Própria e está dirigida por um Juiz Master, nomeado pelo Lorde Chanceler. Existem ainda outros funcionários nomeados pelo Lorde Chanceler de especial relevância para compor essa Corte de Proteção. Para que se produza a intervenção da Corte é necessário provar que a pessoa é incapaz por razão de transtorno mental de administrar seus bens. Não é necessário que essa pessoa seja internada em hospital psiquiátrico ou sujeita ao procedimento de interdição. (GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2002) A figura da Corte de Proteção tem um formato com alguma similitude com o Ministério Público no nosso ordenamento jurídico, é claro que com várias diferenças organizacionais e até governamentais. Todavia ambos buscam a proteção do incapaz no seu aspecto patrimonial.

particularmente relevante se pensarmos que com o *mandato permanente* estaremos perante um mandante particularmente frágil, de capacidade diminuída.” (VÍTOR, 2008, p. 237).¹¹⁵

Existe ainda outra figura no ordenamento jurídico espanhol, a “autotutela”, que consiste na faculdade que goza a pessoa com capacidade de fato para designar o seu próprio curador, ou para excluir determinadas pessoas. Esse instrumento visa resguardar a vontade da pessoa capaz que já está prevendo uma futura e eventual incapacidade. Todavia a “autotutela” não goza de um caráter vinculante absoluto, uma vez que é realizado através de escritura pública com a finalidade apenas declaratória, mas tem um caráter preferencial em relação ao judiciário.

Conforme elucida SERRANO GARCIA (2008, p. 199) a Lei de Direito Civil da Comunidade Autônoma da Galícia (Reino da Espanha), de julho de 2006, trata da *autotutela*, nos arts. 42 a 45. A definição do instituto se encontra no art. 42 cujo conteúdo exprime, em linhas gerais, que na previsão de eventual incapacidade, qualquer pessoa maior de idade (mas que tenha capacidade de fato suficiente) poderá designar, por escritura pública, pessoa física ou jurídica para o exercício do cargo de *tutor*.¹¹⁶ Do mesmo modo poderá nomear substitutos dos designados em exercer a *tutela* e excluir determinadas pessoas para o cargo. A pessoa interessada também pode delegar ao seu cônjuge ou outra pessoa a escolha do futuro *tutor*, entre uma pluralidade de pessoas naturais ou jurídicas, previamente identificadas ou relacionadas em escritura pública. A legislação da Galícia concede ampla liberdade para organizar a *tutela*. Essas disposições são vinculadas ao juiz, salvo se entender de maneira fundamentada a conveniência de tomar outras decisões.

A lei 13/2006, de 27 de dezembro, da Corte de Aragão, prefere falar da delação feita por si mesmo, no lugar da expressão *autotutela*, assim

O artigo 95, depois do título do preceito, diz: “1. Conforme o princípio *standum est chartae*, qualquer pessoa maior de idade e com capacidade de trabalhar suficiente, em previsão de ser incapacitada judicialmente, poderá em escritura pública, designar as pessoas que tem de exercer as funções tutelares e suas substitutas, excluir determinadas pessoas ou dispensar as causas de inabilitação, assim como adotar qualquer outra disposição relativa a sua pessoa ou bens, incluindo a outorga de um mandato que não se extinga com a sua incapacidade ou incapacitação. Poderá também estabelecer órgãos de fiscalização, assim como designar as pessoas que

¹¹⁵ No ordenamento jurídico brasileiro já existe a representação legal por meio do instituto da curatela. O curador fica investido em um dever-poder que será exercido com a incapacidade do interdito. Já a procuração só concede poderes, ao passo que o mandato concede direitos e deveres entre as partes.

¹¹⁶ No caso do ordenamento jurídico brasileiro as expressões mais condizentes seriam curador e curatela, posto que as expressões tutela e tutor, previstas no nosso ordenamento jurídico, seriam para os casos de proteção de menores.

tenham de integrá-los, sem prejuízo da vigilância e controle pelo Juiz e o Ministério Fiscal.¹¹⁷ (Tradução nossa)

Esse mecanismo de “autotutela”¹¹⁸ será realizado através de escritura pública notarial, podendo conter várias disposições para o exercício futuro, facultando a escolha das atribuições tanto para pessoa física ou jurídica. Pode ainda ser exercida por um indivíduo ou por vários, com faculdades de atuação conjunta, solidária, sucessiva e fracionária. Dessa forma, torna eficaz a administração, uma vez que pode determinar que certa pessoa conduza as questões pessoais do interdito e outra pessoa, seja física ou jurídica, conduza os assuntos patrimoniais.

No ordenamento jurídico brasileiro tal escritura pública declaratória seria juridicamente viável, uma vez que os tabeliães de notas, segundo a Lei 8.935/94¹¹⁹, possuem competência exclusiva para a lavratura desse instrumento. Contudo, entre o instrumento do mandato que garante direitos e deveres entre as partes e o instrumento da escritura pública que tem caráter apenas declaratório e não obrigacional, o mandato seria mais seguro e protetivo para regulamentar as questões patrimoniais do incapaz.

Assim a melhor hipótese de proteção patrimonial para o incapaz seria através de um mandato permanente, no qual mandante e mandatários possuiriam direitos e deveres entre si, vinculando um ao outro de modo constante. Desta forma, foi encontrada uma solução jurídica pelo Código Civil de Quebec, modificado em 1991, no qual foi regulamentada a figura do mandato permanente conforme preceitua García:

O Código de Quebec tem uma seção inserida no capítulo do mandato que se intitula *Regras Especiais para o mandato dado em previsão da falta de aptidão do mandante* (art. 2.166 a 2.174). Há, no começo, normas que estabelecem a forma deste contrato (perante tabelião ou duas testemunhas). Porém, mais vantagens têm as disposições acerca da homologação do mandato que tem que se pronunciar o tribunal, podendo pronunciar-se inclusive antes, se a homologação é iminente e exige atuar para evitar ao mandante um prejuízo sério, pode o tribunal, neste caso, ditar qualquer disposição a fim de assegurar a proteção da pessoa do mandante, sua representação no exercício de seus direitos civis ou na administração de seus bens. O

¹¹⁷ ‘El artículo 95, después del título del precepto, dice: “1. Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez el Ministerio Fiscal.”(SERRANO GARCIA, 2008, p.199-200)

¹¹⁸ Para Paula Távora Vítor, a “autotutela” consiste na faculdade que goza uma pessoa plenamente capaz de designar o seu próprio tutor ou de excluir alguém desse cargo, em previsão de sua própria incapacidade. (2008, p.210)

¹¹⁹ Art.7º. Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: I – lavras escrituras e procurações, públicas;

tribunal tem facultades, inclusive, para deixar sem efeito o mandato quando concorre um motivo sério que justifique a revogação do ato (art. 2.167).

Quando o mandato está descrito de forma duvidosa, o mandatário tem que interpretá-la de acordo com as regras da tutela de maiores. E, para o caso de solicitar uma opinião, um consentimento, ou uma autorização, para aplicar as regras relativas à administração de um bem de outro, o mandatário terá que obter do curador público ou do Tribunal.

Deste modo se estabelece que, caso o mandato seja dado de forma que não consinta assegurar plenamente o cuidado da pessoa ou a administração de seus bens, pode se estabelecer um regime de proteção para completá-lo. Neste caso a prestação de contas se fará ao tutor ou ao curador (art. 2.169). (GARCÍA, 2008, p. 280-281, tradução nossa)¹²⁰

Conforme acima exposto, no Código Civil de Quebec, trata-se de alternativa viável por meio do mandato permanente, no qual uma pessoa concede a outra o poder de representação para a prática de atos jurídicos e que pela sua aceitação a obriga a exercê-lo. Importante ressaltar que o poder que exterioriza o contrato de mandato somente terá eficácia uma vez que sobrevenha a incapacidade do mandante. E determina que no caso de dúvida sobre o sentido do alcance do mandato, este seja interpretado com referência à *tutela* de maiores, que no caso do ordenamento jurídico brasileiro seria através do instituto da curatela.

O mandato permanente protege os interesses do mandante incapaz, pois gera obrigação de agir do mandatário nas suas atribuições já preestabelecidas. O incapaz deve ser totalmente resguardado no momento de sua incapacidade, devendo ser blindado por instrumentos mais protetores, uma vez que estará totalmente vulnerável quando ocorrer a eficácia desse contrato.

¹²⁰ El Código de Quebec tiene una sección, dentro del capítulo del mandato que se titula *Reglas especiales para el mandato dado en previsión de la falta de aptitud del mandante* (arts. 2.166 a 2.174). Hay, al comienzo, normas que establecen la forma de este contrato (ante notario o do testigos). Pero más interés tienen las disposiciones acerca de la homologación del mandato que tienen las disposiciones acerca de la homologación del mandato que tiene que pronunciar el tribunal, pudiendo pronunciarse incluso antes si la homologación es inminente y exige actuar para evitar al mandante un perjuicio serio; puede el tribunal en este caso dictar cualquier disposición a fin de asegurar la protección de la persona del mandante, su representación en el ejercicio de sus derechos civiles o en la administración de sus bienes. El tribunal tiene facultades, incluso, para dejar sin efecto el mandato cuando concurre un motivo serio que justifique la revocación del acto (art. 2.167).

Cuando el mandato está concertado de forma dudosa, el mandatario tiene que interpretarlas de acuerdo con las reglas de tutela de los mayores. Y, para el caso de que haya que recabar una opinión, un consentimiento o una autorización, para aplicar las reglas relativas a la administración de un bien de otro, el mandatario tiene que obtenerlos del curador público o del tribunal.

Se establece, asimismo que en el caso de que el mandato se haya dado de forma que no consinta asegurar plenamente el cuidado de la persona o la administración de sus bienes, puede establecerse un régimen de protección para completarlo. En este caso la rendición de cuentas se hará al tutor o al curador (art. 2.169).

3.3 Requisitos configuradores do mandato permanente

A figura do “mandato permanente”, que ora analisamos, envolve algumas particularidades que devem ser consideradas, até pelo fato de esse mandato iniciar seus efeitos com a incapacidade do mandante, senão vejamos:

3.3.1 Capacidade para constituir mandatário

Devido a sua natureza contratual, o mandato reclama o consentimento das partes, exigindo, para tanto, capacidade de fato¹²¹ não só do mandante como do mandatário. O mandante deve ter capacidade no instante da elaboração da procuração, estar lúcido, sendo livre a sua vontade sem qualquer coação,¹²² ou seja, deve possuir capacidade exigida por lei, para a prática de atos jurídicos em geral no momento da realização do mandato. Dessa forma, se o mandante for absolutamente incapaz¹²³ não poderá celebrar o mandato permanente, nem mesmo por meio de representante.

Todas as pessoas maiores ou emancipadas no gozo dos direitos civis são aptas a ser mandantes, pois possuem capacidade de fato. Taísa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá entendem que,

Para o direito, capacidade implica ter direitos (capacidade de gozo) e exercê-los por si só. A capacidade de gozo não é negada a nenhum ser humano; a de exercício é reconhecida aos seres humanos que têm discernimento para tomar decisões e suportar as consequências dessas. As doenças mentais podem determinar uma redução de capacidade de exercício (incapacidade relativa) ou, em situações extremas, a negação dela (incapacidade absoluta). (LIMA; SÁ, 2011, p.160)

¹²¹ Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “enquanto que a personalidade tende ao exercício das relações existenciais, a capacidade diz respeito ao exercício de relações patrimoniais.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 873)

¹²² “O sujeito deve ser capaz de querer e entender, ou seja, deve ter discernimento e ser capaz de compreender a globalidade da decisão que está tomando, que apenas produzirá eficácia se ocorrer a condição suspensiva da incapacidade superveniente.” (TEIXEIRA, 2010, p. 364)

¹²³ “São reputados *absolutamente incapazes* aqueles que não possuem qualquer capacidade de agir, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico, a sua manifestação de vontade. Exatamente por isso, precisam estar representados por terceira pessoa (o chamado representante legal). O representante legal, então, praticará os atos da vida civil em nome do representado (o incapaz absolutamente). A incapacidade absoluta veda, portanto, o exercício das situações jurídicas pessoalmente pelo titular.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 879)

Desta forma, qualquer pessoa que tenha capacidade de fato e discernimento¹²⁴ pode regulamentar, por meio de um negócio jurídico, um mandato permanente,¹²⁵ que disponha de questões patrimoniais nas quais serão cumpridas no caso de uma futura incapacidade do mandante. Como, por exemplo, uma deficiência psíquica, estado de coma, doença que pode gerar um estado vegetativo, entre outras enfermidades que possam ser preexistentes ou não e que levam a uma futura incapacidade do mandante.

Para Paula Távora Vítor, no momento da celebração do contrato de *mandato permanente* pode exigir-se a presença de duas testemunhas que atestem que o representado está na posse das suas faculdades mentais, ou eventualmente por perícia médica. Na Carolina do Sul, a solução encontrada foi o exame pessoal por dois médicos, devendo constar do diagnóstico a causa, a natureza, a extensão e provável duração de incapacidade¹²⁶ (VÍTOR, 2008, p. 242). Ana Carolina Brochado Teixeira manifesta que

Como o escopo é fazer que a declaração seja implementada caso ocorra a incapacidade do declarante, quanto mais for possível assegurar a higidez mental e vontade livre do declarante no momento da elaboração do documento, menores serão as chances de invalidá-lo, o que justifica a fé pública do tabelião. (TEIXEIRA, 2010, p. 365)

Seria prudente que quando da realização do mandato permanente o mandante apresentasse um atestado médico atualizado para comprovar suas capacidades mentais ou que tivesse a presença de duas testemunhas. Essa exigência seria uma segurança para a comprovação futura se necessário, demonstrando que o mandante estava em seu juízo perfeito, não tendo sofrido nenhuma coação na realização do ato, ou seja, estava entendendo a dimensão da decisão que estava tomando.

3.3.2 Capacidade para ser mandatário

¹²⁴ Para Ana Carolina Brochado Teixeira, o discernimento é relevante para que possa garantir um agir livre, voluntário, para que a pessoa possa escolher segundo o seu melhor interesse, sem pressões externas. (TEIXEIRA, 2010, p.161)

¹²⁵ Assegura o art. 654 do Código Civil Brasileiro que “todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante”.

¹²⁶ “Assim como a pouca idade não é sinônimo de ausência de doença, de regra a idade senil não é sinônimo de doença e, portanto, de *handicap*. Este, se presente, introduz problemas bem mais graves, os quais, todavia, prescindem da idade.” (PERLINGIERI, 2007, p.165)

Um mandato que tenha por objetivo tutelar uma situação futura só pode ser conferido à pessoa que se tenha confiança, a fim de que o mandatário tente preservar e respeitar o modo de ser do mandante. Assim, qualquer familiar, um amigo, um gerente financeiro ou até mesmo um sócio, por exemplo, poderia ser o mandatário para dirimir as questões patrimoniais do mandante, quando este estiver acometido de incapacidade.

Podem ser mandatários os plenamente capazes, os que possuem autonomia para administrar os seus próprios interesses patrimoniais, ou seja, acima de 18 anos, bem como os emancipados. São comuns os mandatos entre cônjuges, outorgados pelo marido à mulher e vice-versa¹²⁷ (PEREIRA, 2009, p.342). No entanto, entre outorgante e outorgado é necessário somente o vínculo qualificado da confiança, que pode ser encontrado em uma relação constituída no exterior da comunidade familiar (PEREIRA; TEIXEIRA, 2009, p.14).

De acordo com o art. 666 do Código Civil, o maior de 16 e o menor de 18 anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão em conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores. Todavia, para a elaboração do mandato permanente, o mandatário deve ter capacidade de fato desde o instante da sua nomeação, não apresentando nenhuma restrição ao exercício dos atos da vida civil para cumprimento do mandato.¹²⁸

Considerando essa hipótese, o melhor seria a vedação do mandante em escolher um menor, relativamente incapaz para a administração do seu patrimônio, uma vez que este não possui capacidade plena para gerir os próprios negócios, pois o menor não pode assumir obrigações sem a assistência dos seus representantes.

3.3.3 Aspectos formais do mandato permanente

O mandato permanente é um acordo de vontades, que deve ser escrito por instrumento

¹²⁷ O ordenamento jurídico brasileiro dispõe no art. 1.651 do Código Civil que quando um dos cônjuges não puder exercer a administração de seus bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, caberá ao outro: I – gerir os bens comuns e os do consorte; II – alienar os bens comuns e os do consorte; III - alienar os imóveis comuns e os imóveis do consorte, mediante autorização judicial.

¹²⁸ “A regra do art. 666 do Código Civil oferece solução híbrida. Ao mesmo passo que permite ao menor relativamente incapaz ser mandatário, limita suas responsabilidades às regras gerais aplicáveis às obrigações contraídas por menores. No mais, transfere para o mandante a responsabilidade sobre outros prejuízos que se apresentarem. Afinal, deve o mandante assumir o resultado da escolha do menor para atuar como mandatário.” (TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2006, p.442)

público ou particular, já que não há exigência legal quanto a forma. Recomenda-se a presença de duas testemunhas ou comprovação através de atestado médico das suas capacidades mentais na época da realização do contrato.

O mandato tem eficácia apenas no caso de alguma fatalidade que ocasionasse uma incapacidade futura, a qual poderia ser reversível ou não. Seria, assim, um direito eventual, com a condição suspensiva, que só surtirá efeitos com a incapacidade do mandante, estando sujeito assim a acontecimento futuro, essencial para sua eficácia.

Martínez García (2000, p.146) defende a publicidade que deve ser conferida a esses instrumentos, principalmente nos poderes concedidos ao mandante no momento em que o mandatário começar a atuar.¹²⁹

Mas, como afirmado, o mandato permanente se materializa tanto na procuração pública quanto particular. Todavia a procuração pública dará uma segurança maior aos aspectos formais desse negócio jurídico que deve ser realizado por meio de ato notarial, assegurando maiores garantias e publicidade para esse instrumento. Assim, é o entendimento da legislação Catalã, por uma série de motivos:

E quanto a forma de ordenar, a legislação catalã tem optado pela escritura pública notarial, pelo que nos parece acertado por uma série de razões: Frente ao documento privado, porque garante a fidedignidade da disposição, sua data e sua autoria, porque permite um controle adequado da capacidade do outorgante e porque o assessoramento notarial permitirá uma adequada formação e interpretação da vontade do outorgante.

Frente à ata de manifestações, porque estas disposições são autênticas declarações de vontade, cuja forma adequada é a escritura e não a ata.

E frente ao testamento, além de pelos problemas de índole formal que se apresentariam à hora de organizar o conhecimento da vontade do outorgante, porque este tipo de medidas é chamado precisamente para estender seus efeitos em vida do sujeito, e não ao seu falecimento, como é próprio do negócio testamentário (MARTÍNEZ GARCÍA, 1999, p. 131).¹³⁰ (Tradução nossa)

Martínez García (1999, p.145) argumenta pela conveniência, quase necessidade, da

¹²⁹ A publicidade na *sauvegarde de justiça* é limitada, uma vez que somente determinadas categorias de interessados teriam acesso ao registro. (VÍTOR, 2008, p. 244)

¹³⁰ “En cuanto a la forma de ordenarlas, la legislación catalana ha optado por la escritura pública notarial, lo que nos parece acertado por una serie de razones: Frente al documento privado, porque garantiza la fehaciencia de la disposición, su fecha y su autoría, porque permite un adecuado control del capacidad del ordenante, y porque el asesoramiento notarial permitirá una adecuada formación e interpretación de la voluntad del disponente.

Frente al acta de manifestaciones, porque estas disposiciones son auténticas declaraciones de voluntad, cuyo cauce forma adecuado es la escritura y no el acta.

Y frente al testamento, además de por los problemas de índole formal que se presentarían a la hora de organizar el conocimiento de la voluntad del otorgante, porque este tipo de medidas están llamadas precisamente a desplegar sus efectos en vida del sujeto, y no a su fallecimiento, como es propio del negocio testamentario.” (MARTÍNEZ GARCÍA, 1999, p.131)

forma documental pública, sendo a melhor maneira de assegurar a certeza da outorga e de procurar o controle da capacidade do outorgante e do perfeito conhecimento por este do objeto e alcance de sua atuação. Quanto às formalidades do poder, considera imprescindível que nele se reflita seu caráter preventivo, indicando a vontade do outorgante de que subsista e estenda seus efeitos a respeito dos negócios representativos, inclusive em caso de falta de capacidade.

Diante do exposto, a escritura pública seria a forma mais adequada para reconhecer a expressão da vontade do mandante, uma vez que os efeitos permitem, por meio de um sistema de registros, maior formalidade. No entanto, nada impede ser realizado por outro documento autêntico, ou seja, por escrito particular e ter a mesma eficácia e validade.¹³¹

3.3.4 Características do mandato permanente

O mandato permanente é um contrato bilateral preparatório, que pode ter as seguintes características:

Inicialmente, deve ser aceito pela pessoa a quem é dirigido, sendo dessa forma consensual. O mandato previsto no Código Civil pode ser emitido de qualquer forma, verbal ou escrita. Porém, o mandato permanente deve ser essencialmente escrito, realizado por meio de instrumento público ou particular. Para se garantir a capacidade do mandante na elaboração do contrato, pode exigir a presença de duas testemunhas ou apresentar laudo médico demonstrando a capacidade especial no instante da realização do instrumento. Isso é necessário tendo em vista a especialidade e a particularidade desse negócio que será eficaz somente após a incapacidade do mandante.

Essa espécie de mandato pode se concretizar de forma gratuita ou remunerada, podendo ser revogado a qualquer momento pelo mandante. Originariamente, os mandatos eram gratuitos, assim que se iniciou e expandiu pelo Direito Romano (RIZZARDO, 2008), mas o mandato oneroso ficou muito comum e habitual, principalmente quando o mandatário exercia alguma função ou atividade lucrativa.

¹³¹ Temos no ordenamento jurídico brasileiro a figura do testamento particular, na qual garante eficácia patrimonial na eventual morte do testador. No caso em análise, o mandato realizado por instrumento particular também se tornará eficaz com a incapacidade do mandante, principalmente porque não há lei específica, prevalecendo a ideia da liberdade de formas.

O mandato permanente poderá ser tanto gratuito quanto oneroso, dependendo do convencionado entre as partes. Todavia, é recomendável sempre que esse contrato seja remunerado, considerando que o mandatário irá ter encargos em administrar o patrimônio do mandante no caso de uma incapacidade, demandando tempo e esforço com essa atividade.

Mas se faltar estipulação da remuneração, o valor será determinado pelos usos do lugar, ou na ausência destes, por arbitramento (CC, art. 658, parágrafo único), caso em que o juiz arbitrar, levando em conta não só a qualidade, mas a natureza do serviço, a sua complexidade ou o grau de dificuldade e duração, mas também o proveito obtido. (DINIZ, 2006, p. 335)

Pode o Judiciário arbitrar um valor complementar ao já fixado pelo mandante, se esse encargo se tornar muito complexo e trabalhoso a sua execução, necessitando, assim, uma revisão dos valores pactuados. Assim o Juiz pode fixar uma remuneração adicional ao mandatário em função do cumprimento dos deveres excepcionais.¹³²

O mandato deverá revestir-se dos mesmos requisitos de um negócio jurídico, isto é, deverá ser lícito, física e juridicamente possível. Em regra, poderão ser objeto de mandato todos os atos, patrimoniais ou não, não lhe prejudicando a natureza e seus efeitos o fato de o serem praticados no interesse exclusivo do mandante, do mandatário ou de terceiro. (DINIZ, 2006, p.342)

A atuação do mandatário será verificada na prática de negócios e de atos jurídicos, sendo o objeto da relação jurídica possível, lícito e determinado referente a questões patrimoniais do mandante. O mandatário pode, assim, ter vários poderes específicos no que concerne às questões patrimoniais, mesmo após a incapacidade do mandante.

Considerando que o mandato permanente visa à realização de atos futuros, e sendo o mandante incapaz quando ocorrer a eficácia, é de suma importância que as cláusulas e condições sejam as mais inconfundíveis possíveis, para que não ocorram distorções e confusões de sentido quando da sua aplicabilidade.

Um dos pressupostos fundamentais para a outorga de um mandato é a confiança, não sendo possível, nesse caso específico, o substabelecimento, garantindo ao mandante a certeza de que somente a pessoa determinada irá cumprir o desejado. Essa segurança se deve em virtude do caráter personalíssimo da representação, pois o mandatário não pode delegar suas funções a outrem.

¹³² Para a portuguesa Paula Távora Vítor (2008), a remuneração é um problema que, com certeza, receberá maior atenção se o ordenamento jurídico enveredar pela aceitação da profissionalização do mandatário e do administrador na área das incapacidades.

3.3.5 *Mandato em conjunto, solidário, sucessivo e fracionário*

É possível a nomeação de dois ou mais mandatários, designados para atos diferentes, ou subordinados a atos sucessivos.¹³³ Assim, o mandato permanente poderá também destacar os seguintes tipos (RIZZARDO, 2011):

Será realizado o mandato em *conjunto*, quando os mandatários não puderem atuar senão conjuntamente, tornando ineficaz o ato sem a presença de todos os mandatários. Poderá ainda o mandato ser *solidário*, quando qualquer dos mandatários está habilitado a atuar separadamente, pouco importando a ordem de nomeação. Haverá ainda a opção do mandato ser realizado com a nomeação de mandatários de forma *sucessiva* ou *substitutiva*, no qual os mandatários somente podem agir um na falta do outro, pela ordem de nomeação. Assim, para que o segundo nomeado possa executar o mandato permanente, é necessário que o primeiro não queira, ou não possa fazê-lo. E por fim, o mandato *fracionário*, quando se concede a cada mandatário um poder distinto daquele outorgado ao outro.

A nomeação de vários mandatários da forma como exposta, traz uma garantia maior para o mandante no cumprimento do mandato e facilidade na distribuição das obrigações como no caso do mandato fracionário. A segurança do mandante quando realiza um mandato substitutivo se dá quando ocorre o falecimento do mandatário ou outro fato que o impeça de continuar exercendo que podem ser previstos no próprio mandato, assim tem-se a certeza que outro executará da forma como estabelecida.

3.4 **Direitos e deveres do mandatário no mandato permanente**

As obrigações do mandatário se encontram nos arts. 667 e seguintes do Código Civil, que se aplicam ao mandato permanente. Já que um dos pressupostos fundamentais para a outorga do mandato é a confiança, não cabe, nesse caso específico do mandato permanente, o substabelecimento, garantindo ao mandante a certeza que somente a(s) pessoa(s)

¹³³ O art.672 do Código Civil determina: “Sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, qualquer deles poderá exercer os poderes outorgados, se não forem expressamente declarados conjuntos, nem especificadamente designados para atos diferentes, ou subordinados a atos sucessivos. Se os mandatários forem declarados conjuntos, não terá eficácia o ato praticado sem interferência de todos, salvo havendo ratificação, que retroagirá à data do ato”.

determinada(s) cumprirão o desejado, conforme mencionado.¹³⁴ Essa segurança se deve em virtude do caráter personalíssimo da representação, pois o mandatário não poderia delegar suas funções à outra pessoa. O mandatário que exceda o limite do mandato, ao assumir obrigações com terceiros, a qualquer tempo, estará obrigado a responder, perante eles, o excesso permitido.

O mandatário obriga-se a cumprir fielmente o mandato com diligência habitual; a prestar contas dos atos; a indenizar o mandante dos prejuízos que causar e a cumprir fielmente os poderes e as instruções que receber do mandante. Os poderes são os limites do mandato. O mandatário não pode ultrapassá-lo, sob pena de não obrigar o mandante.

O mandatário, ao aceitar o encargo, passará a ter direito de exigir a remuneração ajustada e as despesas de execução do mandato, mesmo que o negócio não surta o efeito esperado, exceto se proceder culposamente. No caso da incapacidade do mandante, o Juiz deve declarar a incapacidade e homologar o mandato permanente para que produza a eficácia imediata do contrato, conforme a vontade manifestada do mandante. O mandatário deve providenciar o levantamento das despesas e atribuições destinadas ao mandato, além de receber o que desembolsou para fazer frente às despesas necessárias ao exercício da administração. A ação de prestação de contas será abordada mais adiante.

3.5 Direitos e deveres do mandante para o mandato permanente

O Código Civil determina, nos arts. 675 e seguintes, que o mandante obriga-se a satisfazer todas as exigências assumidas pelo mandatário. Poderá revogar o mandato a qualquer momento antes da sua incapacidade, determinar que não ocorra o substabelecimento, exigir que as somas recebidas pelo mandatário, em função do mandato, sejam depositadas em seu nome.

O mandante terá a obrigação de remunerar os serviços do mandatário, quando assim ficar convencionado, ressarcir o mandatário dos prejuízos que sofreu em consequência do

¹³⁴ “Se mesmo assim ocorrer o substabelecimento dos poderes recebidos, responderá perante o mandante pelos prejuízos derivados de culpa e do dolo do substabelecido e mesmo pelos danos decorrentes do fortuito, exceto, nesse último, se provar que o dano teria sobrevindo, ainda que não houvesse o substabelecimento.” (ROCHA, 2002, p. 300)

mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou excesso de poderes.

Considerando que o mandato permanente terá eficácia com a incapacidade do mandante, as despesas para o seu cumprimento deverão ser requeridas no Judiciário, afim de que se possa iniciar a movimentação das contas bancárias do mandante e promover a administração do patrimônio, como previamente determinado.

3.6 Hipóteses de extinção e revogação do mandato permanente

Conforme estatui o Código Civil, no art. 682, extingue-se o mandato, com a revogação pelo mandante. A revogação será realizada antes da sua incapacidade, sendo que poderá revogar a qualquer momento o mandato, seja total ou parcialmente, podendo ainda nomear outro mandatário para cumpri-lo. Se o mandato foi outorgado para vários mandatários, a revogação feita para um deles não se estenderá aos demais.

Extingue-se também o mandato pela renúncia expressa do mandatário, mesmo sem motivo justificado, desde que seja comunicada a tempo ao mandante, antes da sua incapacidade. Dessa forma, o próprio mandante poderá providenciar a substituição por outro mandatário.

Após a incapacidade do mandante, qualquer familiar ou interessado poderá solicitar ao juiz que torne ineficaz o mandato se comprovar judicialmente, excesso e negligência na administração pelo mandatário, trazendo prejuízos ao incapaz. O juiz poderá também, de ofício, determinar a ineficácia do mandato e nomeação de curador judicial ou mandatário substitutivo para exercer os poderes antes exercidos pelo mandatário.¹³⁵

É vedado ao mandatário renunciar o encargo durante o exercício do mandato permanente sem comprovar um motivo de força maior para a desistência da função. No entanto deve-se refletir que: Manter a administração de um patrimônio sob gerência de um mandatário que não deseja mais assumir o encargo, pode trazer um prejuízo maior para as partes, principalmente para o patrimônio do incapaz que nesse caso deve ser protegido.

¹³⁵ Na *sauvegarde de justice*, o tribunal também poderá chamar a si o poder de revogação, considerando que o mandante depois de decretada a interdição, não poderá fazê-lo (art. 491-3 do Cciv. francês). Assim, o juiz pode oficiosamente ou a requerimento de uma das pessoas que tenham legitimidade para requerer a curatela, revogar o mandato. Nesses casos justifica a alteração quando ocorrer falha na administração, falta de idoneidade, desleixo do mandatário entre outras situações.

Considerando o início da eficácia do contrato com a incapacidade do mandante, e devido à segurança que é dada ao incapaz no mandato permanente, não será possível a renúncia desse encargo pelo mandatário, ainda mais se for algum familiar¹³⁶, nesse caso deverá permanecer no encargo até por razões do princípio da solidariedade familiar.¹³⁷

No entanto, o mandatário que tiver algum motivo justificado e necessitar renunciar o encargo, este deverá proceder à comunicação da renúncia que será analisada pelo Ministério Público. Recebida a comunicação, deve esse órgão requerer a designação de mandatário suplente, se o mandante o houver previsto; e caso não tenha previsto requerer a instituição de medida de proteção através do instituto da curatela judicial. Assim o mandato permanente será substituído pelo instituto da curatela, nomeando o juiz um novo curador para a administração do patrimônio do incapaz pelas regras estabelecidas pelo Código Civil.

A renúncia do mandatário só se torna eficaz com a designação de alguém que o substitua ou instituição de medida de proteção, sendo que o mandatário permanecerá a representar o mandante até a nomeação de curador judicial ou novo mandatário. Enquanto não houver sido feita essa substituição, o mandatário assume toda a responsabilidade na administração dos bens do mandante, devendo prestar contas, mesmo se nesse caso o mandante tenha previamente dispensado, respondendo também por perdas e danos no caso de alguma negligência na administração. De acordo com Paula Távora Vítor

É importante que o mandatário não possa renunciar ao mandato sem ter providenciado a sua substituição, se prevista, ou sem ter requerido a instituição de um regime de proteção. Impõe a notificação de um sujeito ou de uma entidade, que poderá ser um parente próximo, o médico ou o Tribunal (art. 2174 do Cciv do Québec). No entanto, há quem vá mais longe e proponha a regra da impossibilidade de livre renúncia após a incapacidade do representado, se tal resultar em prejuízo para este. (VÍTOR, 2008, p.245)

O ideal na elaboração de um mandato permanente seria a nomeação de mandatários substitutivos para o caso de renúncia justificada, impedimento ou falecimento de algum deles. A morte de qualquer dos contraentes, visto ser contrato *intuitu personae*, extingue o mandato. Se falecer o mandante, o mandato somente cessará quando o mandatário tiver ciência do ocorrido, sendo válidos os negócios que praticar enquanto ignorar o fato.

¹³⁶ Cônjuge, companheiro, ascendente, descendente e colateral até o 4º grau.

¹³⁷ “Ora, considerando que os parentes (pessoas que compõem o mesmo núcleo familiar) podem ser beneficiados com a transmissão patrimonial, no caso de sucessão hereditária, nada mais lógico que tenham, por igual motivação, a responsabilidade de prestar a assistência necessária, quando de uma eventual situação excepcional. Como diz o adágio popular, a todo bônus, corresponde ônus.” (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p.840)

3.7 Ação de prestação de contas

Quem administra interesses alheios adquire, pelo mero fato de administrá-los, a obrigação de prestar contas pela própria natureza do mandato. No Código Civil espanhol formaliza-se no art. 1.720, que determina que o mandatário esteja obrigado a dar contas de suas operações pelo mandante. A jurisprudência espanhola entende com relação ao contrato de mandato que

a obrigação de prestar contas imposta ao mandatário expressamente pelo artigo 1.720 do Código Civil, não é mais que uma aplicação da regra geral a que estão sujeitos todos os que por qualquer motivo administre bens alheios, representante do declarado ausente, tutor, herdeiro aparente, gestor de negócios alheios, etc. (SERRANO GARCÍA, 2008, p.297)

Argumentando ainda que

deve resultar de tais contas a demonstração de toda atividade desenvolvida pelo mandatário para julgar se ele administrou ou não como um bom pai de família, pois uma prestação de contas deve se fundamentar, não em hipóteses, mas sim em realidades, e estas devidamente garantidas por meio de documentos justificativos, salvo nos casos excetuados pela lei ou pela vontade da pessoa a quem a conta se renda. (SERRANO GARCÍA, 2008, p.297) (Tradução nossa)

Um dos maiores problemas encontrados na prestação de contas do patrimônio do incapaz seria: Poderá o mandante dispensar antecipadamente a prestação de contas, se essa for a sua vontade e dado o alto grau de confiança do mandatário?

O art. 668 do Código Civil pátrio determina que o mandatário está obrigado a dar contas de suas operações ao mandante.¹³⁸ Considerando a hipótese desse especial mandato, que não se extingue pela incapacitação do mandante, aquele começa a produzir efeitos quando o sujeito está incapacitado. A questão é que se o mandante está incapacitado não pode receber validamente tal prestação de contas. A quem, nesse caso, seriam informados os gastos e rendimentos? Ao Ministério Público? O Judiciário tem como exigir a prestação de contas

¹³⁸ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. FILHA CURADORA DA MÃE. ÔNUS DA PROVA. O curador, porque administra bens ou interesses alheios, está obrigado a prestar contas da sua administração. O curador que alega ter-se desincumbido de seu dever de prestar contas tem que provar suas alegações. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível n. 70029909165, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 30/07/2009)

mesmo do mandante, tendo expressamente consentido o contrário?¹³⁹

O ordenamento jurídico espanhol exige que o mandatário realize uma relação de bens e despesas que deve ser atualizada e necessita, desse modo, prestar contas ao próprio incapacitado, em caso de recuperação do mesmo; ou em outro caso aos herdeiros. Também se entende que seria possível a prestação de contas a outras pessoas predeterminadas no mandato permanente, por meio de um conselho fiscal escolhido para essa finalidade. Martínez García tem entendido da seguinte forma:

Quanto ao estabelecimento de medidas de controle específicas da atuação do procurador, entendo que isso há de ser deixado à discricção do outorgante e não deve ser imposto de modo obrigatório. Como assinei a relação de confiança outorgante – outorgado neste tipo de poderes tem uma intensidade especial pelo que ninguém melhor que o outorgante para decidir se o outorgado nomeado deve ou não ser submetido a um controle particular. Se isso não existir, a responsabilidade do outorgado será exigível por parte do próprio outorgante ou, em seu caso, de seu representante legal. Talvez devesse ser estabelecido um recurso subsidiário à autoridade judicial para a prestação de das contas, na falta de previsão do outorgante, ou, ao menos, estabelecer um sistema de depósito obrigatório, que facilitasse seu controle *a posteriori*.¹⁴⁰ (1999, p.146)

No mandato permanente, a administração do patrimônio se desenvolve em função das considerações de ordem pessoal pelo mandante já pré-determinadas. Assim o modelo orientador a ser seguido deve ser o dos desejos da pessoa protegida, desde que não fira a ordem pública.

A administração do patrimônio do incapaz se fará de acordo com a sua vontade sendo conservada também com relação à dispensa da fiscalização de uma prestação de contas até pelo grau de confiança existente entre mandante e mandatário. Por isso, será viável e deverá ser respeitada a pré-determinação da dispensa de prestação de contas como forma de exercício da sua autonomia.

Ocorrerá a fiscalização das contas mesmo se o mandante tiver convencionado o

¹³⁹ “Na *sauegarde de justice*, o juiz pode ordenar, mesmo oficiosamente, que as contas do mandatário sejam submetidas à aprovação do secretário judicial do Tribunal, sem prejuízo de exercer o controle por si próprio (art. 491-3 do Cciv. francês)”. (VÍTOR, 2008, p. 244)

¹⁴⁰ En cuanto al establecimiento de medidas de control específicas de la actuación del apoderado, entiendo que ello ha de dejarse a la discreción del poderdante, y no debe imponerse de modo obligatorio. Como he señalado, la relación de confianza poderdante-apoderado e este tipo de poderes tiene una intensidad especial, por lo que nadie mejor que el poderdante para decidir si el apoderado nombrado debe a no ser sometido a un control particular. De no existir tal, la responsabilidad del apoderado será exigible por parte de proprio poderdante o, en su caso, de su representante legal. Quizá debiera establecerse un recurso subsidiario a la autoridad judicial para la rendición de las cuentas, a falta de previsión del poderdante, o, al menos, establecer un sistema de depósito obligatorio, que facilitara su control *a posteriori*. (MARTÍNEZ GARCIA, 1999, p. 146)

contrário em caso de algum abuso no exercício da administração pelo mandatário. Assim, nos casos de comprovação de condutas negligentes, qualquer interessado pode provocar o Judiciário no sentido da fiscalização da prestação de contas, ocorrendo assim à extinção do mandato, além de ser ajuizada ao mandatário ação de perdas e danos pela irregular administração do patrimônio do incapaz¹⁴¹

No entanto, deve-se destacar que a prestação de contas é uma forma de demonstrar com transparência a forma que está sendo administrado o patrimônio do incapaz quando ele não pode fazer por si mesmo.¹⁴² Na falta de dispensa prévia nesse sentido, a prestação de contas deverá ocorrer, sendo um dever do mandatário.

3.8 Como coexistir a curatela e o mandato permanente

O mandato permanente que propomos pode coexistir com o processo de curatela, caso haja algumas disposições que não foram contempladas no mandato, como outras questões patrimoniais e existenciais. Pode ser revogado por meio da autorização judicial caso o mandato permanente eventualmente cause prejuízos ao mandante, e este poder de acabar com o mandato poderá pertencer ao curador ou algum interessado.¹⁴³

¹⁴¹ Ignacio Serrano García aduz que um sujeito que vai perdendo paulatinamente a sua capacidade natural, para remediar sua situação nomeia para as negociações e, talvez, a disposição de seus bens, uma pessoa de sua confiança, possivelmente um familiar próximo. Quando a situação de deterioração da sua saúde se acentua, podem acontecer duas coisas: ou se inicia o procedimento de interdição ou não se faz nada, e continuam a ser negociados os assuntos do incapaz não incapacitado pelo mandatário (que necessitará em muitos casos de poderes específicos). Se for iniciado o procedimento de interdição, o Juiz, com a assistência do fiscal, tomará decisões acerca do que acontecerá com o mandato (que subsista, que se extingue, entendendo que pode inclusive o Juiz decidir que continue a ser exercido de forma atenuada) sendo que o próprio juiz decidirá a quem o mandatário deverá prestar contas. Se não se inicia o procedimento de interdição (coisa muito frequente, pela reticência a promover a interdição do pai, mãe ou familiar muito próximo) o mandatário atuará com ninguém a quem dizer como e de que maneira se cumprem os encargos recebidos. Trata-se de uma situação bastante frequente na realidade prática, na qual se vive a margem do Direito. Uma situação que guarda muitas semelhanças com a guarda de fato, mas que tem sobre ela o acréscimo de mandatos. Não obstante, deve sustentar-se a obrigação de prestar contas, que quando não se pode fazer ao próprio mandante, deverá ser feita a seus herdeiros. Ou dizendo de outra forma, os herdeiros do mandante podem exigir ao mandatário que lhes prestem contas justificadas de sua administração. (SERRANO GARCÍA, 2008, p.298-299)

¹⁴² “A prestação de contas do curador se submete à mesma sistemática da tutela, devendo ser prestada, obrigatoriamente, bianualmente, ao final do encargo ou, a qualquer tempo, por determinação judicial – *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado.” (FARIAS; ROSENVALD; 2010, p. 905).

¹⁴³ La LPPD está señalando que un mandato dado cuando el sujeto es todavía capaz, siga existiendo con posterioridad a la incapacitación, y también, el segundo supuesto, de que se concierte un mandato que comiece a producir efectos cuando el sujeto sea judicialmente declarado incapaz. Por eso el problema que hay que resolver es el de la dualidad de situaciones: mandato e curatela (dualidade que no se da en el supuesto de desaparición). Y si el mandato se refiere a asuntos de mucha trascendencia, como sucede en la realidad con gran frecuencia, de

Quando se celebra um mandato permanente inicia-se um procedimento para se sujeitar o mandante a uma medida de proteção futura, porém o instituto da curatela também prevê várias possibilidades configuradoras desta proteção, sendo o curador o responsável no ordenamento jurídico pelo encargo relativo a questões patrimoniais e existenciais do curatelado. Quando houver do mandato permanente e a curatela judicial, teremos duas hipóteses de atuação.

A primeira hipótese seria a nomeação de um curador para extinguir os poderes conferidos ao mandatário.¹⁴⁴ Hipótese essa, que não privilegia a vontade e interesses do mandante. Com relação a subsistir o mandato permanente ou de ordenar sua extinção após a incapacidade do mandante, essa situação não pode ser resolvida em termos gerais, mas, sim, analisando cada caso concreto pelo Judiciário em benefício dos interesses do incapaz. Não estamos falando da eficácia de um mandato geral que compreende todos ou alguns negócios do mandante, e sim de um mandato específico que terá eficácia somente após a sua incapacidade.¹⁴⁵

A segunda hipótese seria simplesmente rejeitar o instituto da curatela e a proteção ser submetida apenas pelo mandato permanente, tanto nas questões patrimoniais quanto existenciais, quando estas tiverem sido previstas. Assim, o sujeito antecipadamente

representación voluntaria y representación legal (poder representativo y representación legal). Centra, en mi criterio, mejor, el problema, cuando señala, “la continuidad del mandato (...) puede originar problemas de cara a la delimitación del ámbito de actuación del mandatario y del tutor designado judicialmente, por cuanto, decretada la incapacitación, la gestión de los asuntos del incapacitado corresponderá al tutor en los términos en los que determine la sentencia”. La variedad de formas que puede adoptar el mandato hacen que la decisión judicial, de dejar subsistente el mismo o de ordenar su extinción, hace que la situación no pueda resolverse en términos generales, sino que es una esas situaciones jurídicas que deben ser resueltas caso por caso. No es lo mismo, un mandato general que “comprende todos los negocios del mandante” que uno especial que comprende “uno o más negocios determinados”. (art.1792) (SERRANO GARCÍA, 2008)

¹⁴⁴ Para o caso de que tenha sido decretada a interdição, em função do grau desta, a administração dos assuntos do mandante corresponde ao curador e, em alguns casos, ao próprio incapaz com a assistência do curador. Por sua parte, o juiz, tendo sempre presente o interesse o incapaz, poderá pôr fim ao mandato. Não obstante, poderá lembrar-se que o mandante continue com as administrações iniciadas e, ao seu término, preste conta ao curador. (SERRANO GARCÍA, 2008, p.299)

¹⁴⁵ “El mandato general, es difícil que coexista con la tutela, porque los ámbitos de actuación de mandatario y tutor coincidirían. Pero un mandato que se refiere a un negocio determinado, que puede darse, por ejemplo, en interés del mandante y de un tercero (como el caso describe Gayo en su *Res cottidianae*: te encargo que compres un fundo para mí y para Ticio, con la consiguiente provisión de fondos), no obstaculiza para nada el desempeño de la tutela y puede subsistir aunque el mandante sea incapacitado. La previsión legal, es acertada: el juez deberá examinar el mandato, que como ya he indicado repetidamente, se habrá consignado ordinariamente en un documento de apoderamiento, y en consecuencia de ello, examinará la escritura que contiene el poder y decidirá si el encargo subsiste después de la incapacitación o si se extingue. Es una decisión delicada o sencilla, según los casos, pero en la que debe primar la voluntad del mandante-poderdante. En Derecho civil, en base al principio contenido en el fundamental artículo 1.225, la voluntad de las personas debe primar sobre los criterios judiciales y el principio debe ser el de conservar la vigencia de encargo. Solamente en el supuesto de que confluyan los dos ámbitos de actuación, como en el caso mencionado de mandato general que comprende todos los negocios, uno de los dos representantes deberá desaparecer, y el que debe desaparecer, cuando el sujeto es incapacitado, será el representante voluntario, o bien convertir al representante voluntario en representante legal.” (SERRANO GARCÍA, 2008, p. 293)

determinaria, por meio de um mandato permanente como gostaria que fosse gerenciado o seu patrimônio e os cuidados com a sua pessoa, no caso de uma incapacidade superveniente, não necessitando passar pelo procedimento da interdição judicial. Todavia, um mandato permanente que se refere a questões patrimoniais determinadas não obstaculiza em nada o desempenho da curatela para os assuntos relativos ao cuidado da pessoa e pode subsistir, ainda que o mandante seja incapacitado.

Nessa hipótese poderiam coexistir os dois institutos (mandato permanente e curatela) nomeando um curador judicial para as áreas não abrangidas pelo mandato permanente, permitindo que o mandatário continue a exercer os seus poderes já preestabelecidos. Tal corrente parece ser a mais coerente, pois combina vantagens ao incapaz.¹⁴⁶ A Lei do Québec adota que no caso de dúvida sobre o alcance do mandato, este seja interpretado como referência às regras da proteção dos maiores (art. 2.168 do Código Civil de Québec). No entanto, há quem veja problemas na delimitação do âmbito de atuação simultânea do mandatário e do curador designado judicialmente.

Todavia, para se resolver esse impasse, decretada a interdição, a gestão dos assuntos do incapaz corresponderá ao curador apenas o que for determinado na sentença e que não extrapolar as determinações preestabelecidas no mandato permanente, realizando, assim, a vontade do mandante. Pode ainda o juiz nomear o próprio mandatário como curador judicial, ou nomear como curador a pessoa já predeterminada no mandato pelo mandante, podendo ainda até excluir determinadas pessoas para o exercício do encargo. O que deve prevalecer é o melhor interesse e benefício para o incapaz, respeitando sempre a sua vontade expressa quando possuía discernimento para agir.¹⁴⁷

Assim, cabe ao Judiciário analisar se os poderes conferidos ao mandatário atendem ao

¹⁴⁶ Paula Távora Vítor, citando a experiência alemã, aduz que o § 1896,2, do BGB delimita as possibilidades de nomeação de *Betreuer* em face da existência de instrumentos de representação voluntária. Na verdade, este artigo prevê o princípio da subsidiariedade, que obedece à ideia de que o “Estado não deve impedir o indivíduo de se ocupar das questões de que pode tomar conta autonomamente.” Salva guarda, assim, indiretamente a *Vorsorgevollmacht*; enquanto esta seja suficiente, não é necessária a nomeação de um *Betreuer*. Dessa forma, a “assistência privada” sobrepõe-se à *Betreuung*. “A privatização é a palavra do momento”, o que leva a proteção jurídica concedida pela organização estatal seja afastada, caso se adote uma concepção ampla de poderes atribuíveis pela *Vollmacht*. (VÍTOR, 2008, p.246)

¹⁴⁷ Ana Carolina Brochado Teixeira analisa o instituto italiano protetivo da *amministrazione di sostegno* no qual a própria pessoa, em previsão de sua eventual incapacidade futura, por meio de ato público ou escritura privada nomeia um representante como administrador, assim “é um instituto que, pela sua flexibilidade, pode amoldar-se a cada caso concreto, uma vez que tanto a pessoa quanto o juiz, no ato de nomeação, estabelecem os poderes/deveres do representante. Nesse momento, serão verificadas as reais necessidades do beneficiário, para que o juiz fixe, de forma pontual, as áreas que deverão ser supridas pelo administrador. Se houver capacidade residual do representado, esta é preservada pelo juiz, para que ele possa se manifestar de forma válida e proporcional ao seu discernimento. O instituto é, então, modulado de acordo com as necessidades concretas do beneficiário, o que atende de forma mais efetiva à tutela da pessoa humana, e que pode ser prevista pelo próprio indivíduo.” (2010,p.366)

real interesse do interdito, mas tal decisão deve respeitar, sempre que possível, a autonomia do mandante. Dessa forma, a autodeterminação deve ser conservada na vigência do encargo mesmo com a sua incapacidade superveniente.

3.9 A caducidade do mandato pela incapacidade do mandante e a solução encontrada no ordenamento jurídico para a eficácia do mandato permanente

Embora já tenhamos examinado esse assunto, em razão da sua relevância e de ser aparentemente um óbice do sistema positivado ao mandato permanente, faz-se necessário aprofundar o tema, com o intuito de demonstrar que se trata de uma questão superada. Assim, de acordo com o ordenamento jurídico uma das causas de extinção do mandato é a interdição de uma das partes (CC, art. 682, II). A incapacidade do mandante seria, então, requisito para a interrupção dos poderes concedidos ao mandatário. A caducidade do mandato com a incapacitação do mandante é um impedimento na eficácia do negócio jurídico, mas que deverá ser ultrapassado a fim de garantir autonomia ao sujeito.

Seria justamente o inciso II, do art. 682 do Código Civil, que será analisado e confrontado, considerando que a ordem jurídica deve assegurar o exercício das liberdades, a fim de que a pessoa possa se projetar de maneira individualizada e buscar sua satisfação para gerir os seus interesses patrimoniais,¹⁴⁸ neste caso por meio de um mandato permanente.¹⁴⁹ Assim, a pessoa antes de se tornar incapaz deve escolher antecipadamente o seu mandatário, que agirá de acordo com as suas indicações e vontades nos seus interesses patrimoniais, para o caso de uma futura incapacidade.

Há quem entenda pela caducidade do mandato permanente com a incapacidade do mandante, pelo fato de o mesmo, após a interdição, não ter capacidade para controlar a atuação do mandatário. No entanto, cabe ressaltar que, qualquer interessado, algum familiar, o

¹⁴⁸ O mandato permanente que se analisa no presente trabalho irá tratar somente das questões patrimoniais e não com os cuidados com a saúde.

¹⁴⁹ Em algumas legislações encontramos essas barreiras, como por exemplo, o art.1.722, n. 4, do Cciv. italiano ou no art. 2003 do CCiv. francês, este limitado à sujeição da tutela. (...) No caso americano, tradicionalmente, o *power of attorney* encontrava-se sujeito à regra de *common Law* que impunha a sua necessária caducidade com a declaração de incapacidade do representado. No entanto, reformas legislativas vieram permitir que, em determinadas circunstâncias, o mandato pudesse perdurar para além da incapacitação de quem, antecipadamente escolheu quem viria representá-lo em tal hipótese. (VÍTOR, 2008, p.248-249)

curador, o juiz e o Ministério Público poderão fiscalizar e proteger o mandante incapaz,¹⁵⁰

Na Espanha, com a Lei de Proteção Patrimonial para Pessoas Incapacitadas (LPPD), houve a reforma nas causas de extinção do mandato, que antes abrangiam a incapacitação do mandante. Hoje, não mais se extingue automaticamente o mandato, mas pode o juiz ordenar a sua extinção com a nomeação de um *curador* no processo de *curatela*.¹⁵¹

A ideia, na reforma espanhola do contrato de mandato, seria a de potencializar a autonomia privada na eleição de quem, e como se deveria, administrar os próprios interesses para o caso de alguém que já não possa fazê-lo por si mesmo. Assim, a doutrina espanhola tem-se manifestado¹⁵²:

O futuro enfermo pode se proteger mediante os poderes de representação, que pode emitir em favor de quem considere oportuno que administre e negocie seu patrimônio, o que de fato se supõe uma limitação de sua capacidade de trabalhar como se já estivesse incapacitado. A outorga de tais poderes já é a prática habitual em muitos cartórios. (CORRAL GARCÍA, 2003, p. 27) (Tradução nossa)¹⁵³

Essa alteração no ordenamento jurídico espanhol demonstra que o nosso ordenamento pátrio ainda se encontra ultrapassado na questão legislativa, mas que não impede a eficácia desse novo instrumento do mandato permanente, uma vez que visa assegurar o pleno exercício das liberdades constitucionais, permitindo uma maleabilidade às partes na realização desse contrato.

Assim, mediante acordos privados preestabelecidos, tal regra tende a ser adequada, com a conseqüente eficácia legal, uma vez que a norma descrita no inciso II, do art. 682 do Código Civil pátrio, não tem a força de obstaculizar a administração futura dos próprios interesses do mandante, devendo ser realizada uma adequação formal e objetiva nesse

¹⁵⁰ Parte da doutrina tem-se manifestado no sentido de que para o negócio representativo seja válido, é necessário que o representado tenha capacidade suficiente para realizá-lo, no momento em que o representante o conclui em seu nome. Tal posição teria fundamento no princípio de que a representação voluntária, ao contrário da legal, ninguém poderia realizar, por intermédio de outrem, aquilo que não pudesse realizar por si mesmo. Todavia, encontram-se defensores na posição de que a capacidade do representado só deve ser avaliada no momento da concessão do poder. A partir desse momento, uma vez outorgados os poderes representativos, subsistiria como negócio abstrato até a sua extinção. (MARTÍNEZ GARCIA, 2000, p.142)

¹⁵¹ A Lei espanhola 41/2003, de 18 de novembro (art. 11), modificou as normas de extinção do mandato (art.1.732): a incapacidade do mandante não implica a extinção quando o próprio mandante haja previsto esta possibilidade. Todavia, o mandato pode terminar por resolução judicial ao constituir-se a tutela. (VÍTOR, 2008, p. 248).

¹⁵³ “El futuro enfermo puede autoprotgerse mediante los poderes de representación que puede emitir a favor de quien considere oportuno para que administre y gestione su patrimonio, lo que de hecho supone que se autolimita su capacidad de obrar como si ya estuviera incapacitado. Este otorgamiento de dichos poderes ya es práctica habitual em bastante notórias.” (CORRAL GARCÍA, 2003, p. 27)

mandato, prescindindo a operabilidade dessa regra¹⁵⁴.

A norma prevista no inciso II, do art. 682 do Código Civil é de interesse privado¹⁵⁵, e deverá ser funcionalizada no âmbito patrimonial futuro, podendo ser regulamentada e disponível por particulares, por um mandato permanente que terá eficácia com a incapacidade do mandante, pois seria a sua finalidade específica já previamente preestabelecida. Seria essa a solução adotada pelo legislador civil alemão, que consagrou a extinção do mandato com a morte ou incapacidade só ocorrendo quando prevista pelas partes (§672 do BGB). (VÍTOR, 2008, p.248)

Manuel-Angel defende que o enfoque deve ser diferente quando a relação subjacente que contempla é precisamente a eventualidade de perda de capacidade do representado, considerando que, havendo referências suficientes a esta causa no documento constitutivo dos poderes de representação, tal deve ser suficiente para manter a validade deste, salvo prejuízo do representado. (MARTÍNEZ GARCIA, 2000, p.144)

Paula Távora Vítor (2008, p. 233) pretende que o mandato permanente, que é um mandato com representação voluntária,¹⁵⁶ avance para o campo tradicionalmente reservado à representação legal. Martínez García (2000) define a figura da “procuração preventiva” como a declaração de vontade unilateral pela qual uma pessoa, em previsão de uma futura incapacidade, já acusada, ordena uma delegação de faculdades para outra, para que essa possa agir validamente em seu nome. Uma vez que “ninguém melhor do que a própria pessoa para escolher quem, de acordo com as próprias convicções, pode cuidar de si mesma e de seu patrimônio” (TEIXEIRA, 2010, p.361).

O mandato permanente pode ser instrumentalizado por meio de uma procuração preventiva, ou seja, uma modalidade de prevenção patrimonial pela qual haveria o gerenciamento dos bens pelo mandatário caso ocorra incapacidade superveniente do mandante. Esta solução pode assumir uma especial importância na valorização da vontade da

¹⁵⁴ A Recomendação n. R (99) 4 do Conselho da Europa fala expressamente na necessidade das legislações que preveem a cessação do mandato com a incapacidade do mandante criarem uma exceção a esta regra. (VÍTOR, 2008, p.257)

¹⁵⁵ “É certo que há interesse público na livre realização de cada pessoa humana. Contudo esse campo de desenvolvimento é afeto, apenas, à autodeterminação.” (TEIXEIRA, 2010, p.379). Para Paula Távora Vítor, as eventuais razões de ordem pública (a necessidade de proteção da pessoa incapaz) que se pode invocar para impedir o afastamento da regra da caducidade do mandato podem ser superadas pelas correções feitas ao regime do mandato pelas regras do “mandato permanente.” (VÍTOR, 2008, p. 260-261)

¹⁵⁶ Para Francisco Amaral, o poder de representação é o poder que alguém (o representado) concede a outrem (o representante), para agir, com eficácia jurídica, em nome do concedente. Caracteriza uma situação jurídica atribuída ao representante, na qual este pode atuar com eficácia na esfera jurídica e alheia. A representação voluntária pressupõe uma *declaração de vontade*, um negócio jurídico unilateral, com que o declarante concede a outrem o poder de representá-lo na prática de atos jurídicos. (AMARAL, 2006, p.439)

pessoa futuramente incapacitada, uma vez que permite a escolha de um representante, bem como a delimitação das suas áreas de atuação, poderes e forma de exercício. (VÍTOR, 2008, p.230)

Como alternativa Ana Carolina Brochado Teixeira aduz sobre a possibilidade da eleição antecipada do curador no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, é possível que a pessoa, por exemplo, escolha quem será o seu curador, por identificar quem melhor poderá cuidar dela e zelar pela boa administração do seu patrimônio. Trata-se de um ato que exige grande confiança entre as partes, pois o declarante entregará para a pessoa que nomear bens que para ele são muito caros: o cuidado consigo mesmo, com o seu corpo e com o seu patrimônio. Ora, se aplicam à curatela os dispositivos da tutela, como previsto pelo art.1.774, do Código Civil, e se na tutela é possível que os pais nomeiem um tutor para o filho, por serem eles os que melhor sabem das necessidades do menor e quem poderá supri-las, por que não dar à própria pessoa a possibilidade de nomear alguém para assumir o múnus de curador, no caso de eventual incapacidade, como seu representante? (TEIXEIRA, 2010, p. 356-357)

A *ratio* do testamento pode servir também como identificador na eficácia do mandato permanente, uma vez que se eu posso por meio de um testamento dispor dos meus bens e tal negócio jurídico terá eficácia com a minha futura morte, porque não determinar previamente por meio de um mandato permanente o gerenciamento do meu patrimônio no caso de uma futura incapacidade?¹⁵⁷⁻¹⁵⁸

O que se pretende é a proteção patrimonial da pessoa incapaz com o instrumento do mandato permanente. Dessa forma, foram demonstradas as regras visando garantir um grau de proteção maior, de modo a defendê-la de eventuais abusos e garantindo uma adequada consideração dos interesses patrimoniais do mandante.

Assim, quando ocorrer à interdição de uma pessoa, essa deverá ser promovida pelas pessoas elencadas no Código Civil,¹⁵⁹ no entanto, pelo que aqui já foi exposto, tal nomeação

¹⁵⁷ “Exatamente por ser a função da curatela o cuidado com a saúde e seus bens e não haver nenhum tipo de restrição na normativa da representação e dos negócios jurídicos, esta pode englobar situações jurídicas existenciais e patrimoniais, se for essa a vontade daquele que outorga poderes. Por isso, nenhum obstáculo existe para que a própria pessoa determine, também, a forma de administração do seu patrimônio, já que disposições patrimoniais futuras são válidas, conforme se pode constar pela *ratio* que motiva a existência do testamento.” (TEIXEIRA, 2010, p. 361)

¹⁵⁸ Questiona-se por que não estender esses direitos às pessoas no estado de incapacidade, posto que a obrigação assumida de administrar seus interesses deve ser eficaz, ainda que o mandante resulte incapacitado, pois se considera que o próprio mandante deseja essa proteção jurídica futura em prol dos seus interesses patrimoniais?

¹⁵⁹ Art. 1.768 do CC. A interdição deve ser promovida:

- I – pelos pais ou tutores;
- II – pelo cônjuge, ou por qualquer parente;
- III – pelo Ministério Público.

Art. 1.775 do CC. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador

poderá ser aquela já predeterminada pelo mandante. A publicidade no mandato permanente poderá também ser garantida, assim como exige no ordenamento jurídico pátrio, a publicidade da curatela na certidão de registro do interdito.

Com relação aos atos condicionados ao curador com a autorização judicial (vide atos referentes do tutor no Código Civil art.1.748¹⁶⁰), esses seriam muito burocráticos de serem aplicados ao instituto do mandato permanente, uma vez que tais poderes já foram predeterminados no contrato, até pelo caráter maleável do instituto em prever a administração futura do patrimônio do mandante, seria inviável a autorização para cada ato específico.

Todavia, é necessária a prestação de contas no mandato permanente, devendo o controle ser exercido pelo juiz e Ministério Público, tal exceção através da dispensa deve ser devidamente considerada a vontade e analisada em termos específicos. Importante ressaltar que havendo negligência na administração do patrimônio do incapaz, da mesma forma que existe a remoção do curador, também se aplicaria ao mandatário, que responderia por perdas e danos.

Diante de todo exposto, tem-se pela adaptação do instituto mandato permanente no nosso ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o obstáculo encontrado no inciso II, do art. 682 do Código Civil não merece oposição legal, uma vez que não privilegia a autonomia privada do sujeito, e acaba por desconfigurar a função do mandato permanente.

Com o preenchimento dos requisitos subjetivos essenciais à formalização da estrutura do negócio jurídico torna viável a celebração de qualquer negócio jurídico, desde que, quando houver, sejam cumulados com outros requisitos específicos determinados por lei. Então, se não há requisitos específicos, pois não existe regulamentação na legislação brasileira, é plenamente possível a celebração dessa modalidade de contrato, sendo que a sua viabilidade jurídica encontra-se na própria Constituição Federal bastando apenas uma leitura flexível dela.

do outro, quando interdito.

§1º. Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§2º. Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.

§3º. Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao Juiz a escolha do curador.

¹⁶⁰ Art.1.748. CC.Compete também ao tutor, com autorização judicial do juiz: I – pagar as dívidas do menor;II – aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;III – **transigir**;IV – vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;V – propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos. Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia do ato do tutor depende de aprovação ulterior do juiz. (grifo nosso)

3.10 Proposta de regulamentação legislativa para administração e proteção patrimonial de pessoas que possam ter uma incapacidade superveniente

Para finalizar o presente estudo, será apresentada uma proposta legislativa¹⁶¹ de regulamentação patrimonial futura para o incapaz, através de mandato permanente, mesmo que a nosso ver, e de acordo com o trabalho apresentado, entendamos que ordenamento jurídico brasileiro já tenha meios de autoproteção futura do patrimônio do incapaz, tornando válido o mandato permanente ora exposto. No entanto, a positivação é a forma mais rápida para a implementação desse instituto no sistema jurídico pátrio, pois por essa via serão superados todos os entraves da eficácia.

No apêndice A, será apresentada uma proposta legislativa para a figura do contrato de mandato permanente com eficácia com a incapacidade do mandante, haja vista que a legislação brasileira não prevê soluções de forma expressa que acautelem tal pretensão.

A lei terá a finalidade de regularizar a figura desse contrato, a ser realizado em cartórios de notas, bem como alterar a norma prevista no inciso II, do artigo 682 do Código Civil, no qual se prevê que o mandato cessa pela interdição de uma das partes. A positivação se torna uma alternativa viável para resolver o problema da eficácia, pois o requisito da validade já estaria superado pelo preenchimento dos requisitos subjetivos, tais como autonomia, vontade, confiança e pelos objetivos que já foram analisados numa reconstrução do contrato de mandato.

Assim, seria concedida maior segurança jurídica aos atos de vontade da pessoa que, de forma precavida e cautelosa, dispõe acerca de seus interesses patrimoniais para o suposto dia que não conseguir gerir seus bens por si mesma ou quando não puder mais comunicar sua vontade. Faz-se mister a positivação desse novo instituto do mandato permanente, posto que somente o próprio indivíduo sabe o que é melhor para ele e ao seu patrimônio. Desta forma, os desejos e aspirações da pessoa devem ser respeitados e protegidos, mesmo após a sua interdição.

¹⁶¹ “A Constituição Federal de 1988 transpira o princípio máximo da dignidade humana, e enquanto princípio, para sua efetiva concretização, exige árduo e contínuo exercício de adaptação do ideológico ao concreto. O respeito à dignidade da pessoa humana do enfermo e deficiente deve ser expresso por meio de condições materiais mínimas e prossecução de medidas legislativas específicas dirigidas a esse grupo. A dignidade humana é critério interpretativo dirigido a todo sistema político, social, jurídico e social.” (MOUSNIER,2009,p.75)

4. CONCLUSÃO

No presente estudo procurou-se demonstrar de forma mais detalhada o mandato permanente que será realizado para atender aos interesses patrimoniais do mandante no caso de uma eventual incapacidade. Tal instituto é plenamente viável, considerando que a autodeterminação futura se configura como um direito de autoproteção, embasado no exercício da autonomia privada cujo fundamento no âmbito patrimonial tem como base a livre iniciativa prevista no art.170 da Constituição Federal, sendo assim um direito fundamental.

O mandato permanente, portanto, é juridicamente protegido, no âmbito patrimonial, tendo em vista que os interesses em torno da sua realização estão dentro dos limites considerados legítimos perante a sociedade, principalmente no que concerne ao princípio constitucional da dignidade humana e da liberdade contratual.

O mandato permanente já é realidade em alguns países, sendo assim, foi possível dialogar com esse instituto para se criar um novo modelo de mandato que atendesse de forma satisfatória aos interesses do incapaz. Dessa forma, após uma releitura do contrato de mandato aplicando de forma análoga o instituto do testamento, chegamos a um novo instrumento protetor que seria o mandato permanente. Os requisitos objetivos e subjetivos para a validade e eficácia desse instrumento são os seguintes:

A capacidade do mandante na realização do contrato pode ser comprovada por um atestado médico ou por duas testemunhas. No testamento público também é necessária a presença de duas pessoas para comprovar que o testador estava com plenas faculdades mentais e com discernimento na realização do ato.

Tanto mandante pode revogar livremente o mandato permanente antes da sua incapacidade, quanto o testador pode fazer o mesmo com o testamento antes de sua morte. Além disso, esses dois instrumentos jurídicos são atos personalíssimos podendo ser realizados apenas pelos respectivos interessados: mandante e testador.

Outro aspecto que aproxima esses dois instrumentos jurídicos é a possibilidade de remuneração ao envolvido. Assim como o mandatário poderá auferir remuneração quando prevista no mandato permanente para cumprimento das disposições do mandante, também o testamentário que não seja herdeiro ou legatário terá direito a receber um prêmio pela execução do testamento.

O mandato permanente e o testamento não cessam com a incapacidade superveniente

do mandante nem do testador. Ambos os instrumentos devem ser escritos por meio de instrumento público ou particular.

O mandato permanente começa a produzir efeitos com a homologação na Vara de Família, reconhecendo a incapacidade do mandante e a necessidade de proteção do patrimônio do incapaz como foi pré-determinado. O testamento começa a produzir os efeitos após a aprovação na Vara de Sucessões, demonstrando a morte do testador para que seja cumprida a sua disposição de última vontade. Tanto o mandato permanente quanto o testamento tem eficácia futura, o mandato após a incapacidade do mandante e o testamento com a morte do testador.

No mandato permanente é possível a nomeação de curador de forma antecipada para o caso de sua incapacidade. No testamento também é possível a nomeação pelos pais de tutor para o seu filho no caso de sua morte. Percebe-se que o testamento que já é um instrumento tão consolidado no ordenamento jurídico foi utilizado de forma análoga ao mandato permanente em vários planos, para que este produza todos os efeitos jurídicos como pretendidos.

O que se propôs nessa pesquisa foi uma análise desse contrato protetivo que terá grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que também poderá coexistir com o instituto da curatela. Portanto a gestão dos assuntos do incapaz corresponderá ao curador apenas o que for determinado na sentença e que não extrapolar as determinações preestabelecidas no mandato permanente, realizando, assim, a vontade do mandante.

O mandato permanente privilegia a autonomia do sujeito na escolha do mandatário bem como determina a forma de atuação nas suas questões patrimoniais quando não puder fazer sozinho, assim valoriza a vontade da pessoa eventualmente incapacitada em tomar as decisões futuras da sua própria vida.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. Capacidade civil, discernimento e dignidade do portador de transtorno mental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Rio de Janeiro, n. 8, p. 5-18, fev./mar. 2009b.

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Interdição e curatela**. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1606>>. Acesso em: 16 out. 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência e eficácia**. .ed.atual.de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O uso do testamento como ferramenta de planejamento sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). **Família e Solidariedade**. Trabalhos apresentados no VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte MG, de 14 a 17/11/2007, Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008. p.247-261.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e autonomia privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOTREL, Sérgio. Autonomia privada e extinção dos contratos. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 349-379

BRASIL. Constituição, (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 18 out. 2010.

BRASIL. Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção á pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 14 jul. 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24559-3-julho-1934-515889-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 13.08.2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del_2848.htm> Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02 set. 2011.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de família**: direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. **Direito das Sucessões**: direito civil. 3º. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DÍAZ, Julio Alberto. Repensando o direito de família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1, 1997, Belo Horizonte. **Para uma nova hermenêutica dos intervalos lúcidos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. v. 1, p. 107 - 116.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55-71.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, versus a liberdade de expressão e informação. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FERRAZ, Flávio Carvalho. A relação entre o profissional de saúde e o seu cliente sob o prisma do princípio da autonomia. **Pulsional**: Revista de Psicanálise, São Paulo, n. 174, p.37-45, out. 2007.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno

Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil: Atualidades II.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 253-265.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na idade clássica.** Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

GARCÍA-RIPOOL MONTIJANO, Martín. Sinopsis sobre La protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra e Alemania. **Revista Electrónica de Geriatria y Gerontologia,** Málaga, v. 4, n. 2, p. 2-14, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **A representação voluntária no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LENÃ FERNÁNDEZ, Rafael. El tráfico negocial y el discapacitado. In: MARTINEZ DÍE, Rafael (Coord.). **La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales:** Cosejo General Del Notariado, Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Cosejo General Del Notariado en la UIMP. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 149-217.

LIMA, Taísa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do direito privado nacional. **Revista Virtuajus.** Belo Horizonte, ano 3, n. 1, p. 1-13, jul. 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf>. Acesso em 09 ago. 2011.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Atos e negócios jurídicos no código civil de 2002. In: LAGE, Emérson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Coord.). **Novo código civil e seus desdobramentos no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003. p. 44-71.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil: atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 242-258.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Autonomia privada e interinação não consentida. In: **Revista Síntese Direito de Família,** São Paulo, v. 12, n. 63, p. 152-165, jan. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A representação do negócio jurídico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MALHEIROS, Antonio Carlos; CASABONA, Marcial Barreto. Da curatela. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 325-340.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel. Apoderamientos preventivos y autotutela. In: MARTINEZ DÍE, Rafael (Coord.). **La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales**: Cosejo General Del Notariado, Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Cosejo General Del Notariado en la UIMP. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 149-217.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da pessoalidade no direito privado. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil**: atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 55-86.

MOUSNIER, Conceição. A curatela administrativa, instituto inovador no código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado & vulnerabilidade**. São Paulo: Altas, 2009. p. 63-75.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.v.1 p. 101-140.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Função Promocional do Testamento**. Tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Discurso de aplicação e direitos fundamentais: autonomia pública e autonomia privada no estado democrático de direito. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil**: atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 621-653.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 15. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 17. ed. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 6.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união estável, da tutela e da curatela**: comentários ao novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 20.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA, Eduardo. **Da procuração**. Rio de Janeiro: Idéia jurídica, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3: Contratos.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal. In: FIUZA; César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 179-208.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do estado democrático de direito**. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

RUBIN, Débora e ROCHA, Paula. “Envelhecer bem. Como vivem as pessoas que ultrapassam a barreira dos 60 anos de forma produtiva e com qualidade de vida, usufruindo das opções de lazer e consumo”. **IstoÉ**, n. 2.168, ano 35, p. 82, 1 jun. 2011.

RUGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.) **Direito civil: atualidades II: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 03- 24.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro. Autonomia e vulnerabilidade: uma análise biojurídica sobre o discernimento dos portadores de síndrome de down. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado & vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 278-291.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e direito de morrer. In: FIUZA; César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 37-54.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Da ficção para a

realidade: em busca da capacidade dos incapazes. In: LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Direitos e fundamentos entre a vida e a arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 191-200.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Iara Antunes de Souza. Panorama atual da legislação brasileira sobre doação de órgãos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito biomédico**. Espanha - Brasil. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011. p. 319-334.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SERRANO GARCÍA, Ignácio. **Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la ley 41/2003**. Madrid: Iustel, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência psíquica e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 7, p. 64-79, jan. 2009.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Procurador para cuidados de saúde do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado & vulnerabilidade**. São Paulo: Altas, 2009. p. 1-16.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA; César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 76-88.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23-54.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado segundo a constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

VALADARES, Maria Goreth Macedo; CAMPOS, Carolina Lopes Caçado. A autonomia privada e o regime obrigatório de bens. In: FIUZA; César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 111-125.

VILLELA, João Baptista. Direito, coerção e responsabilidade: por uma ordem social não-

violenta. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 13-38, 1982.

VÍTOR, Paula Távora. **A administração do patrimônio das pessoas com capacidade diminuída**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

**APÊNDICE A - PROPOSTA DE PROJETO DE LEI FEDERAL PARA INSTITUIR O
MANDATO PERMANENTE NO BRASIL¹⁶²**

MANDATO PERMANENTE

Artigo 1º

O disposto do presente diploma aplica-se para proteção patrimonial futura de pessoa maior ou emancipada no gozo dos direitos civis, que eventualmente pode se encontrar impossibilitada na sua capacidade para administrar o seu patrimônio, ainda que de forma parcial ou temporária.

Artigo 2º

O mandato permanente é o mandato com representação celebrado por pessoa, em previsão da sua incapacidade futura, com menção expressa de que tal instrumento não será afetado pela incapacidade superveniente do representado.

Artigo 3º

A capacidade do mandante no momento da outorga pode ser comprovada por um atestado médico ou por duas testemunhas.

Artigo 4º

O mandato permanente começa a produzir efeitos com a declaração de incapacidade do mandante no Juízo de Família e com o reconhecimento da vontade manifestada no mandato permanente comprovando a necessidade de proteção nos termos do artigo 1º.

¹⁶² Tal proposta legislativa teve como referência a sugestão elaborada por Paula Távora Vítor em sua pesquisa publicada no seu livro: **A administração do patrimônio das pessoas com capacidade diminuída**. Editora Coimbra, 2008.

Artigo 5º

Ao mandatário podem ser atribuídos poderes gerais de administração ou poderes especiais para a prática de atos ou categorias de atos expressamente previstos.

Artigo 6º

Mandatário e mandante podem revogar livremente o mandato permanente até a incapacitação, devendo haver ciência da revogação entre as partes.

§ Não será permitido o substabelecimento no mandato permanente, mas é possível o mandato em conjunto, solidário, sucessivo ou fracionário.

Artigo 7º

O mandato permanente será revogado judicialmente a pedido de qualquer das pessoas referidas no art.1.768 do Código Civil¹⁶³ ou por algum interessado, quando ocorra qualquer um dos fundamentos previstos no art.1.735 do Código Civil¹⁶⁴. Porém, o mandato não cessará quando existir mandatário suplente, caso em que ocorrerá apenas a sua substituição.

Artigo 8º

A renúncia justificada do mandatário após a incapacidade do mandante deve ser comunicada ao Ministério Público, que irá apreciar a solicitação.

¹⁶³ Art.1.768 do CC. A interdição deve ser promovida:

- I – pelos pais ou tutores;
- II – pelo cônjuge, ou por qualquer parente;
- III – pelo Ministério Público.

¹⁶⁴ Art.1.735 do CC. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

- I – aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;
 - II – aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;
 - III – os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;
 - IV – os condenados por crimes de furto, roubo, estelionato, falsidade contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;
 - V – as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;
 - VI – aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.
- Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, no que se refere a esse artigo.

§1º. Se for o caso de renúncia justificada, recebida a comunicação, deve o Ministério Público requerer a homologação da designação de outro mandatário, se o mandante o houver previsto; não havendo, deve requerer a instituição de medida de proteção através do instituto da curatela com a nomeação de um curador ou outro instituto protetor previsto no mandato.

§2º. A renúncia do mandatário só se torna eficaz após a designação de novo mandatário ou curador que deve prestar compromisso.

Artigo 9º

Dentro do prazo de um mês a partir da nomeação e da cessação das funções, o mandatário permanente deve remeter aos autos do processo relatório sobre a natureza e composição do patrimônio a administrar.

§1º. O mandatário permanente deve prestar contas da sua atuação bianualmente à pessoa protegida, remetendo igualmente as contas aos autos, salvo se dispensada a prestação de contas.

§2º. Deve prestar-lhe contas bianualmente caso o mandatário permanente coexista com curador.

§3º. O Juiz, ainda que fora dos prazos e para além das previsões dos prazos anteriores, pode ordenar a prática de quaisquer diligências necessárias ao conhecimento do bom exercício das funções do mandatário permanente.

Artigo 10º

Pode o mandatário permanente apresentar contas a um conselho fiscal ou a uma determinada pessoa já escolhida previamente pelo mandante, dispensando assim a prestação de contas judicial.

Artigo 11º

O mandante pode dispensar totalmente a prestação de contas judicial pelo mandatário, se for essa a sua vontade.

§1º. Caso ocorra falha ou abuso na administração do patrimônio do mandante, qualquer interessado poderá solicitar a remoção do mandatário pela via judicial, com

a devida prestação de contas, respondendo o mandante por perdas e danos pela má administração do patrimônio do incapaz.

Artigo 12º

O mandatário auferirá remuneração na medida prevista no mandato permanente.

§1º. O Juiz poderá atribuir uma remuneração adicional em função da complexidade de deveres ou objetivos excepcionais.

Artigo 13º

Aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Civil referente ao contrato de mandato às matérias reguladas pelo presente diploma.

Artigo 14º

O artigo 682 do Código Civil será redigido nos seguintes termos:

Art.682. Cessa o mandato

(...)

II – pela morte de uma das partes.

Parágrafo único: O mandato não cessa com a interdição ou inabilidade do mandante, se tiver sido celebrado nos termos e para efeito da Lei (...), caso em que a sua extinção será regida por este diploma.