

A capacidade no Código Civil – cem anos de evolução

*Roque Antonio Mesquita de Oliveira*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Neste singelo trabalho é minha intenção provocar uma reflexão sobre a evolução do modo de tratamento outorgado pela lei civil no tocante a capacidade das pessoas, que antigamente eram tratadas apenas como “*homem*”, sem qualquer outra preocupação: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” (artigo 2º, Código Civil/1916). Essa circunstância, vista nos dias atuais, representa um dos pontos de maior evolução no modo como a sociedade civil brasileira passou a tratar o ser humano como pessoa e não mais, simplesmente como um “*homem*”.

A Lei nº 3.071, de 01/01/1916, ao instituir o Código Civil, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1917, revogou todas as “Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código” (artigo 1.807).

Fazendo um estudo comparativo, vemos que a incapacidade, tanto absoluta ou relativa, fora objeto de preocupação no artigo 7º do antigo código: “Supre-se a incapacidade, absoluta ou relativa, pelo modo instituído neste Código, Parte Especial”.

Assim sendo, os chamados “loucos de todo gênero, os surdos mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade, os pródigos” eram sujeitos à curatela (artigo 446, *idem*) através da chamada “*interdição*”, de iniciativa do pai, mãe ou tutor, do cônjuge, ou algum parente próximo ou até mesmo pelo Ministério Público (artigo 447, *idem*), apenas determinando a lei que o Juiz examinasse o interditando, pessoalmente, podendo também ouvir profissionais, que o ajudassem na formação do convencimento (artigo 450, *idem*).

Partindo desse pressuposto e examinando os textos atuais que regulam a deficiência, o primeiro sentimento do intérprete é de preple-

¹ Desembargador da 18ª Câmara de Direito Privado. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente de Direito Civil na Escola Paulista da Magistratura. Professor de Direito Civil em Cursos de Bacharelado em Direito.

xidade. Mas, essa sensação é prontamente afastada após reflexão para entender o alcance da lei nova.

Quando se vai interpretar um texto com a intenção de definir o sentido buscado pelo autor, deverá o intérprete verificar não apenas a lógica inserida nas palavras, mas deverá levar em conta a realidade na qual será aplicado e o restante do Direito.

No dizer de Alar Caffé Alves, na sua obra “Lógica – Pensamento Formal e Argumentação – Elementos para o Discurso Jurídico. Bauru: Edipro, 2000, p. 194-195”, a

vinculação normativa não depende apenas de uma obtenção de sentido exclusivamente lógica. Há necessidade também da consideração dos aspectos práticos e sociais envolvidos na questão. Por isso é que o sentido da norma se altera conforme se dá a mudança do mundo (apud CIRILLO, Luis Fernando; RORTY, Richard; MAXIMILIANO, Carlos. Uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. Revista da *Escola Paulista da Magistratura*, ano 15, número 2, p. 47, setembro 2015).

O Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) fixou o entendimento no sentido de que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (artigo 1º) e que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 2º). Com essas regras fundamentais de abertura dos seus princípios, fixou a preocupação do legislador em amparar e proteger a pessoa como elemento ativo na sociedade.

Contudo, ao tratar da capacidade das pessoas, passados cerca de 13 (treze) anos da sua vigência, o Código Civil foi radicalmente alterado em decorrência da Lei nº 13.146, de 06/07/2015. Essa alteração levou em conta a transitoriedade que pode acontecer a uma pessoa, devido a uma causa que pode ser passageira ou permanente:

Artigo 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] III. Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Essa regra procura disciplinar os efeitos jurídicos das vontades das pessoas, reconhecendo que elas podem ficar limitadas no exercício da

prática de atos ou negócios jurídicos, mas não de modo absoluto e, sim, “a certos atos ou à maneira de os exercer”.

É, sem dúvida alguma, alteração relevante, evidenciando aquilo que se chama “sinais dos tempos”, considerando que anteriormente não havia previsão legal para a limitação da capacidade em casos excepcionais.

É oportuno lembrar a lição de Francesco Ferrara (*Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manoel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987. p. 111.):

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: transforma a regulamentação típica e abstrata, imposta pelo legislador, na regulamentação individual e concreta das relações entre os particulares, mas é executor e não criador da lei (apud CIRILLO, Luis Fernando, op. cit., p. 59).

A preocupação que cerca o presente trabalho diz respeito às normas estabelecidas pela lei que instituiu a inclusão da pessoa com deficiência, conhecida como “*Estatuto da Pessoa com Deficiência*”, elaborada com o objetivo de “[...] 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” (artigo 1º, *caput*).

As pessoas nessas condições estavam praticamente excluídas do exercício da cidadania por ato próprio de vontade e agora podem conviver em igualdade de condições com as demais para a prática de determinados atos, aumentando a sua autoestima em perfeita harmonia com a sua dignidade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, garantida pela Constituição Federal (artigo 1º, III).

Portanto, a condição de deficiente deixou de ser uma limitação para a plena capacidade civil da pessoa, estando autorizada a:

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 a sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; v) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; vi) exercer o direito à

guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotado, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (artigo 6º, Lei nº13.146/2015).

É relevante destacar que no tocante ao exercício da capacidade, “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício da sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 84, *caput*, da Lei nº 13.146/2015).

Essas regras, se analisadas com um dos atos mais solenes regulados pelo Código Civil, que é o casamento, podem levar à perplexidade o intérprete formado no Código Civil anterior:

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

Note-se que é de rigor que os nubentes afirmem perante as testemunhas, o oficial do registro e o presidente do ato, que as suas respectivas vontades de casar se expressam de modo livre e espontâneo, e no caso da pessoa com deficiência mental ou intelectual, em idade núbil, essa vontade poderá ser demonstrada diretamente (artigo 1.550, § 2º, Código Civil, alterado pela Lei nº 13.146/2015).

Ora, se existe uma deficiência mental ou intelectual, pode parecer estranho que a lei autorize a prática de um ato tão solene, como o casamento, de modo livre e consciente. Tanto assim é, que antigamente era admitida a curatela levando em conta “as potencialidades da pessoa”, circunstância que não mais vigora na legislação (artigo 1.772, Código Civil, revogado pela Lei nº 13.105, de 16/03/2015, artigo 1.072, II, Código de Processo Civil).

É por isso que se apresenta atual o ensinamento de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 19-20.) quando anotou que

A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência, apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos. Por outro lado, as idéias emanam do ambiente; não surgem desordenadamente, segundo o capricho ou a fantasia do que lhes dá forma concreta (apud CIRILLO, Luis Fernando, op. cit. p. 69).

Atualmente, é de grande relevância a instituição da chamada “*decisão apoiada*”, estabelecida pelo Código Civil nos termos do artigo 116 da Lei nº 13.146/2015:

Art. 1.783-A. 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-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A moderna legislação cuidou de dar à pessoa com deficiência toda a segurança para que estabeleça o que mais relevante lhe parece, sendo dela mesma a iniciativa do pedido: “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, Código Civil).

Foi estabelecida uma “*equipe multidisciplinar*” para amparar a resolução do Juiz: “Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio” (Art. 1.783-A, § 3º, Código Civil).

Essas novas formas de regular os direitos das pessoas com deficiências vieram se harmonizar com o pensamento de Clóvis Beviláqua, exposto há quase um século, quando assinalou que

embora a fonte imediata do direito seja a lei, não é possível generalizá-la numa medida que dê conta da infinita variedade dos fenômenos sociais, que caracteriza o suceder normal da vida. Citando Portalis, Beviláqua preconiza que as leis devem estabelecer apenas as máximas gerais, os princípios, pois as regras particulares são estabelecidas pelo aplicador, em conformidade com as exigências fáticas. É assim que a interpretação jurídica cumpre uma tarefa de evolução, que amplia o significado da lei, ainda que haja o limite da letra da norma (Theoria geral do direito civil, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1928, p. 56, apud CIRILLO, Luis Fernando, op. cit., p. 68).

Portanto, como o leitor pode perceber, a atual legislação apenas mostra a evolução da sociedade brasileira no sentido de reconhecer as pessoas com deficiência, que a integram de modo pleno e em consequência devem usufruir dos direitos concedidos a todos os seus integrantes, sem qualquer distinção, apenas podendo consultar outras pessoas de sua confiança para lhe darem um parecer sobre se devem ou não assumir a decisão proposta, sendo o caso levado ao juiz, o qual, por sua vez, poderá pedir auxílio para uma equipe multidisciplinar como providência antecedente à sua decisão.

Diante dessas circunstâncias, fica a pergunta: a pessoa com deficiência, na atual legislação, tem mesmo vontade livre e consciente para tomar suas decisões?