

DIREITO CIVIL BRASILEIRO

*Carlos
Roberto
Gonçalves*

1

PARTE GERAL

2018

16ª edição

De acordo com o
novo Código de Processo Civil e o
Estatuto da Pessoa com Deficiência

saraiva *jur*

ISBN 9788547229030

Gonçalves, Carlos Roberto

Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título.

17-1148 CDU 347(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito civil 347(81)

Presidente *Eduardo Mufarej*

Vice-presidente *Claudio Lensing*

Diretora editorial *Flávia Alves Bravin*

Conselho editorial

Presidente *Carlos Ragazzo*

Consultor acadêmico *Murilo Angeli*

Gerência

Planejamento e novos projetos *Renata Pascoal Müller*

Concursos *Roberto Navarro*

Legislação e doutrina *Thais de Camargo Rodrigues*

Edição *Eveline Gonçalves Denardi | Sergio Lopes de Carvalho*

Produção editorial *Ana Cristina Garcia (coord.) | Luciana Cordeiro Shirakawa | Rosana Peroni Fazolari*

Arte e digital *Mônica Landi (coord.) | Claudirene de Moura Santos Silva | Guilherme H. M. Salvador | Tiago Dela Rosa
| Verônica Pivisan Reis*

Planejamento e processos *Clarissa Boraschi Maria (coord.) | Juliana Bojczuk Fermino | Kelli Priscila Pinto | Marília Cordeiro | Fernando Penteado | Tatiana dos Santos Romão*

Novos projetos *Laura Paraíso Buldrini Filogônio*

Diagramação (Livro Físico) *Know-How Editorial*

Revisão *Know-How Editorial*

Comunicação e MKT *Elaine Cristina da Silva*

Capa *IDÉE arte e comunicação*

jurídica. O Código Civil de 2002 reconhece os atributos da personalidade com esse sentido de universalidade ao proclamar, no art. 1º, que “*toda pessoa*” é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

O direito reconhece personalidade também a certas entidades morais, denominadas *peças jurídicas*, compostas de pessoas físicas ou naturais, que se agrupam, com observância das condições legais, e se associam para melhor atingir os seus objetivos econômicos ou sociais, como as associações e sociedades, ou constituídas de um patrimônio destinado a um fim determinado, como as fundações.

3. Capacidade jurídica e legitimação

O art. 1º do atual Código entrosou o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda “pessoa é *capaz* de direitos e deveres na ordem civil” (grifo nosso). Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos¹⁶⁰.

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada¹⁶¹. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de *direito* ou de *gozo*, também denominada capacidade de *aquisição* de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção¹⁶². Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações etc.

Personalidade e capacidade completam-se: 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 ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico¹⁶³. Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo.

Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de *fato*, também denominada capacidade de *exercício* ou de *ação*, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde, desenvolvimento mental etc., a lei, com o intuito de protegê-las, malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as representa ou assiste¹⁶⁴.

Assim, os recém-nascidos e os amentais sob curatela possuem apenas a capacidade de direito, podendo, por exemplo, como já se afirmou, herdar. Mas não têm a capacidade de fato ou de exercício. Para propor qualquer ação em defesa da herança recebida, precisam ser representados pelos pais e curadores, respectivamente.

Quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade *plena*. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade *limitada* e necessita, como visto, de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade. São, por isso, chamados de “incapazes”.

Capacidade não se confunde com *legitimação*. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos, uma espécie de capacidade especial exigida em certas situações. Assim, por exemplo, o ascendente é genericamente capaz, mas só estará legitimado a vender a um descendente se o seu cônjuge e os demais descendentes expressamente consentirem (CC, art. 496)¹⁶⁵.

A falta de legitimação alcança pessoas impedidas de praticar certos atos jurídicos, sem serem incapazes, como por exemplo, o tutor, proibido de adquirir bens do tutelado (CC, art. 1.749, I); o casado, exceto no regime de separação absoluta de bens, de alienar imóveis sem a outorga do outro cônjuge (art. 1.647); os tutores ou curadores de dar em comodato os bens confiados a sua guarda sem autorização especial (art. 580) etc.

DAS PESSOAS COMO SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

Sumário: 4. Os sujeitos da relação jurídica. 5. Conceito de pessoa natural. 6. Começo da personalidade natural.

4. Os sujeitos da relação jurídica

O atual Código Civil, no Livro I da Parte Geral, dispõe sobre as pessoas como sujeitos de direitos.

Como o direito regula a vida em sociedade e esta é composta de pessoas, o estudo do direito deve começar por elas, que são os sujeitos das relações jurídicas. O direito subjetivo (*facultas agendi*) consiste numa relação jurídica que se estabelece entre um sujeito ativo, titular desse direito, e um sujeito passivo, ou vários sujeitos passivos, gerando uma prerrogativa para o primeiro em face destes¹⁶⁶. Os contratos, por exemplo, criam um vínculo obrigacional que confere ao credor (sujeito ativo) exigir do devedor (sujeito passivo) uma determinada prestação. Mesmo no direito das coisas é combatida a concepção clássica de que os direitos reais estabelecem um vínculo entre uma pessoa e uma coisa, prevalecendo o entendimento de que as relações jurídicas somente se constituem entre pessoas.

Relação jurídica é toda relação da vida social regulada pelo direito¹⁶⁷. Estabelece-se entre indivíduos, porque o direito tem por escopo regular os interesses humanos. Desse modo, o sujeito da relação jurídica é sempre o ser humano, na condição de ente social. O homem que vive isoladamente em uma ilha deserta não está subordinado a uma ordem jurídica, mas somente o que se relaciona com outros, dentro da sociedade.

Os animais não são considerados sujeitos de direitos, embora mereçam proteção. Por essa razão não têm capacidade para adquirir direitos. Não podem, por exemplo, ser beneficiados em testamento, a não ser indiretamente, sob a forma de encargo, imposto a herdeiro testamentário, de cuidar deles. Do mesmo modo estão excluídas do conceito de sujeitos de direitos as entidades místicas, como almas e santos. Não podem, também, sob pena de nulidade do ato, ser nomeados herdeiros ou legatários¹⁶⁸.

A palavra *pessoa* (do latim *persona*) começou a ser usada na linguagem teatral da antiguidade romana no sentido, primitivamente, de *máscara*. Esta era uma *persona*, porque fazia ressoar a voz de uma pessoa. Com o tempo, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, passou a expressar o próprio indivíduo que representava esses papéis. No direito moderno, *pessoa* é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica¹⁶⁹.

A ordem jurídica reconhece duas espécies de pessoas: a *pessoa natural* (o ser humano, também chamado em alguns países de *pessoa física*), e a *pessoa jurídica* (agrupamento de pessoas naturais, visando alcançar fins de interesse comum, também denominada, em outros países, *pessoa moral* e *pessoa coletiva*).

5. Conceito de pessoa natural

Prescrevia o art. 2º do Código Civil de 1916: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. A expressão *todo homem* era empregada em sentido amplo e genérico, abrangendo indistintamente todas as pessoas, sem discriminação de sexo, raça, cor e nacionalidade. A tutela da ordem jurídica era, portanto, oferecida a todos.

No relatório sobre o texto do atual Código Civil aprovado no Senado Federal constava ter sido operada a substituição, no artigo correspondente ao supratranscrito, da palavra “homem” por “ser humano”. Nova modificação ocorreu posteriormente, na Câmara dos Deputados, consagrando-se a expressão “toda pessoa”, com o objetivo de adequar a redação à nova ordem constitucional, de modo a evitar eventuais dúvidas de interpretação. Trocou-se, também, a palavra “obrigações” por “deveres”, considerada mais apropriada¹⁷⁰ e mais ampla, pois estes podem decorrer da lei ou do contrato. Há deveres que não são obrigacionais, no sentido patrimonial, como, *v. g.*, os deveres do casamento elencados no art. 1.566 do Código Civil. Desse modo, em sua redação final, dispõe o art. 1º do atual Código:

“Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O Título I do Livro I do Código Civil de 2002 concernente às *pessoas* dispõe sobre as “pessoas naturais”,

reportando-se tanto ao sujeito ativo como ao sujeito passivo da relação jurídica. Tal expressão já havia sido empregada no Código de 1916, malgrado a crítica equivocada de TEIXEIRA DE FREITAS, para quem tal denominação suscita, por antinomia, a ideia da existência de “pessoas não naturais” – o que não seria exato, pois os entes personalizados são tão naturais quanto o mesmo espírito que os gerou¹⁷¹.

“Pessoa individual” é considerada, pela doutrina, designação que não satisfaz, pois contrapõe-se à “pessoa coletiva”, quando nem todas as pessoas de existência ideal são coletivas.

A expressão “ser de existência visível”, proposta por TEIXEIRA DE FREITAS, em contraposição aos entes morais que denominou “seres de existência ideal”, aceita pelo Código Civil argentino, mostra-se complexa e inviável, por atender apenas à corporalidade do ser humano¹⁷².

No direito francês, no italiano e no de outros países, bem como na legislação brasileira concernente ao imposto de renda, é utilizada a denominação “pessoa física”. Também é criticada por desprezar as qualidades morais e espirituais do homem, que integram a sua personalidade, destacando apenas o seu aspecto material e físico¹⁷³.

A nomenclatura “pessoa natural” revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade.

Pessoa natural é “o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”¹⁷⁴. Para qualquer pessoa ser assim designada, basta nascer com vida e, desse modo, adquirir personalidade.

6. Começo da personalidade natural

Prescreve o art. 2º do Código Civil: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.

De acordo com o sistema adotado, tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Respeitam-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser¹⁷⁵.

Ocorre o *nascimento* quando a criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria¹⁷⁶, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical¹⁷⁷. Para se dizer que nasceu com *vida*, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida. Lavram-se, neste caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito (LRP, art. 53, § 2º). Não importa, também, tenha o nascimento sido a termo ou antecipado.

O Código Civil espanhol exige, para a aquisição da personalidade, que o feto tenha figura humana, isto é, não seja um monstro, fixando, ainda, no art. 30, um prazo de vinte e quatro horas de vida, de inteira separação do corpo materno¹⁷⁸.

O nosso Código, na esteira de diversos diplomas contemporâneos, como o suíço (art. 31), o português de 1966 (art. 66, I)¹⁷⁹, o alemão (art. 1º), o italiano (art. 1º) e outros, não faz tais exigências, nem a de que o feto seja viável. A viabilidade é a aptidão para a vida, da qual carecem os seres em que faltam os órgãos essenciais. Perante o nosso direito, qualquer criatura que venha a nascer com vida será uma pessoa, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente¹⁸⁰.

Muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que durante alguns segundos, principalmente se, por exemplo, o genitor, recém-casado pelo regime da separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respirar, recebeu, *ex vi legis*, nos poucos segundos de vida, todo o patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era a sua genitora. Se, no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não chegou a receber nem a transmitir a herança deixada por seu pai, ficando esta com os avós paternos.

Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia hidrostática de GALENO. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que

morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiraram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro¹⁸¹.

Cabe indagar, a essa altura, sobre a situação jurídica do nascituro.

Três teorias procuram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro. A *natalista* afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; a da *personalidade condicional* sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida; e a *concepcionista* admite que se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida.

Malgrado a personalidade civil da pessoa comece do nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º). Este é “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”, segundo a definição de SILVIO RODRIGUES, que acrescenta: “A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”¹⁸².

É de se observar que a doutrina tradicional sustenta ter o direito positivo adotado, nessa questão, a *teoria natalista*, que exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascer com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO filia-se à *teoria da personalidade condicional*, como se pode ver: “Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade”¹⁸³.

O art. 130 do Código Civil permite ao titular de *direito eventual*, como o nascituro, nos casos de condição suspensiva ou resolutive, o exercício de atos destinados a conservá-lo, como, por exemplo, requerer, representado pela mãe, a suspensão do inventário, em caso de morte do pai, estando a mulher grávida e não havendo outros descendentes, para se aguardar o nascimento; ou, ainda, propor medidas acautelatórias, em caso de dilapidação por terceiro dos bens que lhe foram doados ou deixados em testamento¹⁸⁴.

Deve-se distinguir a situação do *nascituro* da do indivíduo *não concebido* (concepturo). Este, se nascer, poderá, somente na hipótese de pertencer à prole eventual de pessoas designadas pelo testador e vivas ao abrir-se a sucessão (CC, art. 1.799, I), adquirir um direito surgido anteriormente.

Há, no Código Civil, embora a personalidade comece do nascimento com vida, um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade. Assim, é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1.779); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único); pode receber doação (art. 542) e ser contemplado em testamento (art. 1.798); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º). O direito penal também o protege, penalizando o aborto. E a Constituição Federal assegura a todos sem distinção, o direito à vida (art. 5º).

Essa situação deu origem a uma divergência doutrinária em torno do início da personalidade, surgindo então a *teoria concepcionista*, sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram TEIXEIRA DE FREITAS e CLÓVIS BEVILÁQUA, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a

concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.

No direito contemporâneo, defendem a teoria concepcionista, dentre outros, PIERANGELO CATALANO, Professor da Universidade de Roma, e SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA, Professora da Universidade de São Paulo. Afirma a última: “Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um *status* ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou *status* sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a *certos* e *determinados* direitos *particularmente considerados*. Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe. Com propriedade afirma Francisco Amaral: ‘Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa’”.

Em seguida, aduz CHINELATO E ALMEIDA que “a personalidade do nascituro não é condicional; apenas *certos* efeitos de *certos* direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a”¹⁸⁵.

Para a Escola Positivista, a personalidade decorre do ordenamento jurídico. A realidade é que, de acordo com o Código Civil brasileiro, a personalidade começa do nascimento com vida.

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista. No julgamento do RE 99.038, em 1993, por sua 2ª Turma, sendo relator o Ministro FRANCISCO REZEK, decidiu a referida Corte que a proteção de direito do nascituro é, na verdade, “proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo”, aduzindo que as hipóteses previstas no Código Civil “relativas ao nascituro são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido”. Posteriormente, no julgamento da Reclamação n. 12.040-DF, por seu Tribunal Pleno, sendo relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, reconheceu ao nascituro o direito ao reconhecimento de sua filiação, garantindo-se-lhe a perfilhação, como expressão da sua própria personalidade, com o direito de ver realizado o exame DNA, apesar da oposição da genitora. E, em maio de 2008, no julgamento da ADI 3.510, em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade da autorização legal para a manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, autorizada pela Lei de Biossegurança (art. 5º da Lei n. 11.105/2005), prevaleceu, por apertado resultado (6x5), o entendimento do relator, Ministro CARLOS AYRES BRITTO, no sentido de que a lei é constitucional. Em seu voto, expôs o ilustre julgador a sua posição no sentido de que “as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil”, assentando que “a Constituição Federal quando se refere à ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), aos ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, b), ao ‘livre-exercício dos direitos ... individuais’ (art. 85, III) e aos ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa”.

Assim decidindo, entendeu a Excelsa Corte que os direitos subjetivos constitucionais não serviriam de fundamento para a proteção do nascituro, uma vez que, assim como em relação à proteção civil, o início da tutela constitucional ocorreria com o nascimento com vida, quando se adquire a personalidade jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral:

“Direito civil. *Danos morais*. Morte. Ação ajuizada 23 anos após o evento. O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*”¹⁸⁶.

Para a Escola do Direito Natural, os direitos da personalidade são inatos e inerentes ao ser humano independentemente do que prescreve o direito positivo.

A constatação de que a proteção de certos direitos do nascituro encontra, na legislação atual, pronto atendimento, antes mesmo do nascimento, leva-nos a aceitar as argutas ponderações de MARIA HELENA DINIZ sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva.

Confira-se o mencionado entendimento: “Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa), passando a *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.808, § 3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá”¹⁸⁷.

Desse entendimento parece não discordar JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, quando afirma: “No terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente, o será, e, por isso, protege, antecipadamente, direitos que ele virá a ter quando for pessoa física. Em vista disso, o nascituro pode, por exemplo, ser instituído herdeiro num testamento. E, para resguardar o interesse do nascituro, a mulher que o está gerando pode requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador: o *curator ventris*. Com base nesses princípios que foram enunciados pelos juriconsultos clássicos, surgiu, no direito justinianeu, a regra geral de que o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*)”¹⁸⁸.

Como a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, a jurisprudência tem perfilhado o entendimento de que o nascituro não pode ser titular atual da pretensão alimentícia, embora admitindo a aplicação do *jus superveniens*, representado pelo nascimento do alimentando após o ajuizamento da ação.

A questão, no entanto, não é pacífica. Na doutrina, vários autores, como PONTES DE MIRANDA, OLIVEIRA E CRUZ, SILMARA CHINELATO E ALMEIDA e outros admitem a propositura de ação de alimentos pelo nascituro¹⁸⁹.

Uma considerável parcela da jurisprudência tem, igualmente, reconhecido a legitimidade processual do nascituro, representado pela mãe, para propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos¹⁹⁰. Esta a melhor posição, considerando que os alimentos garantem a subsistência do alimentando e, portanto, têm afinidade com o direito à vida, que é direito da personalidade a todos assegurado pela Constituição Federal (art. 3º). Todavia, mesmo a corrente que franqueava ao nascituro o acesso ao Judiciário, impunha-lhe, como requisito, a demonstração prévia do vínculo de paternidade, como o exige o art. 2º da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478, de 25-7-1968). A Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que regulou os *alimentos gravídicos*, veio resolver esse problema, conferindo legitimidade ativa à própria gestante para a propositura da ação de alimentos. O objetivo da referida lei, em última análise, é proporcionar um nascimento com dignidade ao ser concebido.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o direito de ação por dano moral é de natureza *patrimonial* e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”¹⁹¹. Desse modo, o nascituro, como titular de direito eventual (CC art. 130), só poderá propor medidas de conservação de seus direitos, por seu representante legal, não se podendo sequer falar em antecipação de tutela, que exige a titularidade da pretensão, titularidade esta que só será adquirida se o nascituro nascer com vida. O que se pode admitir é a aplicação do *jus superveniens*, representado pelo nascimento do lesado após o ajuizamento da ação¹⁹².

A referida Corte, todavia, em julgamentos posteriores, tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral, como retromencionado (REsp 399.029-SP).

DAS INCAPACIDADES

Sumário: 7. Conceito e espécies. 7.1. Incapacidade absoluta: os menores de 16 anos. 7.2. Incapacidade relativa. 7.2.1. Os maiores de 16 e menores de 18 anos. 7.2.2. Os ébrios habituais e os viciados em tóxico. 7.2.3. Os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. 7.2.4. Os pródigos. 7.2.5. Curatela de pessoas capazes (deficientes) e incapazes. 7.2.5.1. O procedimento da curatela. 7.2.5.2. A tomada de decisão apoiada. 8. A situação jurídica dos índios. 9. Modos de suprimento da incapacidade. 10. Sistema de proteção aos incapazes. 11. Cessaçã

incapacidade. 11.1. Maioridade. 11.2. Emancipação. 11.2.1. Emancipação voluntária. 11.2.2. Emancipação judicial. 11.2.3. Emancipação legal.

7. Conceito e espécies

Já foi dito no item n. 3, *retro*, que as pessoas portadoras da capacidade de direito ou de aquisição de direitos, mas não possuidoras da de fato ou de ação, têm capacidade limitada e são chamadas de *incapazes*. Com o intuito de protegê-las, tendo em vista as suas naturais deficiências, decorrentes em geral da idade, da saúde e do desenvolvimento mental e intelectual, a lei não lhes permite o exercício pessoal de direitos, exigindo que sejam representados ou assistidos nos atos jurídicos em geral.

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra¹⁹³. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos¹⁹⁴. Somente por exceção expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

Supre-se a incapacidade, que pode ser absoluta e relativa conforme o grau de imaturidade, deficiência física ou mental da pessoa, pelos institutos da representação e da assistência. O art. 3º do Código Civil menciona os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os seus direitos e que devem ser representados, sob pena de nulidade do ato (art. 166, I). E o art. 4º enumera os relativamente incapazes, dotados de algum discernimento e por isso autorizados a participar dos atos jurídicos de seu interesse, desde que devidamente assistidos por seus representantes legais, sob pena de anulabilidade (art. 171, I), salvo algumas hipóteses restritas em que se lhes permite atuar sozinhos.

7.1. Incapacidade absoluta: os menores de 16 anos

A incapacidade absoluta acarreta a proibição total do exercício, por si só, do direito. O ato somente poderá ser praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz. A inobservância dessa regra provoca a nulidade do ato, nos termos do art. 166, I, do Código Civil.

O estatuto civil de 1916 considerava, no art. 5º, absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: os menores de dezesseis anos; os loucos de todo o gênero; os surdos-mudos, que não pudessem exprimir a sua vontade; os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

O art. 3º do atual diploma reduziu a três as hipóteses de incapacidade absoluta:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, promoveu uma profunda mudança no sistema das incapacidades, alterando substancialmente a redação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, que passou a ser a seguinte:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

Observa-se que o art. 3º, que trata dos absolutamente incapazes, teve todos os seus incisos revogados, apontando no caput, como únicas pessoas com essa classificação, “os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

Por sua vez, o art. 4º, que relaciona os relativamente incapazes, manteve, no inciso I, os “maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”, mas suprimiu, no inciso II, “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”. Manteve apenas “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”. E, no inciso III suprimiu “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, substituindo-os pelos que, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Os pródigos permanecem no inciso IV como relativamente incapazes.

Destina-se a aludida Lei n. 13.146/2015, como proclama o art. 1º, “a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. Em suma, para a referida lei o deficiente tem uma qualidade que os difere das demais pessoas, mas não uma doença. Por essa razão é excluído do rol dos incapazes e se equipara à pessoa capaz.

A consequência direta e imediata dessa alteração legislativa é exatamente esta, repita-se: o deficiente é agora pessoa plenamente capaz, salvo se não puder exprimir sua vontade – caso em que será considerado relativamente incapaz, podendo, quando necessário, ter um curador nomeado em processo judicial (Estatuto da Pessoa com Deficiência, art. 84). Observe-se que a incapacidade relativa não decorre propriamente da deficiência mas da impossibilidade de exprimir a vontade. Como afirmou PABLO STOLZE, em comentário à nova lei, “a pessoa com deficiência – aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º – não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa¹⁹⁵”.

O citado art. 6º declara, efetivamente, que “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Por seu turno, o mencionado art. 84 estatui, categoricamente, que “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Quando necessário, aduz o § 1º, “a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. A definição de curatela de pessoa com deficiência, complementa o § 3º, “constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

Pretendeu o legislador, com essas inovações, impedir que a pessoa deficiente seja considerada e tratada como incapaz, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana. Todavia, têm elas sido objeto de pesadas críticas formuladas pela doutrina, pelo fato, principalmente, de desproteger aqueles que merecem a proteção legal.

Permanecem assim, como já dito, como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos. A 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão relatado pelo Des. Donegá Morandini, de provimento a recurso de apelação, reformando sentença que havia declarado absolutamente incapaz pessoa com doença psíquica irreversível, nomeando parente próximo como curador. Ressaltou o mencionado Relator que a incapacidade, nesses casos, é sempre relativa, uma vez que o reconhecimento da insuficiência mental absoluta está restrito às pessoas menores de 16 anos. E a curatela se limita a atos de natureza patrimonial e negocial.

No direito pré-codificado, levava-se em conta a puberdade para distinguir a menoridade. Eram absolutamente

incapazes os menores impúberes: o varão de menos de 14 anos e a mulher de menos de 12, porque privados de aptidão para procriar.

O Código Civil de 1916 inovou, fixando em 16 anos, para as pessoas dos dois sexos, a idade limite de incapacidade absoluta. Ponderou BEVILÁQUA¹⁹⁶, a propósito, que não se deve ter em vista, nesse caso, a aptidão para procriar, mas o desenvolvimento intelectual e o poder de adaptação às condições da vida social. O Código de 2002 também considera que o ser humano, até atingir essa idade, não tem discernimento suficiente para dirigir sua vida e seus negócios e, por essa razão, deve ser representado na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores.

Alguns países, como a França, não fazem distinção entre incapacidade absoluta e relativa, deixando a critério do juiz verificar se o menor já atingiu ou não a idade do discernimento. Outros, como a Argentina, consideram absolutamente incapazes somente os menores de 14 anos. O Código Civil italiano, no entanto, faz cessar a incapacidade aos dezoito anos, salvo casos especiais.

O atual Código Civil brasileiro, como visto, fixou em 16 anos a idade da maturidade relativa, e em dezoito a da maioridade, baseando-se naquilo que habitualmente acontece¹⁹⁷. Todavia, se os jovens, hodiernamente, desenvolvem-se e amadurecem mais cedo – e por esse motivo a maioridade foi antecipada para os dezoito anos – talvez pela mesma razão devesse ser fixada em 14 anos a idade em que se finda a incapacidade absoluta¹⁹⁸.

7.2. Incapacidade relativa

A incapacidade relativa permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal, sob pena de anulabilidade (CC, art. 171, I). Certos atos, porém, pode praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunha (art. 228, I), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único), exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioridade (art. 5º, parágrafo único, III), casar (art. 1.517), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho etc.

O art. 6º do Código de 1916 declarava incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: os maiores de 16 e os menores de 21 anos, os pródigos e os silvícolas. O Código de 2002 reduziu a idade da maioridade, de 21 para 18 anos (art. 5º), e incluiu outros casos de incapacidade relativa, dispondo, no art. 4º:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, (Estatuto da Pessoa com Deficiência), por sua vez, conferiu nova redação ao aludido art. 4º, *verbis*:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

Como as pessoas supramencionadas já têm razoável discernimento, não ficam afastadas da atividade jurídica, podendo praticar determinados atos por si sós. Estes, porém, constituem exceções, pois elas devem estar assistidas por seus representantes, para a prática dos atos em geral, sob pena de anulabilidade. Estão em uma situação intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade total.

7.2.1. Os maiores de 16 e menores de 18 anos

Os maiores de 16 e menores de 18 anos são os menores púberes do direito anterior. Já foi dito que podem praticar apenas determinados atos sem a assistência de seus representantes: aceitar mandato, ser testemunha, fazer testamento etc.¹⁹⁹. Não se tratando desses casos especiais, necessitam da referida assistência, sob pena de anulabilidade do ato, se o lesado tomar providências nesse sentido e o vício não houver sido sanado.

O ordenamento jurídico não mais despreza a sua vontade. Ao contrário, a considera, atribuindo ao ato praticado pelo relativamente incapaz todos os efeitos jurídicos, desde que esteja assistido por seu representante²⁰⁰.

Os referidos menores figuram nas relações jurídicas e delas participam pessoalmente, assinando documentos, se necessário. Contudo, não podem fazê-lo sozinhos, mas acompanhados, ou seja, assistidos por seu representante legal (pai, mãe ou tutor), assinando ambos os documentos concernentes ao ato ou negócio jurídico. Para propor ações judiciais também necessitam de assistência, devendo ser citados, quando figurarem como réus, juntamente com o respectivo assistente. Num e noutro casos, devem constituir procurador conjuntamente com este. Se houver conflito de interesse entre ambos, como na hipótese, por exemplo, em que o menor tenha necessidade de promover ação contra seu genitor, o juiz lhe dará curador especial (CC, art. 1.692).

Há no Código Civil um sistema de proteção dos incapazes. Para os absolutamente incapazes, a proteção é incondicional. Os maiores de 16 anos, porém, já tendo discernimento suficiente para manifestar a sua vontade, devem, em contrapartida, para merecê-la, proceder de forma correta. Preceitua, com efeito, o art. 180 do aludido diploma:

“Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito 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”²⁰¹.

Tendo que optar entre proteger o menor ou repelir a sua má-fé, o legislador preferiu a última solução, mais importante, protegendo assim a boa-fé do terceiro que com ele negociou. Exige-se, no entanto, que o erro da outra parte seja escusável. Se não houve malícia por parte do menor, anula-se o ato, para protegê-lo. Constituindo exceção pessoal, a incapacidade só pode ser arguida pelo próprio incapaz ou pelo seu representante legal. Por essa razão, dispõe o art. 105 do Código Civil que *“a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum”*.

Como ninguém pode locupletar-se à custa alheia, determina-se a restituição da importância paga ao menor se ficar provado que o pagamento nulo reverteu em seu proveito. Prescreve, com efeito, o art. 181 do Código Civil que *“ninguém poderá reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”*.

O Código Civil reduz o limite da menoridade, de 21 para 18 anos completos, permitindo que os pais emancipem os filhos menores que completarem 16 anos de idade. E, no art. 928, preceitua que o incapaz *“responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes”*. Acrescenta o parágrafo único que a indenização prevista neste artigo, *“que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”*.

Desse modo, se a vítima não conseguir receber a indenização da pessoa encarregada de sua guarda, que continua responsável em primeiro plano (art. 932, I), poderá o juiz, mas somente se o incapaz for abastado, condená-lo ao pagamento de uma indenização equitativa. Adotou-se, pois, o princípio da responsabilidade *subsidiária e mitigada* dos incapazes.

Os portadores de deficiência, considerados pessoas capazes pela Lei n. 13.146/2015, responderão com seus próprios bens pelos danos que causarem a terceiros, afastada a responsabilidade solidária criada pelo aludido art. 928 do Código Civil.

7.2.2. Os ébrios habituais e os viciados em tóxico

O atual Código, valendo-se de subsídios da ciência médico-psiquiátrica, incluiu os ébrios habituais, os toxicômanos e os deficientes mentais de discernimento reduzido no rol dos *relativamente incapazes*. Estes últimos,

todavia, foram excluídos do referido rol pela Lei n. 13.146, de 6-7-2015, que nele manteve apenas os dois primeiros.

Somente, porém, os alcoólatras ou dipsômanos (os que têm impulsão irresistível para beber) e os toxicômanos, isto é, os viciados no uso e dependentes de substâncias alcoólicas ou entorpecentes, se enquadram no inciso II do art. 4º. Os usuários eventuais que, por efeito transitório dessas substâncias, ficarem impedidos de exprimir plenamente sua vontade ajustam-se no art. 4º, III, do aludido diploma.

Os viciados em tóxico que venham a sofrer redução da capacidade de entendimento, dependendo do grau de intoxicação e dependência, poderão ser, excepcionalmente, colocados sob curatela pelo juiz, que procederá à graduação da medida, na sentença, conforme o nível de intoxicação e comprometimento mental (Lei n. 13.146/2015, art. 84 e parágrafos). Assim também procederá o juiz se a embriaguez houver evoluído para um quadro patológico, aniquilando a capacidade de autodeterminação do viciado.

O art. 1.772 do Código Civil foi alterado pela referida Lei n. 13.146/2015 e, posteriormente, pelo Código de Processo Civil, cujo art. 755 prescreve: “Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II – considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências”.

7.2.3. Os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade

A expressão, também genérica, não abrange as pessoas portadoras de doença ou deficiência mental permanentes, referidas no revogado inciso II do art. 3º do Código Civil, ou seja, os amentais, hoje considerados plenamente capazes, salvo se não puderem exprimir a sua vontade. Estes, bem como as demais pessoas que também não puderem, serão tratados como relativamente incapazes (CC, art. 4º, III), seja a causa *permanente* (doença mental) seja *transitória*, em virtude de alguma patologia (p. ex., arteriosclerose, excessiva pressão arterial, paralisia, embriaguez não habitual, uso eventual e excessivo de entorpecentes ou de substâncias alucinógenas, hipnose ou outras causas semelhantes, mesmo não permanentes).

É anulável, assim, o ato jurídico exercido pela pessoa de condição psíquica normal, mas que se encontrava completamente embriagada no momento em que o praticou e que, em virtude dessa situação transitória, não se encontrava em perfeitas condições de exprimir a sua vontade²⁰².

O atual Código, diversamente do diploma de 1916, não inseriu os *ausentes* no rol das pessoas absolutamente incapazes, dedicando-lhes capítulo próprio (arts. 22 a 39).

A surdo-mudez deixou também de ser causa autônoma de incapacidade. Os *surdos-mudos*, mesmo deficientes, são considerados pessoas plenamente capazes (Lei n. 13.146/2015, arts. 6º e 84).

7.2.4. Os pródigos

Pródigo é o indivíduo que dissipa o seu patrimônio desvairadamente. Na definição de CLÓVIS BEVILÁQUA, “é aquele que, desordenadamente, gasta e destrói a sua fazenda”²⁰³. Na verdade, é o indivíduo que, por ser portador de um defeito de personalidade, gasta imoderadamente, dissipando o seu patrimônio com o risco de reduzir-se à miséria.

Trata-se de um desvio da personalidade, comumente ligado à prática do jogo e à dipsomania (alcooolismo), e não, propriamente, de um estado de alienação mental. O pródigo só passará à condição de relativamente incapaz depois de declarado tal, em sentença de interdição.

Nem todos concordam em considerá-lo relativamente incapaz e sujeitá-lo à interdição, alegando que a nomeação de curador, privando-o de gerir os seus próprios bens como lhe convier, constitui violência à liberdade individual. No entanto, a curadoria do pródigo é tradicional no direito luso-brasileiro. O Código Civil português de 1966, todavia optou por medida menos extrema, por entender que a sua anomalia não é de tal modo grave que justifique a sua interdição, sujeitando-o apenas à *inabilitação*, nomeando-se-lhe curador para administrar os seus bens, no todo ou em parte. Neste caso, haverá lugar à constituição do conselho de família (arts. 152 a 156).

Justifica-se a interdição do pródigo pelo fato de encontrar-se permanentemente sob o risco de reduzir-se à miséria, em detrimento de sua pessoa e de sua família, podendo ainda transformar-se num encargo para o Estado, que tem a obrigação de dar assistência às pessoas necessitadas.

A curatela do pródigo (CC, art. 1.767, V) pode ser promovida pelo cônjuge ou companheiro (CF, art. 226, § 3º; *JTJ*, Lex, 235/108), por qualquer parente ou tutor, pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e pelo Ministério Público (CPC, art. 747).

Diferentemente do Código Civil de 1916, o novo não permite a interdição do pródigo para favorecer a seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, mas, sim, para protegê-lo, não reproduzindo a parte final do art. 461 do diploma de 1916, que permitia o levantamento da interdição “não existindo mais os parentes designados no artigo anterior”, artigo este que também não foi mantido.

Embora limitado, no sistema do diploma anterior, o elenco das pessoas legitimadas a requerer a interdição do pródigo, a jurisprudência admitia que o Ministério Público pudesse fazê-lo, excepcionalmente, quando o único interessado e legitimado fosse menor de idade. No sistema do atual Código a legitimidade do Ministério Público decorre de sua posição de defensor dos interesses dos incapazes, visto que a interdição do pródigo visa agora protegê-lo, e de defensor dos interesses da sociedade e do Estado.

A interdição do pródigo só interfere em atos de *disposição e oneração do seu patrimônio*. Pode inclusive administrá-lo, mas ficará privado de praticar atos que possam desfalecá-lo, como “*emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado*” (CC, art. 1.782). Tais atos dependem da assistência do curador. Sem essa assistência, serão anuláveis (art. 171, I).

Não há limitações concernentes à *pessoa* do pródigo, que poderá viver como lhe aprouver, podendo votar, ser jurado, testemunha, fixar o domicílio do casal, autorizar o casamento dos filhos, exercer profissão que não seja a de comerciante e até casar, exigindo-se, somente neste último caso, a assistência do curador se celebrar pacto antenupcial que acarrete alteração em seu patrimônio.

7.2.5. Curatela de pessoas capazes (deficientes) e incapazes

7.2.5.1. O procedimento da curatela

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) inova ao admitir a interdição de pessoa capaz. Dispõe, com efeito, o § 1º do art. 84 da referida lei: “*Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei*”. A expressão “*quando necessário*” abrange aqueles que, por causa permanente ou transitória, não puderem exprimir sua vontade (CC, art. 4º, III).

Acrescenta o mencionado Estatuto:

“*Art. 84, § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível*”.

Por sua vez, proclama o art. 85, *caput*, que “*A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial*”, acrescentando, no § 2º, que “*A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado*”.

Estão também sujeitos à curatela os *relativamente incapazes* mencionados no art. 1.767 do Código Civil, com as modificações introduzidas pela referida Lei n. 13.146/2015, quais sejam: “*os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos*”.

O procedimento de curatela segue o rito estabelecido nos arts. 747 e s. do Código de Processo Civil, bem como as disposições da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). É obrigatório o exame pessoal do interditando, em audiência, ocasião em que será minuciosamente interrogado pelo juiz “acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas” (CPC, art.

751). É também obrigatória a nomeação de perito médico para proceder ao exame do interditando. É nulo o processo em que não se realizou o referido interrogatório ou não foi feito o exame pericial²⁰⁴. “A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar” (CPC, art. 753, § 1º).

A atuação do Ministério Público na ação de interdição que não foi por ele proposta será a de fiscal da lei (CPC arts. 178, II, e 752, § 1º).

Decretada a interdição será nomeado curador ao interdito, sendo a sentença de natureza *declaratória* de uma situação ou estado anterior²⁰⁵. Sob a ótica processual, alguns autores, no entanto, entendem que ela é constitutiva, porque os seus efeitos são *ex nunc*, verificando-se desde logo, embora sujeita a apelação (CPC, art. 724)²⁰⁶. Sustentam os aludidos autores que a declaração da incapacidade absoluta é feita na fundamentação da sentença e que a criação de uma situação nova, que sujeita o interdito à curatela, dá-se na parte dispositiva do *decisum*. Todavia, sob o aspecto do reconhecimento de uma situação de fato – a incapacidade relativa ou a deficiência como causa da interdição –, tem natureza declaratória, uma vez que, mesmo nas sentenças constitutivas, há uma declaração de certeza do direito preexistente, das condições necessárias e determinadas em lei para se criar nova relação, ou alterar a relação existente.

Assiste razão, portanto, a MARIA HELENA DINIZ quando afirma que a sentença de interdição tem natureza mista, sendo, concomitantemente, constitutiva e declaratória: declaratória no sentido de “declarar a incapacidade de que o interditando é portador” e “ao mesmo tempo constitutiva de uma nova situação jurídica quanto à capacidade da pessoa que, então, será considerada legalmente interdita”²⁰⁷.

Sustenta MARIA HELENA DINIZ a possibilidade de se invalidar ato negocial, praticado por alienado mental antes da sua interdição, desde que se comprove, no processo de jurisdição voluntária a que se submeteu, a existência de sua insanidade, por ocasião da efetivação daquele ato. Nesse caso, a sentença de interdição produzirá efeito *ex tunc*. No seu entender, pois, a referida sentença terá efeitos pretéritos, isto é, retroagirá *ex tunc*, podendo tornar nulos ou anuláveis os atos anteriores a ela praticados pelo interdito, conforme for o seu grau de incapacidade²⁰⁸.

Parece-nos, todavia, que a declaração de nulidade ou a anulação dos atos praticados anteriormente pelo interdito só pode ser obtida em ação autônoma, uma vez que o processo de interdição tem procedimento especial e se destina unicamente à decretação da interdição, com efeito *ex nunc*, não retro-operante. Nessa linha, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao nosso ver corretamente, que, “embora usual a fixação de data da incapacidade, até com retroação, a providência é inócua, desde que não faz coisa julgada e nem tem retroeficácia para alcançar atos anteriores praticados pelo interdito, cuja invalidade reclama comprovação exaustiva da incapacidade em cada ação autônoma”²⁰⁹.

Esse também o entendimento de PONTES DE MIRANDA, ao dissertar sobre a eficácia da sentença de interdição: “quanto ao passado (o momento em que começou a anomalia psíquica), não tem eficácia a sentença de interdição, a despeito do elemento declarativo junto à força constitutiva. Isso não impede que em ação que não é a de interdição se alegue, por exemplo, que a pessoa estava louca quando assinou um cheque ou uma escritura particular ou mesmo pública”²¹⁰.

Em estudo sobre a eficácia da sentença de interdição por alienação mental, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA afirma equivocadamente o entendimento que reconhece efeitos retroativos a tal pronunciamento judicial, aduzindo: “Ato praticado na própria véspera da interdição nem por isso se presume inválido: poderá o órgão judicial, no processo em que se discute a validade, apreciá-la livremente, à luz dos elementos de convicção que constem dos autos. Tal liberdade, ao nosso ver, o Juiz a terá inclusive quando a sentença de interdição, *ex abundantia*, haja de fato indicado a época do início da enfermidade mental. Não há cogitar, é óbvio, de vínculo resultante da coisa julgada: primeiro, tem-se de atender à circunstância de que o legislador de 1973 incluiu a interdição entre os procedimentos de jurisdição voluntária, nos quais, segundo a opinião dominante, não se forma a *res iudicata* no sentido material; além disso, de maneira alguma estariam sujeitos a ela terceiros estranhos ao processo de interdição, em face dos quais se viesse a discutir a validade de atos praticados anteriormente pelo interdito”²¹¹.

O que se pode admitir é o aproveitamento, na ação declaratória de nulidade de ato praticado anteriormente pelo interdito, do laudo em que se fundar a sentença de interdição, se reconhecer a existência da incapacidade mental em

período pretérito, como o fez o Supremo Tribunal Federal: “O laudo em que se fundar a sentença de interdição pode esclarecer o ponto, isto é, afirmar que a incapacidade mental do interdito *já existia* em período anterior, e o juiz do mérito da questão pode basear-se nisso para o fim de anular o ato jurídico praticado nesse período pelo interdito. Trata-se de interpretação de um laudo, peça de prova, a respeito de cuja valorização o juiz forma livre convencimento”²¹².

Para assegurar a sua eficácia *erga omnes*, a sentença “será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente” (CPC, art. 755, § 3º).

É anulável o ato praticado pelo incapaz depois dessas providências. É possível, no entanto, pronunciar-se a anulabilidade do negócio realizado pelo relativamente incapaz ou deficiente, mesmo antes da decretação judicial de sua interdição, desde que provada a sua incapacidade ou deficiência, como já dito. A diferença é que, se o ato foi praticado antes da sentença de interdição, a decretação da anulabilidade dependerá da produção de prova inequívoca da incapacidade.

Preleciona, com efeito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, antes das modificações introduzidas pela Lei n. 13.146/2015, que, “enquanto não apurada a demência pela via legal, a loucura é uma *circunstância de fato* a ser apreciada em cada caso, e, verificada a participação do alienado em um negócio jurídico, poderá ser este declarado inválido. Existe, contudo, diferença de tratamento: pronunciada a interdição, ocorre a pré-constituição da prova da insanidade, dispensando-se qualquer outra para fundamentar a invalidade; não pronunciada, cumpre ao interessado demonstrar a enfermidade, sua extensão, e a coincidência com o ato incriminado”²¹³.

Esse é também o pensamento de PONTES DE MIRANDA, que assim o expõe: “A única diferença entre a época anterior e a atual da interdição ocorre apenas quanto à prova da nulidade do ato praticado. Para os atos anteriores, é necessário provar que então já subsistia a causa da incapacidade. Os atos posteriores, praticados na constância da interdição, levam consigo, sem necessidade de prova, a eiva da nulidade”²¹⁴.

Como é a incapacidade relativa e não a sentença de interdição que determina o estado da pessoa, sustentam alguns que, estando ele provado, é sempre inválido o ato praticado pelo relativamente incapaz ou deficiente, antes da interdição. Outra corrente, porém, inspirada no direito francês, entende que deve ser respeitado o direito do terceiro de boa-fé, que contrata com o relativamente incapaz ou deficiente sem saber de sua situação. Para essa corrente somente é inválido o ato praticado pelo deficiente ou relativamente incapaz se o seu estado era notório, isto é, de conhecimento público.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem proclamado a invalidade mesmo que a incapacidade ou deficiência seja desconhecida da outra parte e só protegido o adquirente de boa-fé com a retenção do bem até a devolução do preço pago, devidamente corrigido, e a indenização das benfeitorias²¹⁵.

O art. 503 do Código Civil francês dispõe que os “atos anteriores à interdição poderão ser anulados, se a causa da interdição existia notoriamente à época em que tais fatos foram praticados”²¹⁶. Malgrado o nosso ordenamento não possua regra semelhante, a jurisprudência a tem aplicado em inúmeros casos, por considerar demasiado severa para com os terceiros de boa-fé, que negociaram com o interdito, ignorando sua condição, a tese de que o negócio por este celebrado é sempre inválido, esteja interditado ou não.

SILVIO RODRIGUES aplaude a solução, que não destoa da lei e prestigia a boa-fé nos negócios, afirmando que devem, assim, “prevalecer os negócios praticados pelo amental não interditado quando a pessoa que com ele contratou ignorava e carecia de elementos para verificar que se tratava de um alienado”. Entretanto, aduz, “se a alienação era notória, se o outro contratante dela tinha conhecimento, se podia, com alguma diligência, apurar a condição de incapaz, ou, ainda, se da própria estrutura do negócio ressaltava que seu proponente não estava em seu juízo perfeito, então o negócio não pode ter validade, pois a ideia de proteção à boa-fé não mais ocorre”²¹⁷.

Embora comum o pedido de interdição de pessoa idosa, a velhice ou senilidade, por si só, não é causa de limitação da capacidade, salvo se motivar um estado patológico que afete o estado mental e, em consequência, prive

o interditando do necessário discernimento para gerir os seus negócios ou cuidar de sua pessoa. Neste caso, a incapacidade advém do estado psíquico e não da velhice²¹⁸.

7.2.5.2. A tomada de decisão apoiada

O Código Civil previa a possibilidade de ser decretada a interdição do enfermo ou portador de deficiência física a seu requerimento, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.780, “para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”.

Não era requisito a falta de discernimento ou a impossibilidade de manifestação da vontade pelo curatelando. Bastava a condição de enfermo ou deficiente físico aliada ao propósito de ter um curador. Tal modalidade de curatela somente tinha utilidade quando o paciente, por enfermidade ou deficiência física, estava impossibilitado de outorgar mandato a procurador de sua confiança, para os fins mencionados, como sucede com o indivíduo que não consegue assinar a procuração ou se encontra no CTI do hospital, impossibilitado fisicamente de constituir procurador (por se encontrar em estado de coma ou inconsciente há longo tempo, p. ex.), estando a família necessitada de retirar dinheiro de agência bancária para pagamento das despesas, ou para atender a necessidades urgentes, ou ainda para ultimar negócios inadiáveis.

O referido art. 1.780 do Código Civil foi expressamente revogado pelo art. 123, VII, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), que trata da nova figura denominada “Tomada de Decisão Apoiada”. O art. 1.783-A do Código Civil, criado pelo Estatuto em apreço e que supre a mencionada revogação, ampliando o seu âmbito dispõe que “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

O referido dispositivo aplica-se aos casos de pessoas que possuem algum tipo de deficiência mas *podem, todavia, exprimir a sua vontade*. O caso típico é o do portador da Síndrome de Down, que o torna uma pessoa deficiente mas não acarreta, necessariamente, impedimento para a manifestação da vontade. Neste caso, não se justifica a classificação dessa pessoa como relativamente incapaz, sujeita à curatela.

A Tomada de Decisão Apoiada constitui, destarte, um terceiro gênero (o de pessoas que apresentam alguma deficiência física ou mental, mas podem exprimir a sua vontade e por essa razão podem se valer do benefício da Tomada de Decisão Apoiada), ao lado das pessoas não portadoras de deficiência e, portanto, plenamente capazes, e das pessoas com deficiência e incapazes de exprimir a sua vontade, sujeitas, desse modo, à curatela.

“O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no *caput* deste artigo” (art. 1.783-A, § 2º, do CC).

8. A situação jurídica dos índios

O Código Civil de 1916 referia-se aos índios utilizando o vocábulo “silvícolas”, com o significado de habitantes das selvas, não integrados à civilização. Considerava-os relativamente incapazes, sujeitando-os, para protegê-los, ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessaria à medida que se fossem adaptando à civilização do País (art. 6º).

O Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, foi o primeiro diploma a regulamentar o regime tutelar dos índios, distinguindo entre os silvícolas nômades, aldeados e os pertencentes aos centros civilizados. Seguiram-se o Decreto-Lei n. 736, de 6 de abril de 1936; o Decreto n. 10.652, de 16 de outubro de 1942; a Lei n. 5.371/67; a Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973, denominada “Estatuto do Índio”; o Decreto n. 76.999, de 8 de janeiro de 1976; e o Decreto n. 88.118, de 1983²¹⁹.

O atual Código Civil mudou a denominação dos habitantes das selvas para *índios*, compatibilizando-a com a Constituição Federal, que a eles dedicou um capítulo especial (arts. 231 a 232), reconhecendo “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Compete privativamente à União