

A NECESSÁRIA REVISÃO PRÁTICA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES
THE NECESSARY PRACTICAL REVIEW OF THE DISABILITIES DOCTRINE

César Fiuza

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular na Universidade FUMEC. Professor Associado na UFMG. Professor Adjunto na PUCMG. Professor Colaborador na UNIPAC. Advogado e consultor jurídico.

Wanderson Marquiori Gomes de Oliveira

Mestrando em Direito Privado na Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado militante. Professor no Curso de Direito da UNIPAC e no Curso de Direito da PUCMG.

RESUMO

O trabalho consiste numa revisão da teoria das incapacidades, principalmente em seus aspectos práticos, a saber nos contornos que lhe confere a prática judicial. O incapaz recebe tratamento inadequado, uma vez que na ação de interdição, o epicentro dos interesses tutelados é o patrimônio, por vezes se esquecendo por completo dos aspectos existenciais da vida do incapaz. Evidentemente, o patrimonialismo não se restringe à prática judicial. É também legal, o que fica evidente com o tratamento dado aos maior de 70 anos, que não pode casar sob regime que não seja o da separação de bens, embora possa exercer os cargos mais altos da República. Esse, em síntese, o teor do presente artigo.

ABSTRACT

The work consists of a review of the theory of disabilities, especially in its practical aspects, namely the contours which confers the judicial practice. The unable receives inadequate treatment, since in the so called action of interdiction, the epicenter of the interests in focus are the patrimonial assets, sometimes in absolute forgetfulness of the existential aspects of life of the incapable. Of course, patrimonialism is not confined to judicial practice. It is also legal, which becomes evident in the treatment of the older than 70 years, who cannot marry under arrangements other than the separation of goods, although they may bear the highest offices of the Republic. This is in short the content of this article.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil Constitucional; personalidade; dignidade; pessoa humana; revisão; teoria; incapacidades.

KEY-WORDS: *Constitutional Civil Law; personality; dignity; human person; review; theory; disabilities.*

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho consiste numa revisão prática da teoria das incapacidades, com o fim de adequá-la à ideologia constitucional, na busca da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos da personalidade.

No presente texto, analisar-se-á o tratamento jurídico conferido a quatro pessoas distintas e uma proposta de adequação constitucional desse tratamento. Em primeiro lugar, cuidaremos daqueles que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido; a seguir, dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos; depois, dos idosos e, por fim, dos pródigos.

Como se verá, o tratamento conferido pelo Código Civil de 2002 a essas pessoas, e mais ainda pela prática judicial, não se coaduna com a ordem constitucional vigente, apresentando necessária revisão.

Para tanto, partir-se-á de uma necessária incursão nos direitos da personalidade sob a perspectiva civil constitucional, para, em seguida, cuidar da personalidade e da capacidade propriamente ditas. A partir desses pressupostos, far-se-á a análise proposta da teoria das incapacidades.

2. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL

Para qualquer debate a respeito de personalidade, o ponto de partida há de ser a dignidade humana, consagrada já no art. 1º, III, da Constituição da República, daí porque o fundamental recurso ao denominado Direito Civil Constitucional, que nada mais é que o Direito Civil (todo e qualquer Direito Civil), lido à luz dos princípios e valores constitucionais, começando pela própria dignidade humana.

A contemporaneidade presenciou a substituição do Código Civil de 1916 pelo Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), o qual, necessariamente, menos talvez que o

anterior, impõe que sua leitura seja conjugada com os princípios, valores e ideologia constitucionais.

Sob este prisma é que os direitos da personalidade, que receberam codificação e recente inserção e tratamento específico no Diploma Jurídico Civil, devem ser lidos, entendidos e interpretados.

A partir do Segundo Pós-Guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deva constituir o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder, recebeu o *status* de dogma intangível.

Em nova fase, impôs o Estado a toda a ordem jurídica o imperativo respeito a valores essenciais do ser humano, como o primado da dignidade.

Do reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana decorre a salvaguarda dos direitos da personalidade, os quais configuram “um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa” (PINTO, 1996, p. 207), e incidem sobre sua vida, saúde, honra, liberdade e integridade psicológica e física.

A Constituição Brasileira, regulamentando a matéria, consagrou a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República (art. 1º, III), elemento orientador de toda a sistemática jurídica. Igualmente, tratou dele no Título VIII, intitulado “Da Ordem Social”, estabelecendo que o planejamento familiar deve fundar-se nos “princípios da dignidade humana e da paternidade responsável” (art. 226, § 7º) e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao idoso (art. 230, *caput*) e com, absoluta prioridade, à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*), dentre outros direitos, o respeito à dignidade.

Infraconstitucionalmente, os direitos da personalidade foram disciplinados no texto do Código Civil, nos arts. 11 a 21.

No art. 12, o legislador estabeleceu uma cláusula geral de direitos da personalidade, tratando da disposição ao próprio corpo (art. 13 ao 15), do direito ao nome ou pseudônimo (art. 16 ao 19), do direito à imagem (art. 20) e do direito à privacidade (art. 21).

Todas essas normas partem de uma mesma perspectiva hermenêutica, o de que o epicentro de uma comunidade politicamente organizada deve ser o homem.

Nesta ordem, o Estado não há de ser um fim em si mesmo, estando umbilicalmente ligado à satisfação das necessidades humanas, como, aliás, há mais de dois milênios, afirmou Aristóteles (1998, p. 53): “não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado [...]”. Essa inclinação para o bem-viver, denota a adoção, como valor básico do Estado democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

INGO WOLFGANG SARLET conceitua dignidade da pessoa humana como sendo:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o fez merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2006, p. 32).

Com efeito, é preciso entender que os direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, à imagem, à privacidade, assim os próprios direitos da personalidade são atraídos pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que terá o condão de, quando preenchida com os valores aplicáveis, realizar os próprios direitos fundamentais.

3. DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE

A personalidade é um atributo inerente ao homem. Nesta condição, o seu exercício não requer o preenchimento de qualquer requisito, nem depende do conhecimento ou vontade do ser humano. “Mesmo que o indivíduo não tenha consciência da realidade, é dotado de personalidade, pelo simples fato de ser pessoa” (PEREIRA, 2001, p. 142).

As pessoas, naturais ou jurídicas, são sujeitos dos direitos subjetivos, entes dotados de personalidade.

Como regra, os sujeitos dos direitos têm como característica fundamental a personalidade. Mas nem sempre é assim. Há alguns sujeitos de direito despidos de personalidade. Em outras palavras, há certos entes que, embora não sejam pessoas, são sujeitos de direitos e deveres por expressa força de lei, isto é, porque dotados de direitos e deveres pelo ordenamento. Exemplo seria o nascituro, ou seja, o feto em desenvolvimento. Não é pessoa, mas possui direitos desde a concepção, por força do art. 2º do Código Civil. Vemos, pois, que são ideias distintas: sujeito de direito e pessoa. Toda pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito será pessoa. Sujeito de

direito é todo ente ao qual se conferem direitos e deveres, é um centro de imputação de direitos e deveres. Pode ser uma pessoa, física ou jurídica, ou não.

O primeiro autor brasileiro a atentar para a distinção entre sujeito de direito e pessoa foi TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito* (2001, p. 154). Não desenvolve, porém, a teoria, o que coube a CLÁUDIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA, em seu texto *Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados* (2007, *passim*). Partindo dessa ideia fundamental, o autor mineiro demonstra que em nosso ordenamento existem vários sujeitos de direitos sem personalidade, como o nascituro, a massa falida e muitos outros.

Parece redundante dizer que personalidade seja atributo jurídico que dá a um ser *status* de pessoa.

Na realidade, há duas acepções para o termo personalidade. Na primeira acepção, é atributo jurídico conferido ao ser humano e a outros entes (pessoas jurídicas), em virtude do qual se tornam capazes, podendo ser titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas. A pessoa, por ser dotada de personalidade, é o elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas.

Numa segunda acepção, a personalidade é um valor, “o valor fundamental do ordenamento jurídico e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela” (PERLINGIERI, 1997, p. 155-156). Daí se falar em direitos da personalidade.

De qualquer forma, num primeiro momento a personalidade é invenção do Direito. Por isso dizemos que personalidade é atributo ou valor jurídico. A personalidade, em tese, não é natural. Tanto não é natural, que se atribui personalidade a entes não humanos, as pessoas jurídicas, que podem ser meros patrimônios, como as fundações. Quanto à personalidade humana, a questão é um pouco mais complexa. Sem sombra de dúvida, antigamente havia seres humanos aos quais o Direito não atribuía personalidade. Eram os escravos, considerados coisas perante o ordenamento jurídico. Hoje em dia, porém, o Direito não reconhece a escravidão e, com base nisso, podemos afirmar que todo ser humano é pessoa pela simples condição humana. Sendo assim, se a personalidade humana se adquire pela simples condição humana, podemos dizer que seja atributo natural, inato.

A personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascam com vida. Permanece por toda a existência do indivíduo, que só a perde com a

morte. Todo ser humano é pessoa, do momento em que nasça, até o momento em que morra. Nunca um ser humano poderá perder a personalidade, a não ser que se torne escravo, o que, em nossos dias, seria inconcebível. Logicamente, o mesmo não se dirá da personalidade digna, que infelizmente nem todos possuem, embora deveriam possuir, até por imperativo constitucional (art. 1º, III, CR).

Personalidade e dignidade deveriam ser sinônimos. Personalidade indigna deveria ser por nós vista como algo análogo à escravidão, ou seja, algo impensável em qualquer sociedade minimamente civilizada. A dignidade da pessoa humana é o maior objetivo das sociedades ditas civilizadas, mais até do que a própria felicidade, valor de caráter muito mais subjetivo e inalcançável. A dignidade, por outro lado, tem natureza mais objetiva, material, sendo plenamente conquistável, como o demonstram vários países, dentre os quais a Suécia, a Finlândia, a Islândia, o Canadá, a Austrália, a Dinamarca, a Suíça, a Alemanha, uns mais outros menos, evidentemente.

Personalidade sem dignidade é personalidade incompleta, pois que a dignidade é um dos principais atributos da personalidade, ao lado da capacidade, do nome, do estado, da liberdade, da intimidade, dentre muitos outros.

Ligada, então, à ideia de personalidade está a capacidade. Capacidade é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações.

Esta aptidão pode ser um mero potencial ou um poder efetivo. Se for mero potencial, teremos a capacidade de Direito, também chamada de capacidade jurídica, legal ou civil. Se for poder efetivo, teremos a capacidade de fato, também chamada de capacidade geral ou plena.

Capacidade de Direito é, portanto, o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil. Toda pessoa tem o potencial para exercer a vida civil, ou seja, celebrar contratos, casar-se, agir em juízo, votar, ser votado, enfim, praticar todos os atos do dia a dia em geral. Concluindo, podemos dizer que o recém-nascido possui a capacidade de Direito, e também o deficiente mental, ou a pessoa esclerosada. Todos, sem exceção, a possuímos.

Se todos possuímos capacidade de Direito, isso não quer dizer que todos possamos, de fato, exercer os atos da vida civil. É evidente que o recém-nascido, o deficiente mental ou a pessoa esclerosada não o podem. Desse modo, vemos que, além da

capacidade de Direito, ou seja, desse mero potencial, é necessário, para o exercício da vida civil, o poder efetivo, real, que nos é dado pela capacidade de fato.

Podemos dizer, portanto, que *capacidade de fato é o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil.*

É em relação à capacidade de fato, que se classificam as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes.

Frise-se, assim, que capacidade de Direito não se confunde com capacidade de fato (ou de exercício).

A capacidade de direito atribuída a todos, como atributo inerente à pessoa, diverge, da capacidade de exercício que pode ser limitada, por razões orgânicas ou psicológicas, situação em que a pessoa não pode exercer pessoalmente seus direitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002, p. 94).

Como veremos, a limitação da capacidade de exercício, conforme a ordem jurídica vigente, impõe a necessidade de outorga a terceiros do dever de representação ou de assistência, dependendo da intensidade e do grau da respectiva limitação, impondo, em alguns casos, a necessidade de declaração judicial da interdição de determinadas pessoas.

Finalizando, não há confundir capacidade com personalidade e com o *status* de sujeito de direito. Pessoa é o ente dotado de certas características conferidas pelo ordenamento jurídico, em virtude das quais passa a participar, ativa e passivamente, da vida política, econômica e social de determinado Estado, na condição de titular de direitos e deveres. A pessoa pode ser física (natural) ou jurídica, cada qual com suas características, ambas, porém, titulares de direitos e deveres, isto é, ambas sujeitos de direito. A capacidade é a medida da personalidade. É um dos principais atributos da pessoa. A personalidade é um valor; a capacidade é a medida desse valor, traduzindo-se, pois, num *quantum*, que pode ser graduado. Um indivíduo pode ser mais ou menos capaz (como vimos, há três graduações na capacidade: incapacidade absoluta, incapacidade relativa e capacidade plena), mas, seguramente, não pode ser mais ou menos pessoa. Segundo Francisco Amaral, “a personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece aos indivíduos, [...], materializando-se na capacidade de direito. [...] Enquanto a personalidade é valor ético, que emana do indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor”

(AMARAL, 2003, p. 220; no mesmo sentido FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 189-190). A capacidade de Direito materializa a pessoa, tornando-a sujeito de direito, e a capacidade de fato realiza a pessoa, habilitando-a ao exercício efetivo da subjetividade, ou seja, dos direitos e deveres.

Sujeito de direito, por outro lado, é todo ente ao qual se conferem direitos e deveres, é um centro de imputação de direitos e deveres. Pode ser uma pessoa, física ou jurídica, ou não. O nascituro é um sujeito de direitos, mas não tem personalidade, por expressa opção do art. 2º do Código Civil. O mesmo se diga da massa falida ou da herança vacante.

Por fim, uma última pergunta: a subjetividade confunde-se com a capacidade? Com a capacidade de Direito, sim. Sem dúvida, ser sujeito de direito significa ser titular de direitos e deveres e, portanto, ser dotado de capacidade de gozo, ou de Direito. A capacidade de Direito, ou subjetividade, é, assim, a materialização da pessoa, mas não só dela; é também a materialização de outros entes sem personalidade, que passam a gozar de direitos e deveres. Ao revés, a subjetividade não se confunde com a capacidade de exercício, que é a realização da personalidade. É característica exclusiva das pessoas.

“O direito privado moderno rege-se pelo princípio da capacidade total de direito, em que todos os homens têm capacidade de direitos”. (MIRANDA, 2000, p.211).

Abaixo trataremos de algumas situações que denotam a necessidade de revisão das incapacidades em nosso Direito.

4. DO TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO ÀQUELES QUE POR DEFICIÊNCIA MENTAL TENHAM O DICERNIMENTO REDUZIDO

A crítica ao sistema das incapacidades deve começar pela própria redação do Código Civil, que desdobra em muitos incisos o que poderia agrupar em alguns poucos, deixando ao intérprete, no caso concreto, a solução de problemas fatuais. Aliás, assim já ocorre, ficando patenteada, pois, a absoluta falta de técnica por parte do legislador.

Destarte, em vez tentar malogradamente dispor de cada uma das categorias dos incapazes, como se isso fosse possível, deveria o legislador ter-se resumido a categorias mais genéricas, como a dos que fossem privados, ainda que transitoriamente, do discernimento; ou dos que, ainda que por razão transitória, tivessem o discernimento reduzido. Essa seria técnica muito melhor do que descer em minúcias, por vezes redundantes, e se referir àqueles que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido, para, logo a seguir, cuidar dos

excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Parece-me haver certa redundância nos dois incisos. No mesmo inciso II do art. 4º, há outro pleonasma, quando o legislador se refere ao viciados em tóxicos e aos ébrios habituais, como se fossem categorias distintas. Na verdade, o que se vê, é que em todas essas categorias, haverá incapacidade relativa, caso o indivíduo tenha, ainda que por causa transitória, a capacidade reduzida. O art. 3º, que trata da incapacidade absoluta está, diga-se de passagem, muito mais bem alinhavado. Em vez de descer em minudências sem sentido, o legislador simplesmente se refere às pessoas despidas do discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, seja por enfermidade ou por deficiência mental, mesmo que por causa transitória.

Bem, o Código Civil de 2002, art 4º, II, dispõe que aqueles que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, são considerados relativamente incapazes. Acrescentem-se a eles, por os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, pelo simples fato de poderem também eles ser deficientes mentais, com o discernimento reduzido. Resumindo, é certo que determinadas doenças ou estados psicológicos do organismo humano reduzem a capacidade da compreensão da vida e do cotidiano.

Na hipótese, a causa incapacitante reside numa patologia ou num estado psíquico que obviamente reclamam comprovação pericial médica, demonstrando a redução do discernimento para os atos da vida civil.

Com efeito, face à redução de discernimento, essas pessoas não poderão praticar os atos da vida civil, sem a devida assistência de curador, conforme preleciona o art. 1.767, III do Código Civil.

Para a nomeação do curador, é necessária ação específica, com procedimento especial de jurisdição voluntária. É a chamada ação de interdição ou curatela dos interditos, “instrumento pelo qual se investiga e se declara a incapacidade de pessoa maior (portadora de anomalia psíquica ou prodigalidade, surdo-mudo, sem educação que o habilite a anunciar sua vontade e toxicômanos) para o fim de ser representada ou assistida por curador” (DONIZETTI, 2008, p. 617).

Ocorre que a decisão judicial de interdição/curatela, por sua natureza, pode conflitar com os valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa e inerentes ao direito de personalidade, tais como, liberdade e privacidade.

É nesse aspecto que se propõe a respectiva revisão do modo pelo qual o instituto da interdição/curatela é tratado, não se focando apenas nos interesses e relações patrimoniais que o interdito mantenha, mas que se estabeleça como mecanismo de garantia do exercício de sua personalidade digna, como meio de efetivação da dignidade do próprio interdito.

Sob este prisma, a interdição somente é justificável, em ótica civil constitucional, em nome das próprias necessidades do interdito. E essas necessidades “devem ser compreendidas em função de seus interesses, devendo ser respeitadas como manifestação de seu livre desenvolvimento e de vida” (FARIAS; ROSENVOLD, 2009, p. 612).

Cumpra destacar, como bem asseveram CRITIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVOLD em sua obra:

que o direito à igualdade substancial e à não discriminação, assegurados constitucionalmente, ganham cores, tons e matizes bastante nítidos quando se trata de pessoa com transtorno mental. Ao contrário do que sugere o Código Civil (que em visão simplista, permite a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma conformação mental diferenciada), o direito constitucional à igualdade trás a reboque à irregularidade, que não é outra coisa, senão o direito de ser diferente (2009, p. 613).

Assim, a interdição/curatela deve ser entendida e analisada em cada caso, verificadas todas as particularidades e principalmente as circunstâncias de caráter pessoal do interdito, flexibilizando o grau de incapacidade jurídica da pessoa, limitando e restringindo o atuar do curador àquelas situações de severa e extrema necessidade. Isto porque a não observância dessas condições poderia privar o interdito do exercício de seus direitos fundamentais, inerentes à sua condição de ser humano, tais como, constituir família, exercer a sexualidade, trabalhar e se educar.

O juiz deverá, conseqüentemente, zelar para que a interdição não seja uma espécie de morte civil para o incapaz, reservando a ele, na medida do possível, um espaço de liberdade e dignidade, mesmo na esfera patrimonial.

5. DOS ÉBRIOS HABITUAIS E DOS VICIADOS EM TÓXICOS

Outras duas figuras que reclamam a necessidade de interdição nos termos do Código Civil vigente, são os ébrios habituais e os toxicômanos. A ideia é a de que os primeiros seriam incapazes em razão da possibilidade de serem acometidos por alucinações, em decorrência da deterioração mental alcoólica ou ainda do embrutecimento da mente, porquanto os segundos

por apresentarem dependência química, ou seja, vício consistente no uso reiterado de tóxicos e entorpecentes, que lhe retirem a faculdade cognitiva e orientação quanto ao tempo e espaço.

Na verdade, a não ser que me esteja escapando algo muito profundo, a distinção não faz o menor sentido. Em outras palavras, são todos eles viciados em substâncias tóxicas, inclusive e talvez principalmente os ébrios habituais, considerados alcoólatras na acepção mais perfeita da técnica médico-psiquiátrica e psicológica. O alcoólatra, isto é, o viciado em álcool nada mais é do que o ébrio habitual. E o álcool é uma das substâncias tóxicas (uma das drogas) mais nefastas e perigosas, principalmente por ser socialmente aceita e até promovida.

A Lei Antidrogas prevê que o agente considerado inimputável (por não entender, em razão da dependência, o caráter ilícito do crime) deve ser encaminhado pelo juiz a tratamento médico (art. 45). O magistrado poderá determinar ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (art. 28, § 7º, Lei 11.343/06).

O Decreto 891/38, produzido pelo Governo Vargas, continua em vigor e permite que os toxicômanos ou intoxicados habituais sejam submetidos a internação obrigatória ou facultativa, por tempo determinado ou não. A medida tem cabimento, sempre que se mostre como forma de tratamento adequado ao enfermo ou conveniente à ordem pública e será efetivada em hospital oficial para psicopatas ou estabelecimento hospitalar submetido à fiscalização oficial. O pedido pode ser formulado pela autoridade policial, pelo Ministério Público ou, conforme o caso, por familiares do doente.

Paralelamente, como medida de restrição a atos da vida civil, o Código Civil também prevê a possibilidade de interdição desses viciados, seja em álcool ou noutra substância nociva, como o *crack* ou a cocaína (art. 1767, inc. III, CCB).

Percebemos, de forma clara e evidente que os ébrios habituais e os demais viciados em tóxicos não são incapazes civilmente, na acepção mais básica do termo, mas, sim, incompetentes, entendida a competência como a faculdade de compreender a gravidade do respectivo vício e pelas próprias forças pretenderem o respectivo tratamento.

Desse modo, na medida do possível, deve-se evitar sua interdição, uma vez que essa medida revela-se demasiadamente gravosa a seus direitos de personalidade, bastando-lhes apenas a atribuição aos familiares da possibilidade de recorrer ao Judiciário de forma mais facilitada, solicitando a respectiva internação, ainda que compulsória.

6. DOS IDOSOS

No que concerne aos idosos, tanto podem ser absolutamente incapazes, como relativamente, desde que seu discernimento esteja ausente ou reduzido, respectivamente. Evidentemente, não se pode imbecilizar o idoso, presumindo sua incapacidade, como o faz o art. 1.641, II do Código Civil, que impõe ao maior de 70 anos a obrigatoriedade de casar-se sob o regime de separação obrigatória de bens.

A presunção é absurda e completamente contrária as orientações constitucionais vigentes. A separação patrimonial imposta a pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar-lhe o “golpe do baú”.

A norma de natureza elitista e discriminatória, destinada à proteção patrimonial de uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenas, em contra partida um número bem maior de brasileiros.

E nesse sentido, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROOSEVALD:

Ora, promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade humana (2009, p. 358).

Deste modo, a avançada idade (e 70 anos nem é tão avançada assim) não pode servir como causa natural de incapacidade. A contradição é patente. Por um lado, diversas atividades e até cargos de natureza pública podem ser ocupados por pessoas com idade superior ao patamar sugerido legalmente, mas por outro lado, essas pessoas não podem optar por seu regime de bens livremente. Podem exercer o cargo de Presidente da República, mas não podem optar pelo regime de bens de seu próprio matrimônio.

Essa disposição clama por necessária revisão, sendo imperiosa sua retirada do ordenamento jurídico, para adequação à ordem civil constitucional vigente. A senectude, por si só, não implica incapacidade, por mais idosa que a pessoa seja, em razão da necessária compreensão restritiva do rol limitador da plena capacidade, dispostos nos arts. 3º e 4º do

Código Civil. Aliás, a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) estabelece especial proteção para a pessoa maior de 60 anos, como expressão da universalização do exercício da cidadania.

Sem nenhum embargo, vislumbramos a clara e manifesta inconstitucionalidade da norma limitativa ao direito do idoso, em flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la a uma tutela reducionista, além de estabelecer uma restrição e presunção de que a Constituição não tratou e não disciplinou.

7. DOS PRÓDIGOS

Os pródigos, concebidos pelo Código Civil de 2002 art. 4º, IV, como relativamente incapazes, são aqueles que, desordenada e compulsivamente, gastam os seus haveres, dilapidando seu patrimônio, de modo a comprometer sua subsistência ou a daqueles que deles dependam.

A doutrina vem sedimentando entendimento no sentido de que a prodigalidade constitui um desvio comportamental que, refletindo-se no patrimônio individual, culmina por prejudicar, ainda que por via oblíqua, a tessitura familiar e social, justificando neste aspecto, a interdição na forma do art. 1.767, V do Código Civil.

Neste trabalho, entendemos, que a prodigalidade não constitui, tecnicamente e por si só, causa incapacitante. É com lastro na dignidade humana, que não se consegue conceber que alguém seja interditado apenas porque despenda seu patrimônio desordenadamente. Trata-se de uma intervenção estatal na autonomia privada, impedindo o indivíduo de conferir a destinação que melhor lhe aprouver a seu patrimônio. Essa norma implica uma exacerbada valorização do patrimônio em detrimento da essência da pessoa, concepção, não contemplada pela ordem constitucional vigente que sagrou o homem como epicentro da tutela jurídica e instituiu como princípio fundamental da República a dignidade da pessoa humana.

JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELES sobre o assunto indagou: “será que a pessoa (o pródigo) não é feliz assim? Será que não passou a vida inteira aguardando por este momento, de poder gastar tudo o que economizou? Será que é possível depreender uma falta de discernimento somente porque o seu olhar para a vida não tem o viés econômico que o sistema pretende como seguro?” (2008, p. 203).

Existem pessoas com um volume de gastos maior e outras mais econômicas e não parece que aquelas sejam inferiores ou menos capacitadas que estas, nem menos felizes ou infelizes.

Nas palavras de NELSON ROSENVALD:

a interdição por prodigalidade afigura-se muito mais como uma punição do que proteção. Até porque o que se protege na interdição do pródigo é o patrimônio, e não a pessoa. Em sendo assim, com base na proteção avançada da dignidade humana, entendemos descabida a afirmação de que a prodigalidade implica em incapacidade (2009, p. 347).

Desta maneira, tendo em foco a dignidade do titular e o direito de dispor do que seja seu, é de se inferir que a incapacidade do pródigo somente poderá e deverá ser reconhecida, quando seus gastos desordenados comprometerem a si mesmo e a sua dignidade ou, e talvez principalmente, a das pessoas que dele dependam, como seus filhos, por exemplo.

8. CONCLUSÃO

A necessária revisão da teoria das incapacidades ora apresentada consiste no fato de ter o legislador planejado e instituído este instituto no intuito de conceber a proteção ao incapaz ante a falta ou diminuição do discernimento para administrar pessoalmente os seus interesses, tomando o conceito principalmente sob o viés econômico/patrimonial.

Reduzir a questão a sua natureza meramente patrimonial reduz o ser humano ao seu patrimônio, passando ele a ser analisado, julgado e gerido pelo que tenha e não pelo que realmente seja. Trata-se de uma coisificação do ser.

Sob este prisma é que se revela necessária a reforma da teoria das incapacidades, colocando o ser humano no epicentro e regulando sua proteção, de forma a viabilizar o exercício de seus direitos fundamentais, garantindo-lhe uma vida pautada pela dignidade e respeito.

Não que o patrimônio não seja importante. Sem dúvida é. Sem o pão de cada dia, seria hipocrisia falar em dignidade. O que se deve ressaltar, todavia, é que para além do patrimônio, o incapaz é um ser humano dotado de direitos fundamentais, de personalidade ativa, viva, que não pode ser abafada. Por outros termos, em nome da incolumidade patrimonial, não se pode decretar a morte civil do incapaz.

Além disso, não se pode mais conceber, que a simples decretação da interdição seja suficiente para proteger o incapaz. Ao contrário, deve o juiz, analisando as circunstâncias de

cada caso, optar, por medidas que efetivem e possibilitem o exercício pessoal pelo incapaz de seus direitos fundamentais.

Na verdade, a questão é muito mais prática do que teórica, daí o porquê até do título deste trabalho. Como está redigida, a Lei permite perfeitamente ao juiz, na sentença, moldar os efeitos da interdição, conferindo maior ou menor amplitude à incapacidade e aos atos que o incapaz possa ou não praticar, tanto na esfera patrimonial, quanto na existencial, mesmo porque são duas esferas intimamente conexas. Que o Código Civil necessite reforma é desnecessário dizer, mas reforma muito maior, pelo menos em sede de incapacidades, necessita a prática judicial. Evidentemente, o patrimonialismo não se restringe à prática judicial. É também legal, o que fica evidente com o tratamento dado aos maior de 70 anos, que não pode casar sob regime que não seja o da separação de bens, embora possa exercer os mais altos cargos da República. E não se diga estar a doutrina imune a críticas. Tampouco ela, é bom que se frise, vem-se preocupando muito em destacar os aspectos existenciais da tutela dos incapazes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 17. ed., São Paulo: RT, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, I.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, tomo I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, I.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo código civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7312>>. Acesso em: 22 out. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.