

CAPÍTULO I – PERSONALIDADE E CAPACIDADE

Sumário: 1. Personalidade e capacidade no direito romano; 2. A doutrina dos direitos privados da personalidade; 3. Capacidade civil: conceito e espécies; 4. Os estados da pessoa; 5. O sistema brasileiro de incapacidades civis: 5.1 – Disciplina geral das incapacidades civis; 5.2 – As incapacidades civis na disciplina dos negócios jurídicos; 6. Causas restritivas ou modificadoras da capacidade: 6.1 – Idade; 6.2 – Estado de saúde; 6.3 – Incapacidades especiais.

1. Personalidade e capacidade no direito romano

a) A tutela da personalidade

O direito romano, conforme interpretação mais aceita de suas fontes, não difundiu uma clara concepção de direitos da personalidade. Ao que consta, não permeava o pensamento romano a idéia de que a personalidade jurídica pudesse constituir objeto de direitos, sendo consensual a afirmação de que os direitos da personalidade, enquanto categoria jurídica, sejam criação moderna¹.

Persona, registram as fontes, era o termo usado para designar a pessoa física, isto é, o ser pertencente à espécie humana, assim considerado o que tivesse aspecto humano. Diz-nos Carvalho Santos², conquanto não fosse preciso, que “Não mais se tolera nos tempos hodiernos a doutrina do Direito Romano, que recusava a capacidade jurídica aos que *contra formam humani generis, converso more procreantur (D. 1, 5, fr. 14)*”.

¹ FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano, cit.*, pp. 388-389.

² *Código Civil brasileiro interpretado, cit.*, p. 251.

Ademais, não obstante os romanos “considerassem *‘hominum causa omne ius constitutum est’*, nem todo homem, na sociedade romana, podia ser considerado sujeito de direitos. Além dessa qualidade de homem, mister se fazia a reunião de outras condições essenciais, como o ser livre (*status libertatis*), e, quanto às relações de iuris civilis, ser cidadão (*status civitatis*)”, conforme Serpa Lopes³.

O caráter acentuadamente pragmático do pensamento jurídico romano, do qual é reflexo, v.g., a correspondência necessária entre direito e *actio* que o tutelava⁴, tornou menos provável “a visão filosófica da pessoa e da personalidade, dado o caráter eminentemente nacional do direito, próprio da civitas romana, em que o indivíduo é o cidadão”⁵.

Segundo reconstituição que J. Godefroy faz da Lei das XII Tábuas – corpo rígido de regras editadas aproximadamente em meados do século V a.C., extremamente solenes e de acentuado viés formalista, aplicáveis exclusivamente aos cidadãos romanos –, nela não se encontram dispositivos diretamente relacionados com a proteção da personalidade, pois toda e qualquer lesão feita a uma pessoa configurava, conforme a tutela da *actio iniuriarum*, obrigação derivada de ato ilícito⁶.

Conforme Ferrara, por longo tempo foi dominante a opinião – propugnada pelos Romanistas, notadamente por Jhering (*Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*) – segunda a qual o indivíduo, em Roma, era posto sob a tutela exclusiva dos institutos de direito público, pois não havia, conforme interpretação das fontes, a categoria dos direitos da personalidade, cuja proteção se dava por meio da *actio iniuriarum*⁷.

³ *Curso de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 247.

⁴ Não obstante a correlação indissociável entre direito e ação constitua, até certo ponto, um traço de arcaísmo do direito romano, não podemos negar que essa concepção tenha se mostrado adequada por um período considerável de tempo, tendo propiciado a solução de uma vasta gama de contendas entre os cidadãos romanos. Daí porque consideramo-na reflexo do espírito pragmático romano. Em verdade, as soluções jurídicas inovadoras, sensíveis sobretudo a partir do século II a.C. – hoje associadas ao que se convencionou chamar período clássico do direito romano –, foram preponderantemente fruto da Lei Eúrcia (149 a 126 a.C.), pela qual os pretores passaram a gozar de maior poder discricionário, tanto para questões processuais, quanto para as de direito material. Assim, assume capital importância, na evolução do direito romano, o exercício de interpretação do *ius civile*, veiculado pelos pretores em seus editos (*Ius praetorium est, quod praetorum introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*, D. 1.1.7.1).

⁵ Daisy Gogliano, *Direito privados da personalidade*, cit., p. 21.

⁶ *Apud* GOGLIANO, Daisy. *Direito privados da personalidade*, cit., p. 27.

⁷ “*Per lungo tempo infatti l’opinione dominante poneva l’individuo sotto la protezione del diritto pubblico, dottrina propugnata dai Romanisti, perciò che tale categoria di diritti era ignota alle fonti e la protezione della personalità era affidata all’actio iniuriarum*” (*Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 389).

Apesar de nada disporem a respeito da organização político-administrativa da cidade, as XII Tábuas representam um importante marco no processo de codificação do direito romano, não apenas por compilarem os costumes de então, como também por introduzirem institutos novos, como o da transação entre as classes em conflito. Com efeito, a edição das XII Tábuas insere-se em um contexto de conflituosidade entre o patriciado e a plebe, que àquela altura reivindicava a codificação dos usos e costumes, de tal forma a conferir univocidade ao direito e isonomia, tanto quanto possível, às relações interpessoais.

Aproximadamente cento e cinquenta anos antes, na Grécia, Sólon (c. 640 a.C. – c. 558 a.C.) empreendera uma série de reformas em benefício do povo ateniense, das quais se destaca a atenuação ou mesmo a abolição das dívidas fundiárias, especialmente as dos camponeses, diminuição do poderio dos clãs (*genoi*), por meio do fracionamento de suas propriedades e da limitação do poder familiar, repatriação dos cidadãos vendidos como escravos e proibição da servidão em razão de dívidas.

A expansão territorial por que Roma passou, sobretudo durante a República, favoreceu, conforme Daisy Gogliano, a apropriação de elementos da cultura helênica de modo geral e, especialmente, da filosofia grega, cuja influência “concorreu para o abrandamento daquelas regras [tanto das compiladas nas XII Tábuas quanto de outras, veiculadas em leis esparsas], outrora rígidas, cegamente formais, sem temperos de equidade”⁸.

Com efeito, esse abrandamento corresponde justamente aos influxos remotos da cosmogonia pré-socrática e, posteriormente, do jusnaturalismo, enquanto teoria dos direitos inatos do ser humano. Conforme Enéas Costa Garcia, a “afirmação do valor intrínseco de Homem é a base filosófica da posterior doutrina dos direitos fundamentais, no campo do Direito Público, e dos direitos da personalidade, na órbita do Direito Privado”⁹. Em outras palavras, a condição humana, alçada à categoria de bem tutelável pelo direito,

⁸ *Direitos privados da personalidade, cit.*, p. 26.

⁹ *O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, cit.*, p. 13: Discordando do autor em um único e particular aspecto, em que pese ao brilhantismo de seu trabalho, diríamos que a tônica dos direitos da personalidade, isto é, a idéia fundamental a eles associada, não é a da igualdade, mas a da pluralidade, pois, conforme Jürgen Habermas, somos todos iguais, na medida em que somos todos diferentes.

veio constituir o fundamento sobre o qual se erigiu a doutrina moderna dos direitos da personalidade.

Os atentados contra o indivíduo, como, por exemplo, as ameaças à vida ou a privação dela, as lesões corporais, os raptos e as *injuriis* de modo geral, que hoje configurariam ofensas a direitos da personalidade, estavam sujeitas, conforme a Lei das XII Tábuas, ao talionato. Embora Justiniano tenha observado, dez séculos mais tarde, o desuso, em seu tempo, das penas de talião¹⁰, é certo que a vingança privada, como forma de sanção às *injuriis*, que hoje corresponderiam a ofensas a direitos da personalidade, perdurou até o fim da monarquia romana¹¹.

Gradativamente, o *ius honorarium*, no desempenho das funções supletiva e corretora do *ius civile*, foi superando as deficiências da Lei das XII Tábuas em matéria de tutela do que atualmente corresponderia à categoria dos direitos da personalidade, seja porque as penas de talião já não refletiam o sentir romano, que se refinava, seja porque as penas pecuniárias, rigidamente fixadas nos termos das XII Tábuas, foram se tornando irrisórias, em face da desvalorização monetária. Assim, assistia-se à “gradual extensão da *actio iniuriarum*, em correspondência com o desenvolvimento da civilização e o refinamento dos sentimentos, sobretudo com Juliano (L. 25 de act. empti, D. 19,1), Ulpiano (L. 24 de injur. D. 47, 10) e Javoleno (L. 44 de injur., D. 47, 10), que acordam ações onde, v.g., Labão as não admitia”¹².

Na Lei das XII Tábuas, nos ensina Justiniano¹³, a *iniuria* física compreendia: o *membrum ruptum*, isto é, a mutilação de membro, sujeita à pena de talião; os *fracta*, fraturas de ossos apenas mediante o pagamento de trezentos asses, em sendo o lesado homem livre, ou de cento e cinquenta asses, se escravo. Já às injúrias simples se aplicava a pena de vinte e cinco asses.

Demonstra-nos Daisy Gogliano, mediante exemplos fornecidos por Gaio em suas *Institutas*¹⁴, a clara distinção entre a *actio iniuriarum*, cujo objeto poderia recair sobre a

¹⁰ *Institutas do Imperador Justiniano*, IV, 4, 2 a 7, cit., p. 238.

¹¹ *Apud* GOGLIANO, Daisy. *Direito privados da personalidade*, cit., p. 397.

¹² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 52.

¹³ *Institutas do Imperador Justiniano*, cit., p. 238.

¹⁴ *Institutas do Imperador Justiniano*, cit., 3, 223, p. 180.

reparação de qualquer espécie de ofensa, tanto física quanto moral, e a *actio legis Aquiliae*, prevista para a reparação do dano resultante de “um contato direto do corpo do autor com o da vítima”, que só poderia ser exercida “pelo proprietário da coisa danificada, que devia ser cidadão romano”¹⁵.

Embora admitamos que o pragmatismo romano tenha constituído causa, entre outras, da inexistência de uma teoria acerca dos direitos da personalidade¹⁶, não podemos olvidar o desenvolvimento pretoriano em torno da *actio iniuriarum*, enquanto forma de proteção indireta do que hoje chamamos, por herança moderna, personalidade jurídica.

Todavia, faltava, nas palavras de Enéas Costa Garcia¹⁷, a categoria dos direitos da personalidade, não obstante havemos de reconhecer que a *actio iniuriarum aestimatoria* tenha servido, de modo geral, à tutela de direitos aos quais modernamente se atribuiu a categorização de direitos da personalidade¹⁸.

b) Capacidade

É bem sabido que a doutrina romana da capacidade esteve sempre associada à noção de tríplice *status* individual¹⁹. Pela atribuição de diferentes *status*, termo designativo da situação da pessoa respectivamente a um conjunto de relações sociais, exprimia-se a posição do indivíduo em seus diferentes núcleos de convivência²⁰.

Ao longo da história de Roma, os estatutos jurídicos concernentes aos estados da pessoa – e, portanto, à sua capacidade e personalidade, em sentido moderno – foram

¹⁵ *Direitos privados da personalidade, cit.*, pp. 30-31.

¹⁶ *Idem*, p. 22.

¹⁷ *O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, cit.*, p. 13.

¹⁸ CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalísimos, cit.*, p. 10.

¹⁹ A noção moderna de estado individual, embora possa ser remotamente associada à idéia de *status*, não reproduz exatamente esse conceito romano (FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano, cit.*, p.), segundo o qual a esfera de relações jurídicas de um indivíduo girava em torno de sua qualidade fundamental de sujeito de direitos, isto é, de seu *status*. Assim, quanto mais restrito o *status* de uma pessoa, menos possibilidades de relações jurídicas colocavam-se diante dela.

²⁰ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano, cit.*, p. 36. Embora os autores repilam a concepção romana, segundo a qual a personalidade deriva da posição (*status*) que o indivíduo ocupa na sociedade, concepção esta em tese contrária à do direito atual – fundada no conceito de autonomia privada –, não se pode negar que ainda hoje as potencialidades da personalidade, isto é, as possibilidades de emanações e prolongamentos da individualidade, estejam intimamente relacionadas à posição social e econômica da pessoa.

sempre efêmeros e diversificados²¹, a exemplo dos vários modos de manumissão previstos nas Institutas de Justiniano²². De fato, a aquisição do *status libertatis* implicava, por si só, um certo grau de capacidade do qual o escravo manumitido até então não gozava. Só detinha plena capacidade jurídica, e conseqüentemente os integrais direitos da personalidade, quem detivesse, a um só tempo, o *status libertatis*, ou seja, a qualidade de pessoa livre, enquanto condição necessária mas não suficiente da cidadania, e o *status civitatis*, isto é, a categoria de cidadão. Já o *status familiae* designava a condição dos *paterfamilias*.

Assim, tratando o homem como sujeito de direitos, o direito romano distinguia-o conforme as posições de membro da comunidade dos homens livres, dos cidadãos e da família²³. Os dois primeiros *status* – *libertatis* e *civitatis* – constituíam condição essencial da capacidade jurídica, ao passo que o último – *status familiae* – distinguia os cidadãos *alieni iuris* (subjugados ao poder alheio) dos *sui iuris* (insubjugáveis ao poder alheio).

Ao *status libertatis* correspondia o complexo de direitos de liberdade, condensados no termo *ius libertatis*. Já o direito de estabelecer relações patrimoniais com outras pessoas era expresso no termo *ius commercii*. O direito de testar, na expressão *ius testandi* e, finalmente, o direito de criar relações familiares, no *ius connubii*. Os romanos, considerando como resumidos nas expressões *ius commercii* e *ius connubii* o que

²¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade, cit.*, p. 47.

²² “Livro Primeiro – Título V, Dos libertos (De libertinis): [...] § 1º. – Ocorre de muitos modos a manumissão: por Constituições Imperiais, nas sacrossantas igrejas, por vindicta, entre amigos, por epístola, por testamento, ou por qualquer outra manifestação de última vontade. De muitos outros modos, porém, se pode dar a liberdade aos escravos, modos que foram introduzidos não só pelas antigas Constituições como pelas nossas. § 2º. – Os escravos podem ser manumitidos pelo senhores que os libertem até mesmo de passagem, como quando o pretor, o presidente ou o procônsul vão às termas ou ao teatro. § 3º. – Os libertos dividiam-se antigamente em três espécies. Os que conseguiam maior e mais justa liberdade e se tornavam cidadãos romanos, os que conseguiam menor liberdade e se tornavam latinos pela Lei Júnica Norbara, e os que conseguiam liberdade inferior e se consideravam dedíticios (se dederunt) pela Lei Aelia Sentia. Porém já há muito tempo a péssima condição dos dedíticios caiu em desuso, e o nome latino também passou a não ser usado com freqüência. Por isso a nossa generosidade, desejando tudo melhorar e corrigir, emendou este ponto com duas Constituições, reduzindo a liberdade ao seu primitivo estado. Nos primeiros tempos de Roma, havia a liberdade pura e simples, a saber, a que tinha o manumissor, salvo quando o manumitido era liberto e o manumissor era ingênuo. Suprimidos os peregrinos dedíticios por uma de nossas Constituições, que promulgamos entre as nossas decisões, pelas quais, mediante conselho de nosso ilustre Triboniano, varão esclarecido e questor, pusemos fim às controvérsias do antigo direito. A respeito dos latinos junianos, e do que relativamente a eles se observa, por conselho do mesmo questor, corrigimos por outra Constituição, que se distingue das decisões imperiais. E outorgamos a cidadania romana a todos os libertos sem distinção, quer quanto à idade do manumitido, quer quanto ao domínio do manumissor, quer ainda quanto à forma de manumissão, como era anteriormente, acrescentando muitos modos pelos quais a liberdade pode ser outorgada aos escravos com os direitos de cidadania romana, a qual é a única liberdade que hoje existe” (*Institutas do Imperador Justiniano, cit.*, p. 29-30, tradução de J. Cretella e Agnes Cretella).

²³ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano, cit.*, p. 36.

modernamente se convencionou designar atributo fundamental da personalidade, empregavam esse dois termos para significar a capacidade plena do indivíduo²⁴.

Conforme Francisco Pereira de Bulhões Carvalho²⁵, às progressivas fases de desenvolvimento da pessoa, desde a infância à idade adulta, eram atribuídos crescentes graus de capacidade civil. Distinguia-se, em primeiro lugar, os púberes dos impúberes. Os impúberes, por sua vez, eram distinguidos entre *infantes*, considerados absolutamente incapazes; *infantiae proximi*; ou *pubertati proximi*²⁶.

Demonstra-nos o jurista as alterações que sofreu, mediante interpolações nas compilações justinianas, o pensamento dos antigos jurisconsultos:

“Primitivamente, infância era o período em que a criança ainda não podia materialmente proferir palavras (in=negativa; fari=falar). Desde que podia falar, ainda que sem discernimento, a criança teria atingido o período ‘próximo à infância’, com capacidade restrita para contratar. Segundo a concepção acolhida por JUSTINIANO ao contrário, a infância somente terminaria com a aparição de discernimento, o que ocorreria aos sete anos de idade”²⁷.

Para efeitos de determinação da capacidade, o infante era equiparado ao louco, cujos atos, faltando-lhe discernimento, eram todos nulos²⁸. Daí admitir-se que o infante, em regra, assim como o louco, não tinha capacidade jurídica nenhuma²⁹.

²⁴ A esse respeito, cf. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 344 e CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, cit., pp. 35-36.

²⁵ *Incapacidade civil e restrições de direito*, cit., p. 41.

²⁶ Procurando demonstrar o equívoco do entendimento segundo o qual, em Roma, considerava-se infância “o período em que a criança, embora já podendo falar, ainda não o possa fazer com encadeamento de idéias”, Francisco Pereira de Bulhões Carvalho argumenta que esta concepção veio consagrar-se somente com Justiniano, “que adotou a idéia grega de que a infância terminaria aos sete anos, idéia desconhecida dos jurisconsultos clássicos e que não poderia ser por eles adotada quando ainda não admitiam idade fixa para a puberdade, dispensando sua prova material muito mais delicada” (*Incapacidade civil e restrições de direito*, cit., p. 42).

²⁷ *Incapacidade civil e restrições de direito*, cit., p. 30.

²⁸ *Institutas do Imperador Justiniano* (III, 19): “§ 8º – O louco não pode praticar ato jurídico algum, porque não sabe o que faz. [...] § 10 – O que dizemos do pupilo se aplica aos que já têm alguma compreensão, porque o infante ou o próximo à infância diferem pouco do louco, porque não têm compreensão de coisa alguma. [...]” (tradução de de J. Cretella e Agnes Cretella, cit., p. 196).

²⁹ BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de direito*, cit., p. 42.

Porém, lembra Francisco Pereira de Bulhões Carvalho³⁰, tornou-se admissível, na última fase do direito romano, por questão de utilidade prática, a aquisição da posse e a tradição, pessoalmente pelo infante, da coisa a ele doada. Já os púberes, a partir da lei *Plaetoria* (192 d.C., aproximadamente), passaram a ser submetidos a regime especial de proteção, até que completassem vinte e cinco anos. Segundo o jurista, a puberdade coincidia, em princípio, com um certo estágio de desenvolvimento físico de cada indivíduo (*habitus corporis*), tendo sido fixada, posteriormente, a idade certa de doze anos para as mulheres, embora continuassem os sabinianos sustentando a vigência do anterior regime de inspeção corporal em relação aos homens, ao passo que os procuelanos, tendo adotado a opinião dos estóicos, indicavam a idade de quatorze anos como idade da puberdade. Somente ao tempo de Justiniano, adverte o jurista, essa controvérsia veio a ser dirimida mediante a fixação das referidas idades para os homens e mulheres³¹.

2. A doutrina dos direitos privados da personalidade

Tomando por critério a afirmação ou negação, isto é, a existência ou não dos direitos da personalidade, é possível agrupar em três categorias distintas as teorias modernas a respeito do tema³². A primeira delas nega a existência de direitos da personalidade, por considerar “impossível conceber uma categoria de direitos que tenha por objeto a própria pessoa, um *jus* ou *potestas in se ipsum*, em que a pessoa seria sujeito e objeto ao mesmo tempo”³³.

Por outro lado, pretender que o objeto de determinado direito seja necessariamente algo exterior em relação ao sujeito do mesmo direito, como sustentam os partidários dessa teoria, que se apóia no conceito de domínio, reflete claramente a “*originária confusão entre ‘objetividade’ e ‘materialidade’*”³⁴.

Se, conforme veremos mais adiante, direitos subjetivos consistem em permissões (faculdades de agir) conferidas ao sujeito por meio de normas jurídicas, então os direitos

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ *Idem, ibidem.*

³² A esse respeito, cf. GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade, cit.*, pp. 347-348.

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ GOGLIANO, Daisy. *Idem*, p. 359.

da personalidade não poderiam constituir direitos subjetivos, por ser inconcebível, v.g., um direito à vida enquanto simples faculdade de viver.

Nesse sentido, Francesco Degni sustenta que os direitos da personalidade “não se constituem em um domínio, em ‘una signoria’ de si mesmo, mas, antes de tudo, em um complexo de direitos contra o agir de outrem, para o reconhecimento e a tutela do próprio ser”³⁵. Conforme o jurista italiano, os direitos da personalidade constituiriam direitos subjetivos negativos em relação a terceiros que inflijam a personalidade jurídica de outrem, cuja proteção é tutelada pelo sistema jurídico de modo geral.

Assim também, Emilio Ondei enxerga a essência dos direitos da personalidade na proteção, assegurada à pessoa por meio de normas jurídicas, em relação a atos e pretensões que atentem injustamente contra seus legítimos interesses³⁶. Por sua vez, o professor Goffredo Telles Junior vê, com particular clareza, os direitos da personalidade como os direitos subjetivos de defender o que é estritamente próprio da pessoa³⁷. O vocábulo *próprio*, adverte-nos o jurista, assume no enunciado proposto o significado de inconfundibilidade do ser individualizado:

“Todo ser é ele próprio, sob pena de não ser o que é. O próprio de um ser é o que determina que ele seja o que efetivamente é. Portanto, o próprio é constitutivo do ser, não necessitando de outro fundamento além do fundamento de ser, de existir”³⁸.

Justamente pela perspectiva do ser, afirma Pietro Perlingieri, é que se deve elaborar a teoria dos direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos, pois “Na categoria do ser não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica”³⁹.

³⁵ *Apud* GOGLIANO Daisy. *Idem*, p. 356.

³⁶ *Apud* GOGLIANO Daisy. *Idem*, pp. 359-360.

³⁷ “A coletividade, por meio do Direito Objetivo, autoriza a pessoa a defender a sua personalidade, exatamente como a autoriza a defender seus demais bens. As autorizações, dadas por meio das leis, a todas as pessoas, de defenderem os caracteres de suas respectivas personalidades, constituem a primeira classe dos Direitos Subjetivos, a classe dos chamados Direitos da Personalidade” (*Estudos, cit.*, p. 143)

³⁸ *Idem, ibidem*.

³⁹ Perlingieri chama titularidade *institucional* ou *orgânica* a que se caracteriza “pela impossibilidade da aquisição, por outros sujeitos, da situação subjetiva, já que vindo a faltar o titular originário, extingue-se também a situação. Estas situações ligadas organicamente ao titular, ditas situações *intuitu personae*, estabelecem um liame tão estreito com um sujeito, que encontram exclusivamente naquele liame a sua razão de ser, a sua função”. Em contraposição à *institucional*, o autor identifica a chamada titularidade *ocasional*,

Identificamos, assim, a segunda corrente teórica, segundo a qual o objeto dos chamados direitos da personalidade corresponde aos *modos de ser* da pessoa, isto é, às manifestações, qualidades ou atributos de sua personalidade, reconhecendo-se, dessa forma, múltiplos direitos particularizados, todos abrangidos pela categoria jurídica dos direitos da personalidade. Conforme Perlingieri, essa concepção de direitos da personalidade, a que ele chama “*atomística*”, deu origem a teorias “que consideram a existência de uma série aberta de direitos (atipicidade dos direitos da personalidade) ou fechada (tipicidade)”⁴⁰.

Antagonista da corrente teórica que encara os direitos da personalidade como tipos preconcebidos, Perlingieri argumenta que a pessoa não se realiza por meio de um único esquema de situação subjetiva, mas pelas múltiplas situações da vida, “que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes”⁴¹.

Segue o jurista sustentando que essa atomização, isto é, o tratamento assistemático e insular de direitos atribuídos à personalidade, reflete uma opção ideológica e cultural, segundo a qual não haveria outras hipóteses de direitos além das expressamente previstas no ordenamento. “Esta perspectiva exaure a relevância de tais direitos no aspecto patrimonial, no ressarcimento dos danos”⁴², adverte Perlingieri.

Tendo exposto os fundamentos de sua crítica à doutrina dos múltiplos direitos da personalidade, Perlingieri conclui que:

segundo a qual “uma situação pode pertencer ou tocar (*spettare*) a um sujeito qualquer; em outros termos, o sujeito é ilimitadamente fungível” (*Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional, cit.*, p. 109).

⁴⁰ *Perfis do direito civil, cit.*, n. 100, p. 153 e ss..

⁴¹ Na visão de Perlingieri, devem ser superadas as discussões dogmáticas acerca da categoria jurídica dos direitos da personalidade: “*Nessas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência ‘geral’ e, portanto, vista – sem razão – como ‘universal’) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição patrimonialista. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não representariam interesses substanciais*” (*Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional, cit.*, p. 155).

⁴² *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional, cit.*, p. 154.

“A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”⁴³.

A terceira teoria, chamada monista ou unitária, identifica como objeto dos direitos da personalidade a própria pessoa em sua totalidade. A partir dessa concepção, desenvolveu-se, inicialmente na Alemanha⁴⁴, a doutrina do direito geral de personalidade.

3. Capacidade civil: conceito e espécies

a) Conceito

Surgido no âmbito do direito privado, o conceito de capacidade, como requisito do negócio jurídico, veio atender, em sua gênese, à necessidade de segurança nas relações contratuais⁴⁵. Da aplicação de tal conceito decorre que a validade dos negócios jurídicos, assim também a de seus efeitos, é primordialmente condicionada a um *modo de ser* da pessoa que pretende praticá-los ou que já os praticou⁴⁶.

⁴³ *Idem, ibidem.*

⁴⁴ GOGLIANO Daisy. *Direitos privados da personalidade, cit.*, p. 348; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil, cit.*, p. 153; e GARCIA, Enéas Costa. *O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, cit.*, p. 74.

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito, cit.*, p. 344.

⁴⁶ Conforme as teorias do fato e ato jurídico, formuladas por Carnelutti em sua Teoria geral do direito, “os modos postos pela norma como relevantes para atribuir ao fato efeitos jurídicos” devem ser distinguidos em virtude da relação entre o fato, objeto de análise, e a situação anterior a ele, relação essa que pode e deve ser ao mesmo tempo de coincidência e de divergência: “De coincidência, na medida em que o fato é uma projeção da situação; de divergência, na medida em que, pela sua própria natureza de fato, se desenvolve em situações diversas ou pelo menos sucessivas” (*Teoria geral do direito, cit.*, § 115º, p. 339). Quanto aos atos jurídicos, o autor observa que “a norma, com frequência, faz depender o efeito jurídico do ato (material) de um modo de ser da pessoa que o pratica” (*Idem*, p. 343). Esta dependência, adverte-nos Carnelutti, é estabelecida apenas com relação a alguns efeitos dos atos jurídicos. A esse respeito, o autor propõe-nos confrontar os artigos 1106 com o 1306 do Código Civil Italiano então vigente, “ou este com o artigo 97º do Código Penal: o menor com menos de catorze anos que pratique um ato, embora este contenha todos os requisitos do contrato, não obterá qualquer efeito jurídico; pelo contrário, se o ato por ele praticado contiver

Esse *modo de ser* constitui, conforme Messineo, “um dos pressupostos de validade do negócio jurídico”⁴⁷, que, conquanto tenha surgido como exigência de segurança e estabilidade das relações privadas, foi posteriormente alçado à categoria de norma de ordem pública, portanto inderrogável por iniciativa privada.

Por longo tempo, ensina-nos Carnelutti, manteve-se em tais limites a ciência jurídica: “Porém, à medida que sobre a figura do contrato se ia formando, por abstração, a figura do negócio, natural era que a capacidade fosse também referida não apenas para os negócios, como também para os atos jurídicos genericamente considerados”⁴⁸.

Assim, estabeleceu-se a noção de capacidade não como simples direito subjetivo, mas, antes disso, conforme Messineo, como “antecedente lógico de todo direito subjetivo”⁴⁹, como pré-condição ou pressuposto de todos os direitos⁵⁰.

Conforme a etimologia da palavra, capacidade deriva do verbo latino *capere*, cujos significados mais usuais são “agarrar, prender, tomar nas mãos, apoderar-se, apreender, adquirir, apanhar, etc. *Capax* será então aquele que tem essa aptidão; *capitas*, essa faculdade”⁵¹.

Tradicionalmente, o conceito de capacidade civil associa-se a duas noções que, até certo ponto, complementam-se uma à outra. Trata-se, em primeiro lugar, da idéia de aptidão, inerente ao ser considerado pessoa, para a aquisição e o gozo dos mais variados direitos subjetivos⁵², sendo essa sua *condição no mundo*. Essa aptidão para o gozo de

os requisitos de uma infração, produzir-se-ão todos os efeitos jurídicos civis, mas não os efeitos jurídicos penais” (*Idem*, p. 343).

⁴⁷ “Essa è [la capacità di agire] – in particolare – uno dei presupposti di validità del negozio giuridico (cfr. § 36) ed è regolata da norme di ordine pubblico, epperò inderogabili dal privato” (*Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, cit., p. 227).

⁴⁸ *Teoria geral do direito*, cit., p. 344.

⁴⁹ “La capacità giuridica non è, essa stessa, un diritto soggettivo; è, piuttosto, l’antecedente logico dei singoli diritti soggettivi (dal contenuto più vario); è una qualità giuridica” (*Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, cit., p. 218).

⁵⁰ A esse respeito, cf. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. I, cit., p. 169; PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, cit., p. 34; e FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*, cit., n. 98, p. 458.

⁵¹ CHAVES, Antonio. “Capacidade civil”, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 13, cit., p. 2.

⁵² Adotamos no presente trabalho o enunciado proposto pelo professor Goffredo Telles Junior: “Com rigor, definimos os Direitos Subjetivos: permissões dadas por meio de normas jurídicas. Tais permissões, por serem dadas por meio de normas jurídicas, se chamam permissões jurídicas. Logo, os Direitos Subjetivos podem ser

direitos, própria do ser humano, é também referida como *idoneidade* para a aquisição e titularidade de direitos.

É no sentido comum de aptidão, adverte Virgílio de Sá Pereira⁵³, que o adjetivo *capaz* é empregado no artigo 1º do Código Civil:

“É como se o legislador dissera – todo homem é suscetível, todo homem é apto. No sentido jurídico seria criticável o seu uso. Ter-se-ia tratado da capacidade antes de se ter assentado que é pessoa, e, ao mesmo tempo, ter-se-ia insinuado que a capacidade é inerente à condição de homem, o que seria errôneo. O que decorre da humanidade é a personalidade, porquanto a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e gozo dos direitos civis”.

Em um segundo momento, o conceito de capacidade civil mostra-se relacionado à noção de discernimento, que, nas palavras de Antonio Chaves⁵⁴, “é justamente critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o ponto de vista jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o que é bom do que é mau, o que é lícito do que não é, o que é conveniente do que é prejudicial”.

definidos, sinteticamente, com estes precisos termos: são permissões jurídicas. Quem tiver permissão jurídica, permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa, possui o direito (o Direito Subjetivo) de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la. Quem não tiver tal permissão, não possui esse direito (embora possa ter a faculdade de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la). Por exemplo, são Direitos Subjetivos as permissões de ter um nome, de ir e vir livremente, de manifestar o pensamento, de ter domicílio inviolável; de casar e constituir família; de adotar pessoa como filho; [...]. essas permissões, como uma infinidade de outras, não são permissões simples. São permissões jurídicas. Constituem, portanto, Direitos Subjetivos. E constituem Direitos Subjetivos porque são permissões concedidas por meio de normas jurídicas” (*Estudos, cit.*, pp. 119-120).

A respeito da dicotomia entre *direito objetivo* e *direito subjetivo*, é oportuno colacionar o magistério de Norberto Bobbio: “É supérfluo acrescentar que a distinção, que ainda encabeça a maioria dos nossos tratados, entre direito subjetivo e direito objetivo, não é uma grande dicotomia. A necessidade que o jurista sente de deter-se nessa distinção nasce exclusivamente de uma homonímia. A distinção entre direito subjetivo e direito objetivo serve para esclarecer uma possível confusão terminológica derivada do fato de que a mesma palavra ‘direito’ é empregada, em certas línguas, com dois significados diferentes. Não serve, como serve, ao contrário, a distinção entre direito privado e direito público, para dividir em duas subclasses, reciprocamente excludentes e conjuntamente exaustivas, o universo do direito. Para início de conversa, a expressão ‘direito objetivo’ não designa uma subclasse, mas toda a classe dos entes (idest as normas) que estão incluídos no universo a que se refere a teoria do direito. Além disso, a expressão ‘direito subjetivo’ designa uma subclasse cuja subclasse contraposta não é a que se designa pelo nome de ‘direito objetivo’, mas aquela a que comumente se atribui o nome de ‘obrigação’ ou ‘dever’ ou similares. De um lado, não existe coisa alguma que não seja direito objetivo; de outro, o que não é direito subjetivo não é o direito objetivo, mas, sim, a obrigação” (*Da estrutura à função, cit.*, p. 143).

⁵³ *Manual do Código Civil brasileiro, cit.*, p..

⁵⁴ “Capacidade civil”, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 13, p. 2.

Como se pode ver, trata-se a capacidade, sobretudo quando quer significar discernimento, de um atributo convencional, cambiável de acordo com o tempo, lugar e, também, o grau de desenvolvimento (biológico e social) da pessoa, a quem se atribui, conforme sua *capacidade*, a titularidade de direitos, pretensões, ações e exceções, como também a potencialidade para ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções⁵⁵.

Assim, o discernimento constitui a um só tempo requisito de validade do ato ou negócio jurídico – em outros termos, a capacidade, traduzida na idéia de discernimento, constitui uma exigência legal acerca do *modo de ser* do sujeito do ato ou negócio. Isto é, a capacidade consiste no requisito relacionado ao conjunto de qualidades do agente, das quais depende a validade e a eficácia dos atos por ele praticados.

Essas duas noções – a de aptidão, ou idoneidade, e a de discernimento – correspondem, em última análise, às duas macro-unidades semânticas que, conforme a tradição jurídica ocidental, conferem ao conceito de capacidade civil o seu significado mais amplo: a capacidade jurídica (*capacidade de gozo*) e a capacidade de agir, capacidade de exercício ou, ainda, capacidade de fato. Alguns juristas, ao mesmo tempo em que associam ao conceito de capacidade jurídica a noção de aptidão/idoneidade da pessoa para a aquisição e gozo dos mais variados direitos subjetivos, consideram-no idêntico ao conceito de personalidade jurídica.

Entre os que defendem a identidade de tais conceitos, destacam-se Clovis Beviláqua⁵⁶, Carvalho Santos⁵⁷, Pontes de Miranda⁵⁸, Moreira Alves⁵⁹, Orlando Gomes⁶⁰, Vicente Ráo⁶¹ e Cunha Gonçalves⁶².

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. I, *cit.*, p. 155.

⁵⁶ Ao mesmo tempo em que propõe distinguir a personalidade da capacidade (*Teoria geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 81), Beviláqua afirma, em nota, que “a capacidade de direito confunde-se com a própria personalidade” (*Idem*, p. 82), depois de observar a distinção, que fazem os autores alemães, entre capacidade de direito (*Rechtsfaehigkeit*) e faculdade de agir (*Geschaeftsfaehigkeit*), sendo esta equivalente, em nosso sistema jurídico, à capacidade de agir (ou capacidade de exercício).

⁵⁷ Após equiparar conceitualmente capacidade de direito e personalidade jurídica, o autor considera ser forçoso “reconhecer, portanto, que a personalidade nada mais é senão a idoneidade de poder querer juridicamente (*capacidade*)” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. I, *cit.*, p. 230).

⁵⁸ Em sua concepção, “Personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito” ou, ainda, “Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo” (*Tratado de Direito Privado*, vol. I, *cit.*, p. 154-55).

Na doutrina italiana, há também juristas que consideram equivalentes os conceitos de personalidade e capacidade. Destes, apontamos os magistérios de Ruggiero⁶³, de Galgano⁶⁴ e de Trabucchi. Na concepção deste último, “Personalidade em sentido jurídico é, portanto, a aptidão, reconhecida pela lei, de tornar-se sujeito de direitos e obrigações; como pressuposto da titularidade concreta de relações, a personalidade corresponde à capacidade jurídica”⁶⁵.

⁵⁹ Moreira Alves também considera idênticos os conceitos de personalidade e capacidade jurídica: “Entretanto, mesmo para os autores que distinguem a personalidade jurídica da capacidade jurídica (e a grande maioria dos autores considera que ambas as expressões traduzem uma só idéia), a capacidade jurídica nada mais é do que o limite da personalidade jurídica: a personalidade jurídica é a aptidão de ter direitos ou contrair obrigações (idéia absoluta: não admite gradação para mais ou para menos, pois ninguém tem mais ou menos personalidade jurídica), ao passo que a capacidade jurídica encerra maior ou menor número de direitos e de obrigações que uma pessoa possa ter (é idéia relativa: admite gradação, bastando pensar, para a contraposição entre nacional e estrangeiro, em que a capacidade jurídica daquele é maior do que a deste). Por isso, o artigo 1º do Projeto nada mais fez do que declarar, de forma absoluta (o que quer dizer que alude à personalidade jurídica) que todo homem é capaz (isto é, é apto) a ter direitos e a contrair obrigações, e, logo em seguida, declara quando começa a personalidade civil, para, depois, tratar da capacidade de fato, declarando, após, quando termina a personalidade jurídica” (*A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, cit.*, pp. 132-133), concepção originalmente veiculada na obra *Direito Romano*. Embora nesta obra o autor sustente a distinção conceitual entre tais institutos, os conceitos de personalidade e de capacidade por ele propostos tendem a confundir-se, como se depreende do seguinte excerto: “Personalidade jurídica é a aptidão de adquirir direitos e de contrair obrigações. Em geral, os autores consideram sinônimas as expressões personalidade jurídica e capacidade jurídica. Parece-nos, entretanto, que é mister distingui-las. Com efeito, enquanto personalidade jurídica é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), capacidade jurídica é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade” (*Direito Romano*, vol. I, cit., p. 118).

⁶⁰ Orlando Gomes, por sua vez, sustenta que a capacidade, entendida no sentido do gozo de direitos, corresponde à própria personalidade: “O termo *capacidade* emprega-se em dois sentidos. No primeiro, com a mesma significação de *personalidade*”; e, mais adiante: “A *capacidade de direito* confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de ter direitos. Ninguém pode ser privado dessa espécie de capacidade” (*Introdução do direito civil, cit.*, p. 137-138).

⁶¹ “Certos autores distinguem a capacidade de direito da capacidade de fato; mas, na realidade, aquela se confunde com a noção de personalidade, pois se define como aptidão para a titularidade dos direitos” (*O direito e a vida dos direitos*, vol. II, cit., p. 600).

⁶² “Só o homem é suscetível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade ou a sua personalidade. [...] Esta suscetibilidade de direitos e obrigações, ou aptidão para adquirir aqueles e ficar sujeito a estas, é o que constitui a ‘personalidade’, que o nosso legislador designa também por ‘capacidade jurídica’” (*Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. I, cit., p. 169).

⁶³ “Bem distinto da capacidade jurídica, cujo conceito coincide com o de personalidade, é a capacidade de agir, ou seja, a faculdade que o sujeito tem de praticar atos jurídicos e exercer os seus direitos” (*Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 341).

⁶⁴ “Si definisce come capacita giuridica l’attitudine dell’uomo ad essere titolare di diritti e di doveri; l’espressione è equivalente a quella di soggettività giuridica o di personalità giuridica” (*Diritto civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 126).

⁶⁵ “Personalità in senso giuridico è dunque l’attitudine riconosciuta dalla legge a diventare soggetto di diritti e doveri; come presupposto della concreta titolarità dei rapporti, la personalità corrisponde all’attitudine giuridica” (*Istituzioni di Diritto Civile, cit.*, p. 63).

Contrários a esta posição, em que pese ao louvor de seus sectários, Rubens Limongi França⁶⁶, Pietro Perlingieri⁶⁷, Capelo de Sousa⁶⁸ e Daisy Gogliano sustentam a absoluta inconfundibilidade entre personalidade e capacidade. Desta última, extraímos o seguinte magistério:

“Apesar de seguir *pari passu* com a personalidade, não há de se confundir uma com outra, porque, como vimos, esta é pressuposto daquela. Além disso, enquanto a personalidade jurídica é ampla e abrange todo o âmbito geral da vida do direito, a capacidade de direito é limitada, constituindo uma prerrogativa da pessoa à face dos direitos particularmente considerados”⁶⁹.

Com efeito, personalidade e capacidade são institutos essencialmente distintos. Enquanto aquele se refere ao *modo de ser* da pessoa, isto é, ao complexo de qualidades e características que lhe garantem as mais variadas possibilidades de *emanações e prolongamentos* no mundo que a circunda⁷⁰, tornando-a assim um ser único e distinguível dos demais, o conceito de capacidade trata de atribuir-lhe, por sua própria condição, a titularidade de direitos, pretensões, ações e exceções, como também a potencialidade para ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções, qualificando-a juridicamente.

No entanto, o conceito de capacidade não se refere apenas à condição, inerente ao ser considerado pessoa, para o gozo de direitos (*capacidade jurídica*), mas também às

⁶⁶ “Com referência a esta matéria, cumpre assinalar desde logo que não pode ser aceita a orientação de certos autores, segundo a qual a noção de capacidade se identifica com a de personalidade jurídica. Personalidade é a *qualidade do ente que se considera pessoa*. A pessoa a possui desde o início até o fim da sua existência. Não assim a capacidade, que pode sofrer modificações profundas e em muitos casos deixar de existir. Essa modificação e essa falta entretanto não afetam a personalidade, que continua a mesma” (*Manual de direito civil*, vol. I, cit, p. 147).

⁶⁷ “La personalità, s’insegna tradizionalmente, è l’idoneità ad essere titolare di diritti soggettivi: essa, quindi, significa capacità giuridica. [...] È necessario, invece, superare la visione strutturale e riservare alla personalità una valutazione funzionale. Soggetto non è personalità; quando ci si limita al solo profilo Della soggettività, dell’attitudine cioè ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive non s’è ancora detto che si discorre di personalità. Persona non significa ancora personalità; capacità giuridica e personalità, anche sul piano strettamente civilistico, non coincidono, perché la capacità giuridica, cioè la soggettività, è valore che si esprime soltanto sul piano strutturale, mentre la personalità è, per definizione, titolarità istituzionale di certe situazioni giuridiche soggettive ed è presente anche dove la capacità giuridica o non v’è o ancora manca” (*La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, cit., pp. 137-138).

⁶⁸ Para o jurista português, os institutos da personalidade e da capacidade se interpenetram, sem no entanto se confundirem, na medida em que “o bem jurídico da personalidade reivindica e incorpora um direito ao bem da personalidade jurídica plena e clama, conseqüência ou postula o bem de uma capacidade jurídica extensa” (*O Direito geral de personalidade*, cit., p. 107).

⁶⁹ *Direitos privados da personalidade*, p. 331.

⁷⁰ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, pp. 363-364.

potencialidades, cambiáveis de acordo com o tempo e lugar, da pessoa individualmente considerada (*capacidade de exercício*). Nesse sentido, trata-se da aptidão da pessoa para enquadrar-se, em maior ou menor grau, nas diversas esferas em que se desenvolve o complexo das relações de natureza privada⁷¹.

Todavia, não é o enquadramento do indivíduo em determinadas situações de fato, a partir das quais lhe podem ser atribuídos estados correspondentes, a única determinante de sua maior ou menor capacidade. Há de se levar em conta também as possibilidades abstratas de enquadramentos, que, conforme as qualidades particulares da pessoa, se colocam diante dela ao longo de sua existência, e que constituem índice de sua capacidade, que é dinâmica.

Idéia próxima à de *enquadramento*, difundida entre nós por Rubens Limongi França, é veiculada por Capelo de Sousa. Na concepção do jurista português, a idéia de personalidade jurídica implica o reconhecimento de que toda pessoa constitui um “centro autônomo de direitos e obrigações” abstratamente considerado, ao passo que a capacidade jurídica caracteriza-se pela “possibilidade jurídica inerente a esse centro de ser titular de direitos e obrigações em concreto”⁷².

O conceito de Capelo de Sousa assemelha-se, é bem de ver, aos enunciados propostos por Ferrara, para quem o conceito de capacidade jurídica remete à “abstrata possibilidade de receber os efeitos da ordem jurídica”, sendo “o fundamento e a pré-condição de todo direito”⁷³, e por Messineo, de cujo magistério extraímos a afirmação de que “o principal atributo da personalidade do sujeito e de sua existência é, *segundo o direito*, constituído pela sua capacidade jurídica ou capacidade de direitos, que é a aptidão (ou idoneidade) para ser sujeito de atribuições (por parte do ordenamento jurídico) de direitos subjetivos em geral (arg. D); assim, não se concebem seres humanos que não sejam dotados de capacidade jurídica. A capacidade jurídica é atributo inseparável da pessoa

⁷¹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*, vol. I, *cit.*, p. 148.

⁷² *O Direito geral de personalidade*, *cit.*, p. 106.

⁷³ “La capacità di diritto o capacità giuridica è l’attitudine ad esser titolare di diritto ed obblighi, l’astratta possibilità di ricevere gli effetti dell’ordine giuridico. La capacità è il fondamento e la precondizione di ogni diritto, ed è uno status” (*Trattato di diritto civile italiano*, *cit.*, n. 98, p. 458).

humana; essa se adquire pelo próprio fato da existência, ou seja, pelo nascimento, condição essa que acompanha o sujeito até a morte”⁷⁴.

No mesmo sentido, Trabucchi considera a personalidade como a idoneidade abstrata para tornar-se titular de relações: “é a titularidade potencial de uma série indeterminada de relações”⁷⁵, enquanto a capacidade jurídica, para o jurista italiano, consiste na “medida de tal idoneidade, que define os contornos da personalidade”⁷⁶.

A nosso ver, além dos enquadramentos, atuais e concretos, do indivíduo e das suas potencialidades, isto é, das possibilidades de enquadramento nos mais variados suportes fáticos sobre os quais incidam normas jurídicas, a personalidade, em sentido jurídico, compreende também a condição existencial do ser individualizado: seu nome, as circunstâncias e fatos associados ao seu nascimento, sua imagem perante si próprio e perante os outros, sua integridade física e psicológica, suas relações familiares, etc.⁷⁷

Caio Mário, embora não distinga com rigor conceitual personalidade e capacidade, as considera complementares entre si: “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a idéia de ser alguém titular dele”⁷⁸. Por outro lado, o mesmo jurista sustenta que a privação absoluta de capacidade implicaria a “frustração de personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar de seus direitos”.

⁷⁴ “Soltanto ora che si è premesso quanto precede, è il momento di dire che il principale attributo della personalità del soggetto e della sua esistenza è, per il diritto, costituito dalla sua capacità giuridica, o capacità di diritti, che è l’attitudine (o idoneità) ad essere soggetto dell’attribuzione (da parte dell’ordinamento giuridico) di diritti soggettivi in generale (org. I); onde, non si concepiscono esseri umani, che non siano dotati della capacità giuridica. La capacità giuridica è attributo inseparabile dalla persona umana; essa si acquista, per il fatto stesso dell’esistenza, cioè per nascita e dal momento della nascita (cfr. I); e accompagna il soggetto sino alla morte” (*Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione, cit.*, pp. 217-218).

⁷⁵ “[...] è la titolarità potenziale di una serie indeterminata di rapporti” (*Istituzioni di Diritto Civile, cit.*, p. 63).

⁷⁶ “La capacità giuridica è la misura di tale idoneità che definisce i contorni della personalità [...]” (*Istituzioni Istituzioni di Diritto Civile., cit.*, p. 63).

⁷⁷ Por esse aspecto, a personalidade jurídica se aproxima essencialmente da noção de facticidade em sentido heideggeriano.

⁷⁸ *Instituições de Direito Civil*, vol. I, *cit.*, p. 172-173.

Moreira Alves, a fim de sustentar a identidade entre personalidade e capacidade jurídica, chega ao máximo da simplificação, ao afirmar que a capacidade jurídica “nada mais é do que o limite da personalidade”⁷⁹. Assim também o magistério de Carvalho Santos, para quem as restrições à capacidade de agir, impostas ao sujeito consoante suas qualidades intrínsecas, equivale mesmo a um “*limite da personalidade*”⁸⁰, ao passo que a personalidade seria, segundo a concepção do jurista, simplesmente a “*capacidade de adquirir direitos*”⁸¹.

Com efeito, discordamos da idéia segundo a qual a capacidade consistiria em “*limite da personalidade*”. A hipótese mais aceitável, conforme a orientação dada ao presente estudo, é a de que a capacidade jurídica constitua um atributo da personalidade⁸², que, enquanto *modo de ser* do sujeito⁸³, é ilimitada, porquanto sejam igualmente irrestritas suas possibilidades de *emanações e prolongamentos*⁸⁴.

Personalidade jurídica não significa propriamente a aptidão para ser titular de direitos, mas sim o *modo de ser* da pessoa (o modo como ela se relaciona no mundo e o modo como os outros a vêem no mundo). Capacidade jurídica sim é a aptidão, a qualidade jurídica própria do ser considerado pessoa, para ser titular de direitos, enquanto a assunção de obrigações e deveres, assim como o exercício pessoal de certos direitos, relacionam-se à capacidade de fato.

Mais nos aproximamos do conceito de Beviláqua, para quem capacidade jurídica é a dimensão que, conforme o ordenamento, se dá aos “*poderes de ação*” inerentes à personalidade e próprios de qualquer pessoa⁸⁵.

De fato, capacidade jurídica e capacidade de agir não são direitos, mas “pressupostos de todos os direitos ou do seu exercício, somente influenciados por

⁷⁹ *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro, cit.*, p. 132.

⁸⁰ *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. I, *cit.*, p. 231.

⁸¹ *Idem, cit.*, p. 245.

⁸² A esse respeito, cf. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual do direito civil*, vol. I, *cit.*, p. 145.

⁸³ ONDEI, Emilio, *apud* GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade, cit.*, p. 337.

⁸⁴ GOGLIANO Daisy. *Idem, cit.*, p. 363-64.

⁸⁵ *Teoria geral do Direito Civil, cit.*, p. 81.

qualidades jurídicas”⁸⁶, idéia que, como vimos anteriormente, também permeia o conceito de Ferrara⁸⁷.

Concebendo-a como pressuposto de validade dos negócios jurídicos, Emilio Betti observa que a capacidade, enquanto atributo que diz respeito às “qualidades intrínsecas da pessoa, que a tornam mais ou menos idônea para exercer a sua autonomia privada”⁸⁸, costuma ser definida no ordenamento jurídico mais em sentido negativo do que positivo, na medida em que a regra geral implica o reconhecimento de capacidade a todas as pessoas:

“O código determina os casos de incapacidade: e a doutrina vai deduzir da disciplina desses casos, a contrário, a noção da capacidade legal para agir, porque as hipóteses de incapacidade constituem os limites da capacidade”⁸⁹.

Em suma, o conceito de capacidade, como pudemos ver, não se resume nem se esgota na noção de aptidão ou idoneidade, na medida em que também exprime a idéia de discernimento. A capacidade civil, seja a capacidade jurídica, seja a de fato ou de exercício, não se confunde absolutamente, segundo a concepção que adotaremos no presente estudo, com o conceito de personalidade jurídica.

A personalidade jurídica, sendo o modo de ser do sujeito, é ilimitada, porquanto assim também o são as possibilidades de “*enquadramento*” do indivíduo em suportes fáticos sobre os quais incidam normas jurídicas. Conforme Rubens Limongi França, capacidade constitui “um dos atributos da personalidade”⁹⁰, estreitamente ligado à noção de estado, embora com esta não se confunda, como veremos mais adiante. Afastamo-nos, assim, do entendimento segundo o qual a capacidade resumir-se-ia em um “limite da personalidade”⁹¹, a qual, como já tivemos oportunidade de sustentar, é ilimitada.

⁸⁶ CHAVES, Antonio. “Capacidade civil”, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 13, *cit.*, p. 3.

⁸⁷ *Trattato di diritto civile italiano*, *cit.*, n. 98, p. 458.

⁸⁸ *Teoria geral do negócio jurídico*, *cit.*, p. 11.

⁸⁹ *Idem*, p. 18.

⁹⁰ *Manual de direito civil*, *cit.*, pp. 147-148.

⁹¹ A esse respeito, cf. CARVALHO SANTOS, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. I, *cit.*, p. 231; MOREIRA ALVES, *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, *cit.*, p. 132; TRABUCCHI, *Istituzioni...*, *cit.*, p. 63.

Se permitido nos for propor um enunciado, um esboço sujeito a reparos e desde já submetido à devida censura, diríamos que capacidade civil é o atributo dinâmico da personalidade, do qual decorre, por um lado, a titularidade e o gozo dos mais variados direitos subjetivos e, por outro lado, a outorga à pessoa, mediante normas jurídicas, da faculdade de manifestar, desde que por meio de atos reputados lícitos, os mais variados aspectos de sua personalidade⁹².

Dizemos dinâmico porque a determinação de critérios segundo os quais se atribui à pessoa a qualificação jurídica de *sujeito capaz*, e aqui nos referimos especificamente à capacidade de agir, é produto de convenções sociais e científicas, cambiáveis, como já foi dito, de acordo com o tempo e o lugar⁹³.

b) Espécies

Conforme Limongi França⁹⁴, a capacidade pode ser classificada, quanto à sua natureza, em capacidade jurídica, também chamada *capacidade de gozo* ou *de direito*, ou capacidade de fato (*capacidade de agir* ou *de exercício*). Do ponto de vista da extensão, classifica-se em capacidade absoluta ou relativa.

Contrário às expressões *gozo* e *exercício* de direitos, tradicionalmente associadas pela doutrina francesa, respectivamente, aos conceitos de capacidade jurídica e capacidade de agir⁹⁵, Pietro Rescigno considera o primeiro deles (*capacidade jurídica*) “*o perfil estático da personalidade*”⁹⁶, que, conforme Falzea, “designa um caráter meramente passivo do sujeito, seu modo de ser do qual advém conseqüências jurídicas”⁹⁷, ao passo que a capacidade de agir representa, ainda nas palavras de Falzea, “um caráter ativo, na medida em que o sujeito, mediante tal capacidade, pode cooperar para a formação das

⁹² Como se vê, o enunciado proposto se aproxima não apenas do conceito de LIMONGI FRANÇA, de cujo magistério extraímos a noção de capacidade como “*atributo da personalidade*” (*Manual de direito civil*, vol. I, *cit.*, p. 147), mas também das fórmulas propostas por Teixeira de Freitas, para quem capacidade consiste na “*manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade*” (*Código Civil: esboço, cit.*, p. 23), e por Clovis Beviláqua: capacidade é “*a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade*” (*Teoria geral do Direito Civil, cit.*, p. 81).

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito, cit.*, pp. 346 e seguintes.

⁹⁴ *Manual de direito civil*, vol. I, *cit.*, p. 148.

⁹⁵ A esse respeito, cf. BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do Direito Civil, cit.*, p. 82.

⁹⁶ “*Capacità di agire*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, *cit.*, p. 862.

⁹⁷ “*Il profilo statico della personalità è appunto la capacità giuridica, che designa un carattere meramente passivo del soggetto, un suo modo di essere nei confronti delle conseguenze giuridiche*” (*Apud RESCIGNO, Pietro. “Capacità di agire”, cit.*, p. 862).

fattispecie; não é um ‘modo de ser no mundo jurídico’, em vez disso, é uma qualidade específica que deve ser reconhecida pelo direito quando presentes os pressupostos de fato aos quais está condicionada”⁹⁸.

Carnelutti, admitindo a dicotomia meramente conceitual entre capacidade jurídica e capacidade de agir, adverte-nos que, “na prática, semelhantemente a situação e fato, são uma só e a mesma coisa”⁹⁹. Retomando a noção de Falzea, o jurista as considera, respectivamente, o aspecto estático e dinâmico de um mesmo fenômeno:

“Portanto, se a capacidade de agir se funda na capacidade jurídica, fácil é concluir que não existe uma capacidade para todos os atos como não existe uma capacidade para todas as situações, e que a capacidade é, antes, regulada por categorias de atos e de situações”¹⁰⁰.

Enquanto a capacidade jurídica (*capacidade de gozo*) exprime, como já tivemos oportunidade de afirmar, um atributo apriorístico da personalidade jurídica, a capacidade de exercício ou capacidade de agir refere-se precisamente à idoneidade para atuar juridicamente ou, conforme Carlos Alberto da Mota Pinto, “para pôr em movimento a esfera jurídica própria, para, por atividade própria, produzir conseqüências jurídicas no conjunto de direitos e obrigações de que se é titular”¹⁰¹. Trata-se, portanto, de uma qualidade jurídica circunstancial e essencialmente convencional.

Essa aptidão para agir supõe, ainda nas palavras de Mota Pinto, “uma capacidade natural de querer e entender”¹⁰² ou, conforme Ruggiero, “uma capacidade efetiva de vontade”¹⁰³.

Serpa Lopes aponta como algo positivo a pretensa “confusão da idéia de pessoa e de capacidade no Direito moderno”¹⁰⁴, muito embora não seja a capacidade, mas a

⁹⁸ “La capacità di agire presenta invece ‘un carattere attivo, in quanto il soggetto mediante tale capacità può cooperare alla formazione delle fattispecie’; non è ‘un modo di essere nel mondo giuridico’, è invece una ‘specifica qualità che deve essere riconosciuta dal diritto quando esistono i presupposti di fatto ai quali è condizionata’ (FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, p. 93, apud RESCIGNO, Pietro. “Capacità di agire”, *cit.*, p. 862).

⁹⁹ *Teoria geral do direito*, *cit.*, p. 347.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 349.

¹⁰¹ *Teoria geral do direito civil*, *cit.*, p. 195.

¹⁰² *Idem*, p. 196.

¹⁰³ *Instituições de direito civil*, *cit.*, p. 341.

¹⁰⁴ *Curso de Direito Civil*, vol. I, *cit.*, p. 248.

personalidade, a decorrência necessária e infalível da condição humana¹⁰⁵, pois mesmo o princípio universal de capacidade jurídica, veiculado nos termos do artigo 1º do Código Civil, comporta exceções, como teremos oportunidade de constatar mais adiante¹⁰⁶.

Com efeito, diferentemente da personalidade (complexo de qualidades e características que definem os modos de ser da pessoa), a capacidade, tanto a jurídica quanto a de agir (esta com maior frequência), constitui um atributo adquirido pela pessoa à medida que esta desenvolve e aprimora suas faculdades cognitivas e de discernimento¹⁰⁷.

É, nas palavras de Messineo, ao referir-se especificamente à capacidade de agir, “um *estado psíquico de idoneidade para compreender e querer*”¹⁰⁸, ou ainda, como lembra Carvalho Santos, “consoante a famosa tríade de VICCO, o compreender, o querer, o poder (*Homo autem constat ex animo et corpore; et est nosse, velle, et quidem posse tum animum, tum corpore, quia utroque constat*)”¹⁰⁹.

Enfim, para que lhe possa ser atribuída capacidade de agir, o indivíduo deve gozar de maturidade suficiente para avaliar, nas palavras de Pietro Rescigno, a “conveniência econômica do ato que lhe compete. Portanto, a capacidade de agir pressupõe a aptidão material para cuidar dos próprios interesses e a capacidade de querer”¹¹⁰.

A esse respeito, cumpre colacionar também o magistério de Von Tuhr:

¹⁰⁵ A esse respeito, cf. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro*, cit., p..

¹⁰⁶ A esse respeito, cf. MESSINEO, Francesco. *Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, cit., pp. 227-228.

¹⁰⁷ Serpa Lopes nos fornece exemplos de exceções ao princípio geral da capacidade jurídica, expresso nos termos do atual artigo 1º do Código Civil: “Os pais não podem dispor em testamento de mais da metade de seus bens; eis uma incapacidade de direito havendo incapacidade de fato; os menores são proibidos de comprarem bens, mas eles o podem fazer por meio do tutor com autorização do juiz, eis uma incapacidade de fato, havendo capacidade de direito. Em ambos os casos, as disposições apresentam o caráter de leis proibitivas, mas com esta diferença: nas incapacidades de direito, a proibição é direta, e determinada por motivos de utilidade pública, abstração feita da capacidade de fato; nas incapacidades de fato, a proibição é indireta, só determinada pelas mesmas incapacidades, e em consequência delas” (*Curso de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 268).

¹⁰⁸ “La capacità di agire corrisponde a uno *stato psichico di idoneità a intendere e a volere* [...]” (*Istituzioni...*, cit., p. 227).

¹⁰⁹ *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., p. 231.

¹¹⁰ “Per capacità di agire s’intende l’idoneità a svolgere l’attività giuridica che riguarda la sfera d’interessi propria Della persona. L’attività consiste nell’esercizio di diritti e nell’assunzione di obblighi. È necessario che il soggetto possianda una maturità sufficiente a valutare la convenienza economica degli tai che compie. Perciò la capacità di agire supone l’attitudine materaile alla cura dei propri interessi e la capacità di volere” (“Capacità di agire”, in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 861).

“Capacidade é a qualidade jurídica essencial da pessoa. Em princípio, segundo nosso direito, corresponde a todo ser humano. [...] No entanto, não é indispensável que a capacidade jurídica seja completa; ela pode faltar no que se refere para a titularidade ou aquisição de determinados direitos. Nesse sentido, convém distinguir a capacidade jurídica geral da especial, referente a certos direitos. Assim, por lei local, a capacidade dos que pertencem a ordens religiosas pode ser restringida no que diz respeito à doação e à aquisição mortis causa (art. 87), ou a capacidade dos estrangeiros (art. 88) com relação à aquisição de imóveis”¹¹¹.

Assim como Von Tuhr, Messineo associa ao conceito de capacidade jurídica a idéia de *qualidade jurídica*. Para o jurista italiano, trata-se da qualidade jurídica da pessoa, consistente em sua aptidão para ser sujeito de direito¹¹².

A capacidade de agir – aspecto dinâmico do conceito geral de capacidade¹¹³ – cinde-se por sua vez em três subespécies: *capacidade negocial*, que é a capacidade para realizar negócios jurídicos e para receber, como sujeito passivo, declarações de vontade; *capacidade processual*, consistente na capacidade para atuar em juízo, por si ou por outrem (capacidade para ser parte e para estar em juízo), sendo este um dos pressupostos de validade do processo; e *capacidade delituosa*, que é a capacidade para praticar atos considerados ilícitos, como agente imputável¹¹⁴.

4. Os estados da pessoa

Assim como a capacidade, o estado consiste em um dos atributos da personalidade jurídica. Se aquela, como vimos, diz respeito às qualidades individuais sem as quais, por um lado, não é permitido ao sujeito, dadas as convenções do tempo e lugar, relacionar-se

¹¹¹ “La capacidad es la calidad jurídica esencial de la persona. En principio, según nuestro derecho, corresponde a todo ser humano; [...]. Pero no es indispensable que la capacidad jurídica sea completa; puede faltar para la titularidad o adquisición de derechos determinados. En este sentido, conviene distinguir la capacidad jurídica general de la especial, referente a ciertos derechos. Así, por ley local, la capacidad de los que pertenecen a órdenes religiosas puede restringirse respecto a la donación y la adquisición mortis causa (art. 87), o la capacidad de los extranjeros (art. 88) respecto a la adquisición de inmuebles” (*Derecho Civil: teoría general del derecho civil alemán*, tradução do alemão para o espanhol de Tito Ravà *cit.*, pp. 13-14).

¹¹² “Diversa dalla capacità giuridica (attitudine ad essere soggetto di diritti, che è una qualità giuridica della persona), [...], è la capacità di agire” (*Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, *cit.*, p. 227).

¹¹³ A esse respeito, cf. Falzea, *apud* RESCIGNO, Pietro. “Capacità di agire”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, *cit.*, p. 862; e CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, *cit.*, p. 347.

¹¹⁴ FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*, *cit.*, pp. 461-462.

autonomamente com pessoas ou coisas ou, ainda, colocar-se por si mesmo em determinadas situações jurídicas, qualidades essas diante das quais, por outro lado, tornam-se válidos os atos praticados por um determinado sujeito, o estado refere-se especificamente ao *modo particular de existir das pessoas*¹¹⁵, representando, nesse sentido, um atributo relativamente estático da personalidade jurídica¹¹⁶.

Essa afirmação não retira a autenticidade, em sentido heideggeriano, com que nos colocamos diante do fato de que nada é estático. Tudo está em movimento, no eterno devir de que nos falam os pré-socráticos. A energia que está na matéria e o movimento que nesta é produzido por aquela, em condições e circunstâncias especialíssimas, foram gerando estruturas de átomos cada vez mais complexas e funcionalmente especializadas, as quais, a partir de determinado momento da evolução, puderam ser chamadas de vida. Como se sabe, o movimento é por excelência o que define a vida. Em verdade, até mesmo depois da vida agem sobre a estrutura outrora viva forças que a colocam, de certa forma, em movimento. Falamos especificamente da decomposição da matéria.

Assim, o que parece culturalmente estático não passa de uma fração de segundo entre uma mudança e outra nos estágios evolutivos da matéria: a história é menor do que a natureza. A olho nu tudo, ou quase tudo, parece parado; ao nível da molécula ou do átomo, no entanto, veremos que tudo está em contínuo movimento. Logo, o caráter estático que atribuímos ao estado, enquanto atributo da personalidade, pode ser entendido como estabilidade aparente. Trata-se, em rigor, de uma categoria cultural para a descrição de instituições sociais.

Compartilhando e estendendo a reflexão de Carnelutti¹¹⁷, diríamos que o estado, assim como a capacidade, deve ter como referencial categorias de atos e de situações, sempre compreendidas em sua efemeridade e finitude. Todavia, enquanto o estado é definido, pela condição do sujeito, como situação jurídica que resulta de suas qualidades¹¹⁸, a capacidade é nele reconhecida como potencialidade para o exercício de direitos e de faculdades socialmente aceitas e protegidas.

¹¹⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*, vol. I, cit., p. 146.

¹¹⁶ RESCIGNO, Pietro. “*Capacità di agire*”, cit., p. 862.

¹¹⁷ *Teoria geral do direito*, cit., p. 349.

¹¹⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do Direito Civil*, cit., p. 92.

Assim, a cada estado específico, isto é, a um determinado conjunto de *modos de ser* da pessoa, corresponde um feixe de direitos, ações, exceções e situações jurídicas, enfim, atribuíveis à pessoa que se encontra naquele dado estado: são os *modos de ser* da pessoa as determinantes das possibilidades de enquadramentos em situações juridicamente relevantes (capacidade de exercício).

Em outras palavras, o estado, compreendendo o “conjunto de fatos ligados à pessoa”, molda a capacidade, na medida em que determina os diversos graus desta, havendo entre tais atributos, relação de causa e efeito¹¹⁹. Tendo em vista o estado do ser humano, abrem-se diante dele possibilidades de enquadramento em tais ou quais esferas em que são desenvolvidas as relações jurídicas.

Por estar associado à situação ou condição individual, que permanece relativamente inalterada em determinada fração de tempo, acreditamos que o estado possa ser considerado atributo estático da personalidade: é a condição pessoal do ser humano, determinante de sua maior ou menor capacidade. Em outras palavras, o estado exprime a categoria jurídica em que é colocado o sujeito, tendo em vista suas qualidades.

Já a capacidade, como tivemos oportunidade de sustentar, pode ser considerada atributo dinâmico da personalidade, pois os critérios segundo os quais se atribui à pessoa a qualificação jurídica de *sujeito capaz*, e aqui nos referimos especificamente à capacidade de agir, são produto de convenções sociais e científicas, cambiáveis de acordo com o tempo e o lugar¹²⁰.

Tome-se por exemplo a idade, considerada nas ordens jurídicas ocidentais critério universal para afirmação do estado individual e atribuição de capacidade (tanto jurídica quanto de exercício). No sistema jurídico brasileiro, conforme o Código Civil que vigorou até o dia 9 de janeiro de 2003, a plena capacidade de exercício era atingida pelo ser humano somente no momento em que ele completasse 21 anos de idade. Entretanto, no dia seguinte, isto é, a partir de 10 de janeiro daquele mesmo ano, o maior de 18 anos completos passou a gozar da capacidade que somente ao maior de 21 o sistema até então conferia.

¹¹⁹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*, vol. I, cit., p. 139.

¹²⁰ A esse respeito, cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., pp. 346 e ss..

Com essa observação não queremos significar que a antecipação da maioria constitua índice de uma atitude impensada do legislador. Ao contrário, sua sensibilidade, suscetível à notável evolução do conhecimento científico e tecnológico aplicado aos mecanismos de controle social e de informação em geral, permitiu-lhe apreender a significação jurídica de um fato social (e cultural) de suma relevância para o direito: o de que a formação psicossocial, e até mesmo física, da pessoa tem ocorrido mais e mais precocemente.

Constatada a veracidade desse fato, urgia modificar a lei civil, de tal forma que ela passasse a refletir essa nova realidade material. Daí porque afirmarmos que as atribuições de capacidade de exercício e, conseqüentemente, dos estados da pessoa sejam fenômenos eminentemente culturais, isto é, são produto de convenções ou arquétipos sociais.

Etimologicamente, o vocábulo “estado”, do latim *statu-*, encerra a idéia de condição física de alguém ou de alguma coisa em determinado momento: estado é o “ato de se portar, postura, atitude pose; posição do combatente”¹²¹. Em sentido figurado, o vocábulo assume o significado que interessa ao nosso estudo, isto é, *estado* no sentido de posição, situação ou condição¹²². Modernamente, a palavra vem sendo empregada em referência à condição emocional, psicológica ou mesmo moral do ser humano, que influencia o modo pelo qual ele encara as mais variadas situações da vida. O radical do qual este substantivo deriva é o mesmo que dá origem ao adjetivo “estático”, do grego *statikós*, “que tem a virtude de parar”.

Daí porque soa redundante, do ponto de vista gramatical, a afirmação de que o estado é um atributo estático da personalidade jurídica. Todavia, ao contrário do que essa afirmação possa sugerir, o caráter estático desse atributo não importa absolutamente em negar a transitoriedade dos múltiplos estados que assumimos ao longo de nossa existência: se menor, maior, emancipado ou idoso; se lúcido ou alienado mental; se solteiro, casado ou divorciado; se empregado, empresário, profissional autônomo, agente político, etc.

¹²¹ MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, cit., p. 953.

¹²² *Idem, ibidem*.

Segundo Pacifici-Mazzoni¹²³, o estado é a posição que a pessoa assume na sociedade. Entende o eminente jurista italiano que, sendo indivisível, o estado confunde-se com a própria personalidade. Conforme o seu magistério, as várias qualidades que compõem o estado da pessoa lhe asseguram garantias de ação análogas às derivadas do domínio¹²⁴. Assim, o estado consistiria em uma espécie de propriedade: propriedade dos caracteres que conferem à personalidade jurídica o seu contorno único e inconfundível.

Relendo o conceito de Carnelutti, Pietro Perlingieri considera o estado como situação jurídica, não um *fato*, mas um *conceito geral*, no qual se incluem categorias segundo as quais é possível avaliar o agir humano. Delineando os perfis do direito civil constitucional italiano, o jurista nos informa, com particular clareza, as orientações doutrinárias acerca do conceito de *status*. De acordo com a primeira delas, a noção de *status* não representaria uma situação subjetiva autônoma, mas tão-somente um “‘critério de economia legislativa’, um ‘meio de técnica jurídica’”¹²⁵. Segundo essa teoria, o *status* de cidadão, por exemplo, não teria nenhum conteúdo autônomo. Sua finalidade, ou utilidade, seria apenas referir-se ao complexo das normas e dos efeitos ligados à nacionalidade. “Esta perspectiva”, observa Perlingieri, “reduz o problema das situações subjetivas em geral a uma questão de nomenclatura e, meramente, de linguagem”¹²⁶.

Uma segunda orientação identifica o *status* como o vínculo pelo qual o indivíduo é agregado a uma comunidade originária, notadamente o Estado e a família. Segundo essa concepção, “o status exprimiria a posição (subordinada) do indivíduo nestas comunidades”¹²⁷, ou, em outras palavras, “a superioridade do grupo relativamente ao indivíduo”¹²⁸. Conforme Perlingieri, essa teoria identifica o fundamento do *status* em interesses supra-individuais do Estado e da família, segundo uma concepção publicista, de superioridade do direito público em relação ao privado: “não somente a cidadania, mas também o Direito de família era visto como matéria de Direito público ou, de qualquer

¹²³ *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, vol. II, *cit.*, p. 43.

¹²⁴ “Le varie qualità che costituiscono lo stato, preze o insieme separatamente, sono per le persone che le posseggono, una specie di proprietà; la quale è garantita da azioni analoghe a quelle che derivano dal dominio delle cose e qualificate anch’esse col nome speciale di pregiudiziali, come quelle che garantiscono i diritti di famiglia” (*Idem, ibidem*).

¹²⁵ *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional, cit.*, p. 132.

¹²⁶ *Idem, ibidem*.

¹²⁷ *Idem, ibidem*.

¹²⁸ *Idem, ibidem*.

modo, superior ao Direito privado visto de um ponto de vista tradicional, ou seja, como lugar da senhoria da vontade”¹²⁹.

Perlingieri identifica uma terceira orientação doutrinária acerca do *status*, na tentativa de extensão de seu conceito. Em relação à segunda posição, anteriormente referida, esta terceira distingue-se por considerar o *status* não como a posição do indivíduo no âmbito de uma dada comunidade, mas como uma consequência do fato de que o indivíduo pertence ao grupo. Ademais, os estados pessoais não se restringem ao *status civitatis* e *status familiae*, mas podem variar conforme o alcance das relações jurídicas que a eles se relacionam.

O *status*, segundo essa orientação, consistiria em qualquer qualidade real ou aparente do ser humano, independentemente de sua relação com uma comunidade ou agregado social, noção que conduz a uma notável extensão ou, até mesmo, a um excesso de generalização do conceito de *status*, que, assim compreendido, passa a identificar-se com a titularidade de qualquer situação perante a qual a pessoa se coloca (ou é colocada) na sua vida de relação¹³⁰.

Tendo exposto as três teorias que modernamente em torno do conceito de estado se desenvolveram, Perlingieri sugere que a afirmação de diversos estados do ser humano tenha por fundamento os diferentes conteúdos e funções de cada um desses estados:

“A afirmação do princípio da igualdade formal tirou dos estados o original significado de “condição social”, evidenciando a igual dignidade das pessoas. O princípio de igualdade substancial legitima estados diversificados, libertadores para a pessoa e reequilibradores de justiça. Do *status* como categoria abstrata e neutra chega-se a uma noção instrumental de *status*, como técnica idônea para criar, ou dar tratamentos desiguais, estatutos singulares. Assim, pode-se falar de *status* de tabelião, de magistrado, etc., mas uma coisa é a qualidade da pessoa (sexo, nacionalidade), outra é a função exercida ou ainda mais a titularidade da função. O uso do *status* reservado a ambas as hipóteses exige consciência do diverso significado que elas têm. Por conseguinte, de uma noção unívoca de *status*, à qual uma parte da doutrina propende, deve-se chegar a um uso polivalente. Trata-se, portanto, de individuar e catalogar, ainda que de forma aproximada, os vários significados atribuídos ao

¹²⁹ *Idem, ibidem.*

¹³⁰ *Idem, ibidem.*

status e a sua diversa relevância jurídica, de maneira que se possa propor uma distinção que não seja simplesmente formal e descritiva, mas, sim, fundada nos conteúdos e na função”¹³¹.

Conforme podemos observar, os diversos estados ou atributos da personalidade correspondem, em certo sentido, à noção de *status* do Direito Romano: *status libertatis* (em contraposição ao estado de escravidão); *status civitatis* (em contraposição ao estado de estrangeiro); e *status familiae* (em contraposição ao estado daquele que se subordinava ao *pater familias*). No direito moderno, como observa Carvalho Santos, a noção de estado foi introduzida pelo Código Napoleônico, do qual um título foi destinado ao tratamento do estado civil da pessoa (“*Des actes de l’état civil*”, Título 2º, do Livro 1º)¹³².

Segundo Limongi França¹³³, modernamente são admitidos quatro *estados* ou modos de existir da pessoa, isto é, quatro núcleos em torno dos quais orbita o complexo de suas relações jurídicas: a) *estado político*; b) *estado profissional*; c) *estado familiar*; d) *estado individual* (ou físico), este considerado o estado relativo à idade, à psique e à saúde geral da pessoa.

Amparados sobretudo nos magistérios de Limongi França¹³⁴ e de Pietro Perlingieri¹³⁵, sustentamos a conveniência conceitual de se considerar a profissão, isto é, o modo de inserção do indivíduo no processo econômico de produção, como um de seus possíveis estados. O ser humano, participando do processo de produção de riquezas, dedica, conforme a média dos trabalhadores brasileiros, nove horas do dia ao trabalho, repousando outras oito horas, também em média. Do dia, sobram-lhe apenas sete horas para manifestar os mais variados aspectos de sua personalidade. Mais não é preciso dizer para percebermos a importância do trabalho na definição da personalidade jurídica. Daí a importância de admitirmos o estado profissional como manifestação da personalidade. Isto é, o desempenho de atividade profissional amolda a personalidade do ser humano, constituindo portanto inquestionável atributo desta.

¹³¹ *Idem*, p. 134.

¹³² *Repertório enciclopédico do direito brasileiro, cit.*, p. 19.

¹³³ *Instituições de direito civil, cit.*, pp. 52 e seguintes.

¹³⁴ *Idem, ibidem*.

¹³⁵ *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional, cit.*, pp. 138-139.

Em se tratando da aplicação da noção de *status* à condição profissional da pessoa, Pietro Perlingieri adverte para a distinção que se há de fazer entre a designação de um estatuto normativo profissional pura e simplesmente e, em um sentido mais amplo, “a qualificação que o sujeito assume no mundo da produção e do trabalho”¹³⁶.

De qualquer forma, o estado profissional, seja ele determinado simplesmente pela injunção de um estatuto normativo profissional, seja ele delineado em função da qualificação ou postura assumida pelo indivíduo no curso do processo produtivo, acaba sendo incorporado pelo ser humano em sua personalidade, determinando uma série de *modos de ser* específicos da pessoa, relacionados ao trabalho. Algumas profissões, por exemplo, exigem uma postura específica e bem determinada, criando hábitos e padrões comportamentais que talvez não seriam observados em outras circunstâncias profissionais.

Tanto assim que, muitas vezes, nos parecem incoerentes alguns comportamentos ou hábitos sociais, tendo em vista a profissão desempenhada pela pessoa que os incorpora. Assim, parece-nos um contra-senso um médico que seja fumante, pois o estado profissional de *ser médico* não coaduna com o hábito de fumar. Da mesma forma, um juiz, promotor, advogado, procurador ou defensor público que tenha o rosto ou as mãos tatuadas contrariaria a discricção que o exercício do direito, isto é, das profissões jurídicas, exige. Em outras palavras, *ser juiz, ser promotor, ser advogado, ser procurador ou defensor público* impõem ao ser humano um comportamento especial, que acaba por influenciar, de modo geral, os demais *modos de ser* da pessoa.

¹³⁶ Feita a advertência, o jurista italiano prossegue: “Fala-se de *status* econômico e normativo; distingue-se o *status* do trabalhador subordinado daquele de trabalhador autônomo; faz-se uma menção de *status* também a propósito do empresário, quando se fala de artesão, *cultivatore diretto*, etc. A idéia do *status* profissional e a conseqüente tentativa de subdividir os operadores econômicos e os trabalhadores em categorias quando historicamente se traduziram em enquadramentos segundo critérios rígidos e autoritários propiciaram o sistema corporativo. Na atual ordem constitucional, a distinção por “condição social” não invalida a “igual dignidade social” dos cidadãos (art. 3, § 1 Const.): estes têm o dever de trabalhar “segundo as próprias possibilidades e as próprias escolhas” (art. 4, § 2 Const.) e o poder de se organizar livremente em sindicatos (art. 39, § 1 Const.) sem natureza pública ou estatal. Se este é o quadro normativo, não obstante o reaparecimento de instâncias neo-corporativas, o papel do *status* profissional, que é sempre adquirido, modificável e, freqüentemente, de fato e de direito, acumulável, perde em grande parte a sua principal razão de ser, exprimindo uma qualificação que compete ao sujeito e que é adquirida de uma vez por todas de modo formal, com enquadramento nas chamadas funções (tome-se, como exemplo, a Administração Pública), ou *a posteriori*, depois de uma atividade exercida (v., por exemplo, art. 2.082 Cód. Cv.). Em ambas as hipóteses, todavia, trata-se de qualificações não-incidentes sobre a qualidade pessoal, mas úteis para evocar um determinado tratamento normativo e para justificar comportamentos de favor para alguns deles (arts. 1, § 1 e 35, § 1, Const.). De maneira que os estatutos singulares no sentido esclarecido, que cada *status* profissional poderá ter, deverão sempre atender, sem perturbações, à hierarquia dos valores e às finalidades de justiça social que caracterizam o ordenamento constitucional (arts. 2 e 3, §§ 1 e 2, Const.)” (*Idem, ibidem*).

Além do estado profissional, cuja afirmação não é consensual na doutrina, havemos de reconhecer também, como situação jurídica que implica um estado individual característico, o *ser idoso* (isto é, a condição da pessoa na chamada “terceira idade”). Dá sustentáculo ao nosso argumento o fato de que, recentemente, a condição de idoso não apenas passou a ser legalmente reconhecida, como também especialmente protegida, atribuindo-se ao idoso uma série de prerrogativas, em verdadeira iniciativa de discriminação positiva.

Aqui nos referimos ao Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003). A proteção do idoso¹³⁷, assim como a do menor e do adolescente (Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente), é objeto de estatuto próprio, e já ninguém duvida que a menoridade constitua um estado do ser humano. A identificação do estado de idoso não se refere a distinção “simplesmente formal e descritiva”¹³⁸, sendo possível identificar propriamente uma função e um conteúdo na atribuição do estado de idoso. O direito ao processamento prioritário dos processos em que o idoso seja parte, por exemplo, veicula uma função e um conteúdo bem definidos, qual seja, assegurar ao idoso a celeridade processual, pois a pessoa idosa está presumidamente mais próxima da morte do que qualquer outra, não sendo razoável exigir que ela espere, tanto quanto as mais jovens, pela solução dos conflitos que a levam a juízo.

Em suma, a despeito da tentativa de definição do que venha ser, do ponto de vista jurídico, o estado do ser humano, o fato é que essa categoria encerra conceituação vaga¹³⁹, vista como o conjunto dos *modos de ser*, isto é, são condições ou estados naturais e civis da pessoa, que influem no gozo ou exercício de seus direitos.

5. O sistema brasileiro de incapacidades civis

5.1 – Disciplina geral das incapacidades civis

¹³⁷ Consideram-se idosas, para efeitos de aplicação da referida lei, todas as “*pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos*”, conforme os termos de seu artigo 1º.

¹³⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 134.

¹³⁹ JÚNIOR, Eurenio de Oliveira. *Dos relativamente incapazes*, cit., p. 7.

Ao longo do presente capítulo, pudemos constatar que todo ser humano nasce dotado da potencialidade para a aquisição dos mais variados direitos, pretensões, ações e exceções, podendo tornar-se, ao longo da vida, sujeito de correspondentes deveres, obrigações, ações e exceções¹⁴⁰. Isso não significa, entretanto, que todos possam exercer pessoalmente tais atributos jurídicos. A lei, imbuída do intuito de proteger determinadas pessoas, tendo em vista a sua idade, sua saúde e seu desenvolvimento mental e intelectual de, lhes põe a salvo do exercício pessoal de direitos, obrigações, pretensões, ações e exceções. Tais pessoas, a quem falta sobretudo discernimento para a adequada apreensão dos fatos sociais, são consideradas incapazes nos termos da lei civil.

Logo após definir a capacidade como atributo universal de todo ser humano (artigo 1º do Código Civil), a lei trata de excetuar aqueles cujo estado lhes impõe restrições ao exercício pessoal de determinados atos. As incapacidades são, portanto, exceções à regra geral da capacidade. O artigo 1º, no entanto, trata exclusivamente da capacidade de direito, isto é, da aptidão, inerente a todo ser humano, para a titularidade e o gozo de direitos, ao passo que os artigos 3º e 4º referem-se à capacidade de exercício pessoal de tais direitos.

Nos artigos 3º e 4º, são relacionadas as causas que determinam, respectivamente, incapacidades absolutas e incapacidades relativas, decorrentes seja da idade imatura, seja de uma deficiência mental ou intelectual, permanente ou transitória. Em linhas gerais, o grau de discernimento intelectual do indivíduo é o que determina o nível de incapacidade que a lei lhe atribui. Assim, são absolutamente incapazes os que não podem praticar, por si mesmos, quaisquer atos jurídicos. Tendo em vista a condição do menor impúbere (artigo 3º, I), do deficiente mental (artigo 3º, II) e daqueles que, “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”, conforme o inciso III do referido artigo, o direito torna irrelevantes suas declarações de vontade, do ponto de vista da potencialidade para o estabelecimento de relações jurídicas.

Isso não significa que a declaração ou o ato emanado de pessoa absolutamente incapaz não produza interesse jurídico. Pelo contrário, a relevância jurídica, nesses casos, está justamente na necessidade de declarar a nulidade de tais atos, conforme o artigo 166, I, do Código Civil. Assim, é nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente

¹⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. I, cit., p. 155.

incapaz (artigo 166, I, do Código Civil). Já a incapacidade relativa gera a anulabilidade do negócio jurídico (artigo 171, I).

Um grau menos severo de inaptidão física e intelectual determina uma incapacidade relativa, conforme as hipóteses do artigo 4º do Código Civil. Embora a lei restrinja a liberdade de ação das pessoas a quem é atribuída a condição de relativamente incapaz, ela permite a prática de uma série de atos e negócios jurídicos, cuja validade, todavia, permanece condicionada à autorização e supervisão de pessoa plenamente capaz, geralmente dos pais, tutores ou curadores. Enquanto o absolutamente incapaz deve ser representado, o relativamente capaz é apenas assistido.

Por exemplo, com relação ao casamento, “o homem e a mulher de 16 anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”, nos termos do artigo 1.517 do Código Civil, embora a lei permita excepcionalmente o casamento a quem não tenha atingido essa idade, como meio de “evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”, conforme o artigo 1.520.

A incapacidade atinge, em regra, tão-somente o exercício de direitos, não a sua titularidade. Conforme Carvalho Santos, “a pessoa, mesmo a absolutamente incapaz, não fica privada de seus direitos civis; a incapacidade absoluta é no sentido apenas de não poderem as pessoas acima referidas exercer pessoalmente os atos da vida civil”¹⁴¹. O mesmo não se pode dizer com relação aos direitos políticos de modo geral e a alguns direitos civis. Como veremos mais adiante, ao tratarmos da idade como critério atributivo da capacidade, a existência de certos direitos, não apenas o seu exercício pessoal, está condicionada à idade, como o direito de casar, de testar, de adotar, de doar e de trabalhar. Nesses casos, a incapacidade de agir coincide com a incapacidade jurídica.

5.2 – As incapacidades civis na disciplina dos negócios jurídicos

¹⁴¹ *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. I, *cit.*, p. 252.

Ao abordarmos o conceito de capacidade civil, podemos observar que sua emergência histórica, no âmbito do direito privado, esteve intimamente ligada à evolução doutrinária do negócio jurídico, estabelecendo-se primordialmente como requisito de validade deste e atendendo, dessa forma, à crescente necessidade de segurança nas relações contratuais¹⁴². Da aplicação do conceito de capacidade civil, decorre que a validade dos negócios jurídicos, assim também a de seus efeitos, condiciona-se a um *modo de ser* da pessoa que pretende praticá-los ou que já os praticou.

Vimos também que esse *modo de ser* constitui, nas palavras de Messineo¹⁴³, “um dos pressupostos de validade do negócio jurídico”, cuja gênese remete à exigência de segurança e estabilidade das relações privadas. Gradativamente, o pressuposto da capacidade, como qualidade do agente do ato jurídico, foi sendo estendido ao âmbito do direito público, estabelecendo-se como norma de ordem pública.

Já foi igualmente dito que o princípio subjacente ao sistema de incapacidades civis, conforme o direito brasileiro, é o da proteção dos indivíduos desprovidos do discernimento suficiente à adequada apreensão das implicações da vida em sociedade. Assim protegidas, tais pessoas têm por lei assegurado que suas incapacidades não lhes causarão danos ou lhes prejudicarão o convívio social. Na esteira desse princípio protetor, a incapacidade relativa de uma das partes não poderá, por exemplo, ser invocada pela outra em benefício próprio. É o que dispõe o artigo 105 do Código Civil.

Nesse sentido, Clovis Bevilacqua¹⁴⁴, em seus comentários ao artigo 83 do Código Civil de 1916 – correspondente ao 105 do Código atual –, observa que a declaração de incapacidade do menor e do deficiente mental, em razão do débil discernimento que possuem, não tem “o fito de lhes assinar uma posição inferior na vida”¹⁴⁵. Ao contrário, o instituto da incapacidade civil visa proporcionar a tais pessoas a proteção de sua personalidade e de seu patrimônio, “contra os abusos e as perversidades dos outros”¹⁴⁶.

¹⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 344.

¹⁴³ “Essa è [la capacità di agire] – in particolare – uno dei presupposti di validità del negozio giuridico (cfr. § 36) ed è regolata da norme di ordine pubblico, epperò inderogabili dal privato” (*Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, cit., p. 227).

¹⁴⁴ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. I, cit., p. 348.

¹⁴⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁴⁶ *Idem*, *ibidem*.

Assim sendo, “Nos atos bilaterais, se uma das partes é capaz e a outra incapaz, aquela não pode alegar, utilmente, a incapacidade desta, em seu próprio benefício, porque devia saber com quem contratava, e porque um remédio tutelar instituído em favor do incapaz não poderia ser aplicado em seu detrimento”¹⁴⁷.

Conforme o artigo 105 do Código Civil, a incapacidade relativa é colocada como exceção pessoal, que não pode ser argüida por ninguém senão pelo próprio incapaz, salvo se indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum. De plano, nota-se a oportuna alteração do Código atual em relação ao de 1916, na medida em que, conforme interpretação gramatical de seu artigo 83, essa faculdade pessoal (qual seja, a argüição da própria incapacidade) deveria estender-se indistintamente ao incapaz, seja qual fosse o grau de sua incapacidade.

A despeito da redação do artigo 83 do Código de 1916, havia um certo consenso doutrinário acerca da limitação de sua aplicabilidade¹⁴⁸, pois a anulação dos atos praticados por absolutamente incapazes constitui questão de ordem pública, que interessa abstratamente a toda a coletividade. Como observa Nestor Duarte¹⁴⁹, a restrição da aplicação do dispositivo às hipóteses de incapacidade relativa, nos termos do artigo 105 do Código vigente, está em conformidade com o artigo 169, pois o negócio realizado com absolutamente incapaz, sendo nulo, jamais seria suscetível de confirmação ou convalidação, ao passo que a incapacidade relativa conduz à mera anulabilidade do negócio jurídico, ainda passível de confirmação, conforme os artigos 171, I, e 172 do Código Civil.

Embora os atos praticados pelos absolutamente incapazes devam – *prima facie* – ser reputados nulos, há uma série limitada deles que, em circunstâncias especiais, não de prevalecer, não obstante a regra que naturalmente emana dos artigos 3º e 166, I, do Código Civil. É que a validade extraordinária de tais atos decorre justamente do princípio protetor dos interesses do incapaz. Assim, será válido e eficaz o casamento do menor de dezesseis anos, desde que o faça “para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”, conforme o artigo 1520 do Código Civil. Ao comentar o dispositivo correspondente no Código de 1916, Francisco Pereira de Bulhões Carvalho observa que

¹⁴⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁸ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 2, *cit.*, pp. 278-279.

¹⁴⁹ In PELUSO, Cezar (org.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, *cit.*, pp. 81-82.

essa faculdade “não é apenas um direito do criminoso para escapar à pena criminal, quando a vítima consinta. É também um direito que a vítima tem a exigir do criminoso”¹⁵⁰.

A relação entre a idade e os efeitos dos atos e negócios praticados pelo menor é estabelecida também pelo artigo 180 do Código Civil, segundo o qual “O menor, entre 16 e 18 anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”.

A norma é dirigida ao menor relativamente incapaz, que dolosamente oculta a idade ou se declara maior, assumindo, dessa forma, obrigações contratuais. Agindo de tal maneira, o menor demonstra não possuir a maturidade e o grau de discernimento que a prática daquele ato, em condições habituais, normalmente exigiria. Em última análise, o dispositivo parece refletir o princípio geral de direito segundo o qual ninguém pode alegar a própria torpeza em seu benefício (*nemo auditur propriam torpitudinem alegans*). Obviamente, não é a idade, mas sua ocultação dolosa, o índice da torpeza do menor, a qual não poderá beneficiá-lo.

Mais especificamente, subjaz à norma do artigo 180 o princípio segundo o qual a malícia supre a idade (*malitia supplet aetatem*)¹⁵¹. Isto é, o menor que dolosamente oculta a idade e assim logra convencer a outra parte de que é capaz, embora de fato não seja, não poderá invocar a proteção que o sistema legal das incapacidades civis lhe garantiria. O Código Civil italiano, no qual o legislador brasileiro buscou inspiração, possui regra semelhante. Trata-se do artigo 1.426¹⁵², que, conforme Cosimo Marco Mazzoni¹⁵³, relativiza a noção de incapacidade do menor, declarando válido o contato estipulado pelo menor que oculta sua idade. É como se menor, que intencionalmente oculta a idade, induzindo em erro o outro contratante, alcançasse uma espécie de emancipação de fato¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Incapacidade civil e restrições de direito*, vol. II, *cit.*, p. 846.

¹⁵¹ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos da Brasil comentado*, *cit.*, p. 461; CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 1, *cit.*, p. 294; DUARTE, Nestor. *In PELUSO, Cezar (org.). Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência*, *cit.*, p. 120.

¹⁵² “1426. *Raggiri usati dal minore*. Il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all’impugnazione del contratto”.

¹⁵³ “Persona Fisica”, *In Istituzioni di diritto privato*. BESSONE, Mario (coordenador), *cit.*, pp. 72-73.

¹⁵⁴ “Qui importa solo rivelare che gli atti posti in essere dal minore, a pari degli atti posti in essere da altri soggetti incapaci di agire, sono annullabili (art. 1425). Una norma, tuttavia, l’art. 1426, pone in risalto (e forse anche in dubbio) la relatività della nozione di incapacità del minore. Essa, contrariamente a quanto affermato dall’articolo precedente, dichiara valido il contratto stipulato dal minore che con raggiri ha

O preceito remonta ao Direito Romano, em que algumas constituições imperiais, como as de Diocleciano e Maximiano, negavam o benefício da restituição ao menor que fraudulentamente houvesse ocultado sua condição¹⁵⁵. Carvalho Santos observa o acolhimento da regra pelos ordenamentos modernos, com a única variante de, em vez de o menor ser privado do benefício da restituição, lhe ser negado o direito de pleitear a anulação do ato¹⁵⁶.

O jurista adverte, todavia, para a necessidade de, analisando a manifestação de vontade do menor, identificar se houve ou não dolo de sua parte. Dessa forma, pode ser o caso de o menor não ter iniciativa dolosa, “ao negar a menoridade, se inquirido pela outra parte”¹⁵⁷. De outra sorte, pode acontecer de o menor declarar-se espontaneamente maior de idade, hipótese “em que a iniciativa do dolo é toda sua”¹⁵⁸.

Ao contrário da regra do artigo 180 do Código Civil, o dispositivo correspondente no código italiano estabelece, como vimos, que a simples declaração de maioridade, não sendo suficiente para a constatação do dolo do menor, não constitui obstáculo à impugnação do contrato de que ele é parte. Como Carvalho Santos¹⁵⁹, entendemos que, não raro, a declaração de maioridade resulta não de sua má-fé ou do intuito de favorecer-se por meio da fraude, mas da ingenuidade, da imaturidade e ignorância, próprias de quem não atingiu o grau de discernimento e prudência exigidos para a prática de atos jurídicos.

Por que motivo o menor, ainda que tenha ocultado a idade ou se declarado maior, haveria de ser penalizado, *v.g.*, pela assunção de obrigações iníquas, que lhe sejam excessivamente onerosas? Se a faculdade da revisão judicial dos contratos, conforme o artigo 480 do Código Civil¹⁶⁰, é assegurada indistintamente a qualquer pessoa, não vemos razão para afastá-la do menor, a despeito da ocultação de sua condição ou de sua falsa

occultato la sua minore età: il principio dell'incapacità legale del soggetto che non ha compiuto ja maggiore età subisce una deroga nel comportamento che il soggetto pone essere, dimostrando dia ver raggiunto una sorte di emancipazione di fatto” (Cosimo Marco Mazzoni, *idem, ibidem*).

¹⁵⁵ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 1, *cit.*, p. 293.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 294.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁰ “Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem apenas a uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

declaração. Antes disso, o menor, por sua própria condição, poderá pleitear a revisão contratual, eximindo-se portanto do cumprimento da obrigação original.

Ora, se a revisão dos contratos “em que as obrigações couberem a apenas uma das partes” é assegurada a quem possua plena capacidade de discernimento, o mesmo direito deve ser garantida ao menor, cuja imaturidade lhe tenha privado da percepção adequada do ato praticado. “E só no caso de a declaração conter em si o intuito da mentira consciente poderá ela revelar o dolo, a malícia significativa de quem falta à verdade com ânimo deliberado de enganar. Aí bem se aplica a velha regra que nos foi legada pelo Direito: *malitia supplet aetatem*”¹⁶¹.

O requisito final para aplicação da regra do artigo 180 consiste na boa-fé da outra parte, a quem o menor supostamente haveria induzido em erro¹⁶². Isto é, caso haja má-fé do outro contratante, o menor poderá anular o ato. Portanto, a incidência da norma está condicionada a duplo requisito: a comprovada má-fé do menor e a boa-fé do outro contratante. Sendo a boa-fé presumida, conforme o princípio geral de direito, caberá ao menor, por seu representante, produzir prova em contrário.

Finalmente, chegamos à regra do artigo 181 do Código Civil, segundo a qual “Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”. Como observa Carvalho Santos, esse dispositivo introduz uma “grave exceção aos princípios disciplinadores das conseqüências da nulidade, mas que se justifica, se se tiver em vista a culpa em que incide quem contrata com um incapaz”¹⁶³. Em regra, a anulação do negócio jurídico faz retornar a situação anterior ao ato anulado (artigo 182). Segundo o jurista, a regra do artigo 181 não se estende às rescisões motivadas por vício do consentimento, caso não seja o próprio incapaz a pedir a rescisão, mas unicamente pelo vício que contribuiu para a formação de seu consentimento.

¹⁶¹ *Idem, ibidem.*

¹⁶² “Os pandectistas são concordes em que, para o menor não poder anular o ato, é imprescindível que o outro contratante esteja, a seu turno, *in bona fide*, incidindo apenas em erro *in facto* (GLUCK, *obr. cit.*, parágrafo 458)” (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Idem*, p. 296).

¹⁶³ *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. I, *cit.*, p. 302.

Assim, se o incapaz demandar a anulação do negócio, com fundamento em sua incapacidade, o outro contratante não poderá, com fundamento na incapacidade daquele, pleitear a reparação do dano que a anulação eventualmente lhe tenha causado, porque, de outra maneira, de nada valeria o legislador editar a incapacidade¹⁶⁴. Por outro lado, se o incapaz usou de manobras fraudulentas, procurando anular um contrato cuja nulidade ele próprio já conhecia, ele é incontestavelmente responsável, não criminalmente, mas civilmente.

6. Causas restritivas ou modificadoras da capacidade

6.1 – Idade

Tradicionalmente, a idade constitui fator primordial de definição do estado do ser humano e de atribuição de sua capacidade. O sistema jurídico, apropriando-se desse dado biológico, passa a estabelecer, em função dele, os limites da capacidade da pessoa. Aqui nos referimos não apenas às noções de capacidade jurídica e de exercício, como também à idéia de capacidade natural, conforme a doutrina italiana, a ser explorada mais adiante¹⁶⁵.

Conforme Eurenio de Oliveira Júnior, trata-se a idade, no que se refere à definição do estado da pessoa, da causa “mais natural e, também, mais genérica, pois a intensidade do relacionamento do homem com os seus semelhantes (fonte de relações que, dando oportunidade ao surgimento de direitos e obrigações, interessam à nossa ciência) encontra senso primacial no razão direta do período de sua existência, como ser, antes de tudo (para o meio social), biológico”¹⁶⁶.

Em outros termos, a idade é o dado fenomênico que exprime a relação entre o ser e o tempo: trata-se, portanto, de um dado que não é meramente biológico, senão cultural. Assim, a menoridade e a maioridade deixam de ser fenômenos pura e simplesmente cronológicos, para se tornarem essencialmente culturais. Considerada critério universal

¹⁶⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁶⁵ A esse respeito, cf. RUGGIERO, Roberto de: “A consciência que a pessoa deve ter dos atos jurídicos e da importância de seus efeitos exige que se fixe um termo antes do qual à falta de maturidade da mente corresponda uma incapacidade de agir” (*Instituições de direito civil*, vol. I, *cit.*, p. 309).

¹⁶⁶ *Idem, cit.*, p. 13.

para afirmação do estado individual e para atribuição da capacidade, a idade de 18 anos, conforme o Código Civil brasileiro, é a condição *sine qua non*, embora não suficiente, à atribuição de plena capacidade ao ser humano. Segundo a presunção de que aquele que não completou 16 anos não atingiu a maturidade física e mental, o menor, a par do interdito, é considerado pelo sistema como sujeito inidôneo ao exercício de direitos e deveres, dos quais é apenas titular¹⁶⁷.

Se, em relação ao Código Civil de 1916, o implemento da maioridade foi antecipado dos 21 para os 18 anos, conforme o inciso I do artigo 4º do Código em vigor, a idade de 16 anos, como termo inicial para a capacidade relativa, permaneceu inalterada. Assim, o menor entre 16 e 18 anos é considerado relativamente capaz de exercer, por si mesmo, os direitos de que é titular. Anteriormente ao Código Civil de 1916, as Ordenações, seguindo o critério romano da puberdade como elemento atribuidor de capacidade civil¹⁶⁸, estabelecia as idades de 14 anos, para os homens, e de 12 anos, para as mulheres¹⁶⁹. Conforme a concepção romana, que vigorou até o início do século passado, o ser humano adquiria plena capacidade a partir do momento em que pudesse procriar: capacidade civil e capacidade reprodutiva coincidiam, daí porque considerar-se, conforme a lógica romana, a puberdade como o evento atribuidor de capacidade.

Atualmente, cessando a menoridade aos 18 anos, “a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”, conforme o artigo 5º do Código Civil. Além do implemento da idade de 18 anos, são causas que igualmente fazem cessar a menoridade: a emancipação de quem tiver pelo menos 16 anos completos; o casamento, observada a idade núbil de 16 anos (artigo 1.517 do Código Civil), salvo a exceção do artigo 1.520; o exercício de emprego público efetivo; a colação de grau em curso de ensino superior; e, finalmente, o estabelecimento civil ou comercial ou, ainda, a relação de emprego, desde que esta gere economias próprias (parágrafo único do artigo 5º do Código Civil).

Não é apenas o exercício de direitos que a idade (no mais das vezes a falta dela) restringe. Em alguns casos, a própria aptidão para a titularidade e o gozo de alguns direitos é atingida. Quanto a esses direitos, Demolombe assinala que “não se concebe o gozo

¹⁶⁷ A esse respeito, cf. MAZZONI, Cosimo Marco. “Persona Física”, in *Istituzioni di diritto privato*. BESSONE, Mario (coordenador), *cit.*, p. 72.

¹⁶⁸ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*, vol. I, *cit.*, p. 42.

¹⁶⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*, *cit.*, p. 7.

distinto e separado do exercício, visto como são essencialmente pessoais e não poderiam ser exercidos por delegação. O gozo então sem exercício não é senão um direito puramente nominal”¹⁷⁰. Ou, conforme Savatier, a incapacidade de exercício, nesses casos, degenera em incapacidade de gozo, de modo que o próprio direito que é arrebatado ao incapaz¹⁷¹.

A exemplo de alguns direitos cuja existência está condicionada à idade, poderíamos mencionar o direito de casar, o de testar, o de adotar, de doar e de trabalhar, além dos direitos políticos de modo geral, como o direito de votar e de ser votado. Como observa Ruggiero¹⁷², com relação a atos estritamente pessoais (como o casamento, o testamento, a adoção, a doação e o trabalho), a incapacidade de agir coincide com a incapacidade jurídica.

Assim como os menores de 16 anos, os estrangeiros também sofrem restrições quanto à titularidade e ao gozo de direitos políticos, sendo certo que a equiparação aos nacionais, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, deve ser compreendida no âmbito dos direitos civis.

Nos termos do artigo 1.517 do Código Civil, a idade núbil é de 16 anos. Trata-se de restrição à aquisição do direito de casar-se, embora a lei permita excepcionalmente o casamento a quem não tenha atingido essa idade, como meio de “evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”, conforme o artigo 1.520.

Quanto ao testamento, também a titularidade e o gozo do direito de testar estão condicionados à idade de 16 anos, nos termos do parágrafo único do artigo 1.860 do Código Civil. Sendo o testamento ato personalíssimo, a incapacidade alcança o próprio direito. Note-se que o direito de “dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte” é reservado a “Toda pessoa capaz”, não a qualquer pessoa (artigo 1.857), sendo certo que a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento concluído durante o gozo da capacidade, assim como a superveniência da capacidade não tem o condão de tornar válido o testamento de quem não a possuía à época do ato (artigo 1.861).

¹⁷⁰ *Apud* BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de direito*, vol. II, *cit.*, p. 564.

¹⁷¹ *In Cours*, vol. III, n. 833, *apud* BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *idem*, p. 564.

¹⁷² *Instituições de direito civil*, vol. I, *cit.*, p. 309.

A idade é fator de restrição à aquisição e ao gozo também do direito de adotar, que somente assiste aos maiores de 18 anos, nos termos do artigo 1.618 do Código Civil. No entanto, não basta simplesmente atender a esse requisito para se tornar titular do direito de adotar. Cumulativamente, é preciso que entre a idade do adotante e a do adotado haja uma diferença de 16 anos, conforme o artigo 1.619. Assim, aqueles que tenham 18 anos somente poderão adotar pessoas com até dois anos de idade. A adoção depende ainda do consentimento dos pais ou representantes legais da pessoa a ser adotada e da concordância desta, se maior de doze anos (artigo 1.821)¹⁷³.

Embora a idade de 18 anos constitua causa atributiva de capacidade de direito, no que se refere à aptidão para a titularidade e o gozo do direito de adotar, não diríamos que também o seja a condição do artigo 1.619, ou seja, a diferença de 16 anos entre as idades do adotante e do adotado¹⁷⁴. Estamos aqui diante de um caso típico de legitimação, isto é, de averiguação da capacidade do sujeito quando colocado diante da norma jurídica em concreto ou de situações jurídicas especiais. Como teremos oportunidade de observar no próximo capítulo, a essa capacidade para o exercício de determinados direitos, em situações jurídicas especiais, dá-se a denominação de *legitimação*¹⁷⁵. Conforme Clovis Bevilacqua¹⁷⁶, trata-se de uma capacidade de natureza especial, pertinente ao negócio particularmente considerado.

É Ferrara quem nos adverte para a relatividade do princípio segundo o qual o menor deve ser considerado incapaz de agir. Conforme o jurista italiano, esse princípio comporta importantes exceções, aplicando-se especialmente aos negócios de índole patrimonial *inter*

¹⁷³ No direito italiano, como observa TRABUCCHI, o consentimento do adotado passa a ser exigido daqueles que tenham no mínimo quatorze anos: “A 14 anni il minore è chiamato a prestare il suo consenso all’adozione; [...]” (*Istituzioni di Diritto Civile, cit.*, p. 77).

¹⁷⁴ Estabelecendo novamente um paralelo com o Direito Civil italiano, observamos que, conforme o *Codice Civile*, entre adotante e adotado há de haver uma diferença mínima de 18 anos e máxima de 40, sendo que a adoção de maior de idade somente poderá ser feita por quem tenha pelo menos trinta e seis anos (TRABUCCHI, Alberto. *Idem, ibidem*).

¹⁷⁵ “Assim, o maior casado é plenamente capaz; porém, no direito pátrio, não tem capacidade para alienar imóveis senão mediante autorização uxoriana ou suprimento desta pelo juiz. O indigno de suceder nenhuma diminuição sofre na sua capacidade civil, mas não a tem para herdar da pessoa, em relação à qual é considerado indigno, pelo que não tem eficácia jurídica a declaração, que acaso tenha feito, de aceitar a herança” (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil, cit.*, p. 274).

¹⁷⁶ *Teoria geral do direito civil, cit.*, pp. 274 e seguintes).

vivos, não aos atos pertinentes a direito de família, aos direitos da personalidade ou, ainda, aos atos de disposição patrimonial para depois da morte¹⁷⁷.

Conforme o artigo 972 do Código Civil brasileiro, “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”. O emprego da locução verbal “*podem exercer*” dá à norma o sentido de restrição simplesmente ao exercício do direito de empresa a quem não estiver “*em pleno gozo da capacidade civil*”. Para efeitos dessa norma, a capacidade civil há de ser compreendida no sentido de capacidade de exercício, isto é, de exercício pessoal de direitos civis, no caso, do feixe de direitos decorrentes do desempenho de atividade empresarial.

Tanto é assim, que o artigo 974 faculta ao incapaz, “por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança”.

Ao mesmo tempo em que a menoridade restringe a capacidade jurídica do ser humano, ela lhe garante o gozo de certas prerrogativas em face da norma jurídica. A esse respeito, Ferrara observa a menoridade como causa suspensiva da prescrição e de ampla proteção legislativa¹⁷⁸. Entre nós, não apenas os menores de 16 anos, como também os absolutamente incapazes de modo geral, estão a salvo da prescrição (artigo 198, I, do Código Civil). Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990) assegura aos menores uma série de proteções, justamente em função da fragilidade psicossocial que a tenra idade lhes impõe.

A incapacidade decorrente da menoridade é suprida pela representação legal, deferida aos pais ou aos tutores. Os atos por estes praticados no interesse do menor têm a validade e o efeito que têm os atos praticados pessoalmente por pessoa plenamente capaz. Se o próprio menor, absolutamente incapaz, os houvesse praticado, seriam nulos, conforme

¹⁷⁷ “Il principio che il minore è incapace giuridicamente d’agire non è assoluto, ma spezzato da eccezioni. Esso si applica in generale per i negozi del commercio patrimoniale, non invece in atti di natura familiare o che importano una disposizione della propria persona od anche dei propri beni per dopo la morte” (*Trattato di diritto civile italiano, cit.*, p. 492).

¹⁷⁸ *Idem*, p. 495.

o artigo 166, I, do Código Civil. De outra sorte, seriam anuláveis caso o menor fosse relativamente incapaz, nos termos do artigo 171, I.

Assim como a pouca idade constitui causa restritiva da capacidade, a idade avançada também poderá restringi-la. Ao maior de setenta anos, por exemplo, não é permitido casar senão pelo regime da separação de bens (artigo 1.641, II): é restrição que alcança a própria titularidade de um direito, não apenas ao seu exercício. Conforme o magistério de Ruggiero, tratando-se de direito personalíssimo, coincidem a incapacidade de agir com a incapacidade de direito¹⁷⁹.

6.2 – Estado de saúde

Em seguida à idade, o Código Civil enuncia as enfermidades ou deficiências mentais, limitadoras do discernimento, como causa de incapacidade absoluta (artigo 3º, II). Ao contrário da idade, a constatação dessa causa de incapacidade está sujeita a um certo grau de discricionariedade do juiz. Sob esse aspecto, a lei é até certo ponto casuísta, na medida em que defere ao julgador a prerrogativa de decidir se, diante de determinada enfermidade mental, há prejuízo ao discernimento e, caso tenha havido, se esse prejuízo é suficiente para determinar uma incapacidade de exercício absoluta ou relativa, conforme o caso.

Não são apenas as enfermidades mentais que constituem causa de incapacidade absoluta. Outras perturbações do estado de saúde, que impeçam (ainda que temporariamente) a expressão da vontade, também tornam absolutamente incapaz os portadores de tal condição, nos termos do inciso III, do artigo 3º do Código Civil.

Por sua vez, os excepcionais, assim entendidas as pessoas desprovidas de “desenvolvimento mental completo”, são considerados relativamente incapazes, nos termos do artigo 4º, III. A expressão “enfermidade ou deficiência mental”, empregada pelo inciso II, do artigo 3º do Código, substituiu a famigerada “loucos de todo gênero” do

¹⁷⁹ *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 310.

Código de 1916, tão criticada por sua atecnia e imprecisão científica¹⁸⁰. A partir do Decreto nº. 24.559, de 3 de julho de 1934, passou a ser adotada a expressão “*psicopata*” para fazer referência a todas as pessoas que, por deficiência psíquica, sejam incapazes de estabelecer relações autonomamente.

Finalmente, chegamos à expressão “enfermidade ou deficiência mental” do Código Civil atual, semelhante à empregada no artigo 414 do *Codice Civile* italiano, em que a “condição de habitual enfermidade da mente” é identificada como causa de interdição do maior de idade ou do menor emancipado¹⁸¹. Assim como no italiano, falta no Código Civil brasileiro uma definição do que tecnicamente significa “enfermidade ou deficiência mental”. Conforme Emilio Vito Napoli¹⁸², a ausência de definição legal acerca do que venha ser “*enfermidade mental*” faz com que o direito vá buscar a noção científica de enfermidade mental, em sua contínua evolução, integrando-a ao sistema jurídico¹⁸³.

Assim, a jurisprudência italiana considera desnecessário que a enfermidade manifeste-se sob a forma de uma patologia mental bem definida, abolitiva *in totum* da consciência, da voluntariedade e da liberdade do ato. Basta que a perturbação psíquica revele uma debilidade das faculdades mentais, “uma série de perversão do intelecto e do sentimento”¹⁸⁴. Essa tendência jurisprudencial, notada também por Pasquale Stanzione em seus comentários ao artigo 414 do Código Civil italiano¹⁸⁵, leva em consideração não a ocorrência de uma doença mental típica, mas de alterações das faculdades mentais, das quais resulte a incapacidade de prover os próprios interesses, com o que a enfermidade mental restará caracterizada.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. I, *cit.*, p. 46.

¹⁸¹ “Art. 414 (*Personae che devono essere interdette*) Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rendi incapaci di provvedere ai propri interessi, devono essere interdetti”.

¹⁸² *L’Inabilitazione*, *cit.*, p. 28.

¹⁸³ “Una definizione di infermità mentale manca nell’art. 415 e non si ritrova neppure nella norma sull’interdizione (art. 414). Ciò è stato apprezzato dalla dottrina come un necessario rinvio alla nozione scientifica di infermità nella sua continua evoluzione” (*Idem, ibidem*).

¹⁸⁴ “Appare corretto così l’orientamento della giurisprudenza che, ai fini della dichiarazione di inabilitazione, ha ritenuto che non occorre che l’infermità abbia i caratteri di una ben definita forma patologica abolitiva *in toto* della coscienza, della volontarietà e della libertà dell’atto, ma sono sufficienti perturbamenti psichici tali da rivelare una debolezza della facoltà mentali, una serie di pervertimenti dell’intelletto del sentimento” (*Idem, ibidem*).

¹⁸⁵ “Una consistente tendenza giurisprudenziale afferma che per l’esistenza dell’infermità di mente non è necessario che ricorra una típica malattia mentale, ma è sufficiente che sussista un’alterazione delle facoltà mentali tale da dar luogo ad un’incapacità totale di provvedere ai propri interessi [...]” (*Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro I: Delle persone e della famiglia*, artt. 1-455, *cit.*, p. 918).

Embora não correspondam a uma patologia mental específica, mas a deficiências mentais genericamente concebidas, as enfermidades consideradas causas de incapacidade absoluta, e, conseqüentemente, de interdição do indivíduo, não devem ser confundidas com as debilidades a que qualquer ser humano, no curso normal da existência, está submetido, tais como as determinadas pela imaturidade, pela velhice, pela inexperiência, etc. Conforme o direito italiano, a incapacidade deve ser resultante da própria enfermidade, não de qualquer outra circunstância ou condição individual¹⁸⁶.

Por sua vez, a expressão “*enfermidade ou deficiência mental*”, concebida pelo legislador pátrio, abrange não apenas as incapacidades causadas diretamente por enfermidades propriamente ditas, como também por deficiências mentais genericamente consideradas, sendo, em qualquer das hipóteses, casuísta a constatação da condição determinante da incapacidade absoluta. Desde que a condição mental, patológica ou não, prejudique o “*necessário discernimento*” à prática de atos jurídicos, a incapacidade absoluta da pessoa poderá ser judicialmente declarada.

6.3 – Incapacidades especiais

A nosso ver, a concepção de incapacidades especiais parece ter origem remota na doutrina italiana das incapacidades naturais, ou incapacidades “não declaradas”¹⁸⁷. Entre os autores brasileiros que estudamos, o único a abordar o tema das incapacidades especiais é Limongi França¹⁸⁸. Entretanto, o autor, em seu Manual, não trata a questão das incapacidades especiais pela perspectiva que, conforme a orientação do presente trabalho, a abordaremos a seguir.

Com efeito, situações existem em que, não obstante uma pessoa possa ser considerada absolutamente capaz, conforme os critérios dos artigos 3º e 4º do Código Civil, ela não possui aptidão, por sua própria natureza, para levar a cabo certas atividades,

¹⁸⁶ STANZIONE, Pasquale. *Idem*, p. 919.

¹⁸⁷ MAZZONI, Cosimo Marco, “Persona Fisica”, *cit.*, pp. 76-77; GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, *cit.*, pp. 140-142; MESSINEO, Francesco, *Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, *cit.*, pp. 227 e seguintes.

¹⁸⁸ *Manual de direito civil*, vol. I, *cit.*, p. 153.

as quais demandam uma capacidade especial, de modo que possam ser desempenhadas a contento de suas próprias finalidades. Assim, a altura, a massa corporal, a acuidade dos sentidos, entre outros caracteres do ser humano, constituem capacidades especiais, cuja ausência ou debilidade impõe a seus portadores uma incapacidade especial, que, a nosso ver, se aproxima em certo sentido da concepção de incapacidade natural do direito italiano.

Em determinadas circunstâncias, como em concursos públicos, o estabelecimento de requisitos físicos a serem observados pelos candidatos constituem verdadeiras formas de discriminação positiva, na medida em que o concorrente deve se enquadrar em determinado padrão biotípico e fenotípico. Aquele que não possuir tais ou quais características, sofrerá uma restrição em sua capacidade. Nesse caso, estamos diante de incapacidade jurídica, pois a restrição atinge a própria titularidade do direito, não apenas o seu exercício. Essa inaptidão é tão específica e circunscrita, que à falta delas convencionou-se chamar incapacidade especial. A restrição, no entanto, não atinge propriamente o direito de concorrer ao cargo ou função, mas de desempenhá-la.