Um critério contemporâneo para a pronúncia da incapacidade civil

Un criterio contemporáneo para el pronunciamiento de la incapacidad civil

A contemporary criterion for the pronouncement of civil inability

O artigo sustenta a inadequação da antiga distinção, capacidade de direito e de fato, tradicionalmente usada para dar conta das situações patrimoniais, em situações extrapatrimoniais. É destacada a insuficiência do critério do discernimento, aplicado nas questões de natureza patrimonial, para aquelas de cunho existencial. É sugerida, também, a utilização da técnica da ponderação de interesses no curso das interdições civis e o uso do critério da dignidade da pessoa humana, como único critério substantivo apto a assegurar uma medida proporcional ao caso concreto e compatível com o livre desenvolvimento da pessoa humana.

This essay sustains the inadequation of the ancient distinction, known as right capability and in fact, traditionally used concerning patrimonial situations, in extrapatrimonial situations. We distinguish insufficient judgement patterns, applied to patrimonial quarrels from those of existential ones. We suggest, as well, to apply consideration technics during civil interdictions process and to use dignity of human being discernment as the only substantial way of assuring a proportional measure for real cases and compatible to a free human being development.

El artículo plantea la inadecuación de la antigua distinción, capacidad de derecho y de hecho, tradicionalmente usada para solucionar las situaciones patrimoniales, en situaciones extra-patrimoniales. Se destaca la insuficiencia del criterio del discernimiento, aplicado en las cuestiones de naturaleza patrimonial, para aquellas de cunho existencial. Se sugiere también la utilización de la técnica de la ponderación de intereses en el curso de las interdicciones civiles y el uso del criterio de la dignidad de la persona humana, como único criterio sustantivo apto a asegurar una medida proporcional al caso concreto y compatible con el libre desarrollo de la persona humana.

Palavras-chave: direito, incapacidade civil, distinção contemporânea.

Autor:

Prof.ª Célia Barbosa Abreu

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Introdução ao Direito e de Direito Civil da Unesa. Professora de Introdução ao Direito, Civil e Empresarial da Unilasalle. Autora das obras: Curatela & Interdição Civil e Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva & o Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro, ambas publicadas pela Editora Lumen Juris, além de artigos doutrinários, nas áreas cível e empresarial.

E-mail: celiababreu@terra.com.br

O artigo compreende um aprofundamento das reflexões que foram objeto da tese de Doutorado em Direito Civil, defendida em 24.03.08, junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A capacidade civil

A doutrina clássica diferencia a capacidade de direito ou de gozo em relação à capacidade de fato ou de exercício. A primeira corresponde à aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, que toda pessoa humana tem, bastando, para tal, nascer com vida. Já a segunda, nem todos os seres humanos a detêm; consiste na capacidade de estar à frente de seus próprios direitos

e obrigações. Nesse sentido, a capacidade de direito é simples condição de gozo, uma posição estática, ao passo que a capacidade de exercício denota uma atividade dinâmica, compreendendo o poder de pôr em movimento os direitos¹.

A capacidade de direito reclama somente a condição de existência da pessoa, nasce com a personalidade e é considerada comum a todos os seres humanos. Já a capacidade de fato não corresponde a todos aqueles que podem ter direitos, na medida em que exige determinada aptidão espiritual: a aptidão necessária para formar volições (capacidade volitiva); ou seja, a capacidade de fato pressupõe a capacidade de querer².

A capacidade de exercício ou de fato não se confunde com a legitimação. Trata-se de característica que pode ou não estar presente na pessoa humana, enquanto a legitimação diz respeito à situação em que se leva em conta a existência de uma relação entre determinado bem e certa pessoa, como nas hipóteses contidas nos artigos 496 e 497 do CC/2002. Capaz é aquele que se acha no pleno exercício de seus direitos, isto é, detém tanto a capacidade de direito ou de gozo quanto a capacidade de exercício ou de fato.

Caio Mário da Silva Pereira escreve que alguns casos consubstanciam situações de impedimento para a prática de certos atos jurídicos, mas não traduzem incapacidade de exercício, pois é conservado o exercício dos direitos civis. Apenas por uma razão de moralidade, alguns indivíduos são atingidos por restrição limitada a determinados atos. Logo, é preciso não

¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, V. 1: Sujeitos e Objecto, 1997, p. 32.

² VIANA, Marco Aurélio da S. Curatela, interdição e os loucos de todo gênero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 100-101.

se confundir a ausência de legitimidade para atos específicos com a incapacidade de fato³.

Em suma, a capacidade de direito é algo estático, decorrente do ordenamento jurídico, conferido às pessoas humanas ou aos grupos de modo legalmente estabelecido. A capacidade de fato é algo dinâmico, a aptidão da pessoa para praticar atos da vida civil. A legitimidade é o poder da pessoa de atuar concretamente em determinadas relações jurídicas⁴.

A capacidade civil não se confunde com a penal, eleitoral ou militar. A ausência de capacidade eleitoral, oriunda da perda dos direitos políticos, não retira a capacidade civil. A incapacidade civil, sim, acarreta a perda ou a suspensão dos direitos políticos (artigo 15, inciso II da CRFB/1988). Além disso, nos casos de privação provisória do poder de dispor dos bens, como ocorre com o indivíduo submetido à insolvência civil, não é afetada a capacidade civil, embora incida restrição temporária à administração de bens⁵.

De acordo com os manuais de Direito Civil, os incapazes são aqueles que, embora dotados de capacidade de direito ou gozo, não têm capacidade de fato ou exercício, ou a têm em grau reduzido, comparativamente às demais pessoas. Os casos de incapacidade vêm sempre previstos em lei, em dispositivos de ordem pública. A capacidade é a regra, a incapacidade é a exceção.

Conforme os transtornos mentais sejam mais ou menos graves, seus portadores são graduados pela ordem jurídica em absolutamente incapazes ou relativamente incapazes, sendo atribuídas conseqüências diversas para os atos jurídicos por eles praticados. Os absolutamente incapazes são tidos como completamente inábeis para a vida civil, ao passo que os relativamente incapazes são dotados de parcial aptidão para a prática de atos civis. A incapacidade total para atos da vida civil é suprida através do instituto da representação, enquanto a incapacidade relativa é suprida pela assistência⁶.

Orlando Gomes escreve que a lei priva da capacidade aqueles que ela *presume* não tenham discernimento necessário para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos. Logo, a incapacidade não tem a mesma *extensão*. Afirma também a existência de uma *incapacidade natural*, definida como a incapacidade de entender e de querer, que não está judicialmente declarada⁷.

Quanto à lição do autor, duas observações devem ser feitas. Primeira, a de que o que a lei traz não é propriamente uma "presunção" de incapacidade; afinal, a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção, tanto assim que para a declaração da incapacidade de uma pessoa é necessária prova cabal nesse sentido. O que a lei apresenta são critérios legais de incapacidade, os quais vêm dispostos no CC/2002 nos artigos 3º e 4º. Segunda,

merece atenção a expressão *incapacidade natural*, por vezes utilizada na doutrina, correspondente à "incapacidade de entender e de querer, que não está judicialmente declarada"⁸. Aqui, cabe a mesma consideração anteriormente feita: sendo certo que a capacidade é a regra e dependendo a incapacidade de prova e de declaração judicial, não parece apropriado mencionar a existência da denominada *incapacidade natural*.

Partindo da consideração de que o instituto das incapacidades traz consigo a idéia de proteção, Jussara Maria Leal de Meirelles e Eduardo Didonet Teixeira afirmam que no Brasil se admite, ainda que doutrinariamente, a *existência de uma incapacidade natural*, consubstanciada na incapacidade de entender e de querer, que não está judicialmente declarada. Afirmam que pode faltar capacidade natural sem haver incapacidade legal, pelo fato de o incapaz não estar interditado. A admissibilidade da incapacidade natural, no entender dos escritores, é necessária para as hipóteses em que se chocarem os interesses do incapaz com os daquele que com ele contratou. Em tais situações, para se legitimar a faculdade de pedir a nulidade do ato praticado, são necessárias, de um lado, a incapacidade natural de entender e de querer, e, de outro, a comprovação de grave prejuízo ao que manifestou a vontade sem ter condições adequadas de consentir, além da má-fé do outro contratante. Consideram relevante dizer que, na incapacidade natural, o dado natural deverá corresponder às hipóteses legais, haja vista não ser admissível a interpretação extensiva no regime de incapacidades. Os autores ponderam ainda que a incapacidade de aquele que foi interditado se dará "nos estritos limites legais", sendo certo que para os portadores de transtorno mental esses limites advêm das "enfermidades que impossibilitem ou dificultem o discernimento e/ou a sua manifestação"⁹.

Jussara Maria Leal de Meirelles afirma a necessidade de se reconhecer a incapacidade sem interdição (incapacidade natural), chamando a atenção para o fato de o legislador civil, no artigo 3º, inciso III, ter feito referência à hipótese da causa transitória que impossibilita a manifestação de vontade sem sujeitar à curatela aquele que, por qualquer motivo, ainda que não permanente, teve impedida a sua expressão de vontade, conforme se constata da leitura da norma do artigo 1.767, inciso II do CC/2002¹⁰.

Em relação aos posicionamentos acima, são válidas algumas ponderações. Primeira, a de que, se, por um lado, a noção de incapacidade natural parece ser útil para resguardar os interesses patrimoniais do incapaz, por outro, hoje tem se caminhado no sentido de intervir o menos possível na sua autonomia, prevalecendo o entendimento de que seus direitos fundamentais e sua dignidade devem ser respeitados e, simultaneamente à garantia de direitos, existem também deveres que deverá suportar. Atualmente, por exemplo, quando o patrimônio do responsável é insuficiente para arcar com uma indenização devida, executam-se os bens do incapaz (artigo 928 do CC/2002). Da mesma forma, existem decisões que acolhem o entendimento segundo o qual, a despeito de a pessoa estar curatelada, desde que isso não afete suas condições de sobrevivência e o cuidado com sua saúde, inexistente motivo para que ela deixe de assumir as

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil; teoria geral de Direito Civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, V. I, 2004, p. 271-272.

⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231.

⁵ FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O novo Código Civil anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5-6.

⁶ Apropriadamente, observa Wanderlei de Paula Barreto a necessidade de se entender essa regra *cum grano salis*, na medida em que existem direitos que podem ser adquiridos e exercitados pessoal e autonomamente pelo absolutamente incapaz, tais como alguns direitos da personalidade (vida, integridade física, saúde), além de direitos adquiríveis por meio de atos-fatos (ocupação, especificação, direitos autorais), para os quais a lei não exige sequer capacidade relativa (BARRETO, Wanderlei de Paula. *Incapacidade absoluta*. In: CAMBLER, Everaldo Augusto et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro, parte geral*. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, V. I, 2005, p. 53-54).

⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Coord. Edvaldo Brito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 153-154.

⁸ *Loc. cit*

⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena et al. (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 352.

¹⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, V. II, p. 614.

obrigações que lhe caibam, tais como pensão alimentícia para seus dependentes legais, uma vez comprovado o binômio necessidade-possibilidade. Logo, há que se ter grande cautela antes de afastar responsabilidades daquele que não foi declarado incapaz, visto que o fato de existir um dado natural que lhe repute transtorno mental pode não significar necessariamente que ele esteja incapacitado de assumir deveres jurídicos.

Essa *necessária cautela* é destacada por Jussara Maria Leal de Meirelles, quando aponta que a substituição da vontade em casos especiais (como, por exemplo, os de portadores de transtorno bipolar de humor), que não são de interdição, nem plena nem relativa, *requer análise criteriosa*. Comenta a autora que, na lei portuguesa, a caracterização dessa incapacidade exige a presença de fato notório ou conhecido da outra parte. Tal pressuposto se justifica porque a incapacidade natural, diversamente da incapacidade de exercício judicialmente declarada, não é levada a registro, não tem assentamento algum. Portanto, *é em nome da segurança das relações jurídicas* que se impõe a notoriedade do fato impeditivo ou o seu conhecimento pela outra parte¹¹.

Outra questão a ser considerada consiste no fato de que essa noção de incapacidade natural não pode ser levada em conta em se tratando de situações existenciais, sob pena de violação dos direitos fundamentais do cidadão.

Por último, vale aduzir que o recurso à adoção da noção de incapacidade natural para salvaguardar os interesses do incapaz, na forma antes suscitada, evidencia a *insuficiência do critério do discernimento no regime de incapacidades até mesmo para as situações patrimoniais*, tanto assim que os autores supracitados mencionam a necessidade de estarem presentes, para a admissibilidade da incapacidade natural, não só o dado natural que compromete o discernimento, mas também o prejuízo para o incapaz e a má-fé do outro contratante.

O descabimento da dicotomia capacidade jurídica-capacidade de agir nas situações extrapatrimoniais

Numa perspectiva contemporânea, somente para os interesses patrimoniais é justificado isolar o momento da titularidade do direito (isto é, o gozo) daquele da sua atuação (o chamado exercício). O mesmo não ocorre em relação aos interesses existenciais. Quando se cuida de direito conferido ao homem com a finalidade de promover seu desenvolvimento enquanto pessoa humana, não há sentido em reconhecê-lo abstratamente sem lhe conceder também a possibilidade de exercê-lo. Essa observação concerne não apenas a situações definidas como direitos personalíssimos, mas também a atos ou negócios que representam seu exercício, assim como os inúmeros direitos e liberdades fundamentais consagrados no texto constitucional¹².

Nesse sentido, Francesco Prosperi recusa a concepção da capacidade de agir como “qualidade jurídica geral do sujeito, preliminar para qualquer ato ou comportamento”¹³, que impede uma avaliação pontual dos interesses essenciais da pessoa em relação à situação concreta em que opera. Escreve que a operatividade da dicotomia capacidade jurídica-capacidade de agir deve ser limitada exclusivamente ao âmbito das relações patrimoniais, uma vez que, no âmbito dos direitos concebíveis com o objetivo da pessoa humana, não tem valor algum reconhecer abstra-

tamente um deles sem conceder à pessoa a possibilidade de exercê-lo imediatamente¹⁴.

Entretanto, ressalva Francesco Prosperi que, em certos casos, nem mesmo direitos fundamentais podem ser exercidos diretamente por seu titular, em razão de sua absoluta incapacidade para prover seu próprio cuidado. Cita o autor como exemplo o direito à saúde, reconhecido evidentemente até para uma criança recém-nascida, que, todavia, não tem como exercê-lo por si mesma¹⁵.

Pietro Perlingieri atenta também para a distinção entre a incapacidade de agir e a incapacidade de entender ou de querer. A incapacidade de agir configura uma posição jurídica da pessoa, enquanto a incapacidade natural seria a efetiva não-capacidade para entender e/ou querer o ato a ser realizado e, portanto, se apresentaria como mera situação de fato. Aduz o autor que *a causa geradora da incapacidade de entender ou de querer pode ser não apenas uma real alteração da psique, mas também qualquer situação que concorre para perturbar a esfera afetiva e emocional do indivíduo, de tal forma que lhe retira, mesmo que transitoriamente, a capacidade natural*. Assim, *não é preciso que a inteligência ou a vontade (ou ambas) sejam anuladas; é suficiente que sejam perturbadas, impedindo a séria avaliação dos próprios atos e a formação de uma vontade consciente*¹⁶.

Um caso que, exemplificativamente, permite pensar não numa alteração da psique, mas sim numa perturbação ocorrida na esfera afetiva e emocional da pessoa, possivelmente retirando-lhe transitoriamente a capacidade natural foi ocorrido em Orlando, EUA, envolvendo a astronauta americana Lisa Nowak, em 2006. Lisa dirigiu 1.529 quilômetros, de Houston até Orlando, para agredir Colleen Shipman, que considerava uma concorrente na disputa pelo afeto do astronauta Bill Oefelein. A astronauta fez a viagem usando peruca preta, óculos escuros e fraldas, para não ter que parar para urinar. Em seu histórico de vida, não existem dados de transtornos mentais, ao revés, levou até aquela ocasião, uma vida bastante produtiva em diversos planos, é casada, tem três filhos, é capitã da Marinha, tendo se tornado astronauta em 1996 e esperado cerca de dez anos pelo seu primeiro voo ao espaço. Na próxima missão espacial, ela deveria ser a principal comentarista, um papel importante para os astronautas que ficam em terra.¹⁷

Faz-se necessário questionar o fundamento de normas ditadas não no interesse dos incapazes, mas no da coletividade. É exemplo de injustificável limitação o caso do interditado que não pode cumprir determinados atos, até mesmo de natureza não-patrimonial. Afinal, a justificativa para limitar a capacidade de uma pessoa não pode ser arbitrária; deve estar baseada na tutela de sua personalidade.¹⁸

É preciso compreender que o princípio constitucional da igualdade não se esgota na capacidade jurídica ou na aptidão para ser titular de uma situação jurídica. Tal princípio “só tem valor enquanto encontra efetiva atuação – refere-se também à capacidade de agir; assim que a desigualdade desta última deve ser

¹¹ Loc. cit.

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 122.

¹³ PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. *Rassegna di Diritto Civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, n. 4, 1997, p. 835.

¹⁴ PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status, cit., p. 835.

¹⁵ Ibid., p. 842-843.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Civile*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 68.

¹⁷ ASTRONAUTA AMERICANA É LIBERTADA SOB FIANÇA. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/reuters/2007/02/06/ult729u64565.htm>. Acesso em: 06 fev, 2007.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Università degli Studi di Camerino. Scuola di perfezionamento in diritto civile. Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 139-141.

sempre justificada com uma melhor realização da personalidade¹⁹. Não é possível aceitar a limitação da capacidade de agir, ou seja, a desigualdade, tendo em vista fins patrimoniais, e não pessoais. Trata-se do problema da tutela da personalidade, cujo estudo deve ir além do método tradicional, isto é, deve ser ampliado, já não sendo passível de exame no âmbito exclusivo da capacidade jurídica. Deve ser ligado aos perfis da *liberdade*, comumente considerados de natureza publicista²⁰.

A insuficiência do critério do discernimento

O critério da falta de discernimento, aplicado às situações patrimoniais, não é adequado para a solução das situações existenciais, por diversas razões a seguir demonstradas.

Antes de mais nada porque a pessoa humana é valor unitário e fundamental da ordem jurídica, não comportando fragmentações.²¹ O ser humano não pode ser visto apenas sob o enfoque de sua integridade psíquica, possui uma integridade humana, que compreende hoje, em sentido amplo, não só a integridade psico-física, mas também uma integridade social, decorrente do seu direito à inclusão social, e, até mesmo ambiental, consubstanciada no direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual restará inobservado o seu direito fundamental à saúde e, por conseguinte, quedará violado o seu direito à vida, mais do que isso, a uma vida digna. Além disso, um indivíduo não é só integridade psíquica, é também intimidade, privacidade, honra, imagem, nome, em suma, é o conjunto de todas as irradiações decorrentes de sua personalidade. Logo, vincular a aferição da capacidade ao critério do discernimento seria o mesmo que considerar uma pessoa apenas levando em conta a sua visão parcial, ou seja, de um único aspecto de sua personalidade.

A pronúncia da interdição com base exclusivamente nesse critério pode configurar medida desproporcional, consistindo em desrespeito aos direitos fundamentais do portador de transtorno mental. A existência de um transtorno mental não implica necessariamente na incapacidade do indivíduo, conforme ilustram inúmeros casos concretos. Assim, por exemplo, a situação do matemático norte-americano, John Forbes Nash Junior, que teve sua vida retratada no filme "Uma mente brilhante". Nash, apesar de esquizofrênico, com sintomas paranóicos, delírios, alucinações, bem como do fato de ter sido submetido a tratamentos radicais e internado algumas vezes, recebeu o Prêmio Nobel de Economia de 1994 e, pelo conjunto da obra, vários outros prêmios, dentre eles o da Academia Americana de Artes e Ciências e o Prêmio Von Neumann.²² Outro caso famoso é o de Christy Brown, que teve sua vida retratada no filme "Meu Pé Esquerdo", em 1989. Nasceu com paralisia cerebral, que lhe tira todos os movimentos do corpo, com exceção do pé esquerdo, e apesar disso, conseguiu, no decorrer de sua vida, tornar-se escritor e artista plástico²³. Ou ainda casos clássicos da psiquiatria, tais como os do juiz Schereber e do filósofo Louis Al-

thusser, tantas vezes lembrados por doutrinadores pátrios para sustentar a necessidade de um novo tratamento para os temas: interdição e curatela.²⁴

O critério do discernimento é essencial para situações patrimoniais, porém não é decisivo quando se trata de um valor indisponível como a personalidade humana. Não é plausível aceitar que, baseado apenas na saúde mental de uma pessoa, se pretenda intervir em seus direitos fundamentais, nas suas liberdades individuais, privacidade, intimidade, honra, imagem, entre tantos aspectos da sua personalidade.

Importante consignar também, que as limitações impostas ao portador de transtornos mentais, sobretudo as incidentes nas situações extrapatrimoniais (existenciais), dado o seu reconhecimento prioritário no ordenamento jurídico, só se justificam no interesse do interdito, sob pena de desrespeito à sua dignidade. O só fato de sofrer um transtorno mental não pode ser identificado como imperioso para a restrição de sua autonomia e a desconsideração de sua vontade.

Nesse particular, cabe citar a Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das portadoras de transtorno mental e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, que representou um grande avanço no que tange ao tema da reinserção social do portador de transtorno mental. A referida lei, na hipótese de internação *voluntária*, consagra a essencialidade da vontade do paciente para o início do tratamento e para o seu final, consoante disposto no artigo 7º. No artigo 2º, relativo ao rol dos direitos do portador de transtorno mental, inciso V, prevê que, mesmo diante da internação *involuntária ou compulsória*, a pessoa tem direito a ser esclarecida acerca da necessidade ou não da medida. Em síntese, numa visão comparativa, é possível afirmar que a Lei nº 10.216/2001 apresenta maior conformidade com os paradigmas da CRFB/1988, no sentido de possibilitar a inclusão dos portadores de transtorno mental e respeitar sua dignidade, do que os dispositivos contidos no Código Civil /2002.

Além disso, como observa Rafael Garcia Rodrigues, o critério do discernimento sujeita a realização de atos do incapaz à vontade de um representante ou assistente, que não necessariamente estará apto a melhor representar seus interesses e a atender a sua vontade real. Isso, sem se mencionar que acaba por assemelhar categorias diversas de transtornos mentais, tais como a Síndrome de Down e o Mal de Alzheimer, o que é de todo equivocado.²⁵

Nesse sentido, cumpre mencionar o acerto do posicionamento adotado pela atual Lei Antidrogas, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. A referida lei segue a tendência do respeito à dignidade humana e do reconhecimento dos direitos fundamentais, destacando a necessidade de tratamento personalizado para os usuários e dependentes de drogas. Entre outras medidas, o legislador consagra a necessidade de respeitar a autonomia desses cidadãos e acolhe a política de reinserção social. Dentre os princípios e diretrizes a serem observados nas atividades de pre-

²⁴ SCHEREBER, Daniel Paul. *Memórias de um doente dos nervos*. Trad. Marilene Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1995; NIEDERLAND, William G. *O Caso Schereber: um perfil psicanalítico de uma personalidade paranóide*. Trad. Carlos Roberto Oliveira. Rio de Janeiro: Campus, 1981; e ALTHUSSER, Louis. *O futuro dura muito tempo*. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

²⁵ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 1-34.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 141.

²⁰ *Ibid.*, p. 142.

²¹ TEPELINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-54.

²² SANTOS, José; VALADÃO, Sílvia; LEAL, Felipe. *John F. Nash, Jr.* Seminário temático. Lisboa: Departamento de Educação da Faculdade de Ciências Universidade de Lisboa, 2003. Disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/cinema/dossier/mentebrihante/index.htm>. Acesso em: 12 jan. 2008.

²³ FASTER CENTRO DE REFERÊNCIAS. *Gente famosa com deficiência*. Disponível em: <http://www.crfaster.com.br/gfamosos.htm>. Acesso em: 27 jan. 2008.

venção, a lei prevê o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas (artigo 19, inciso III)²⁶.

Necessário considerar que, mesmo numa única patologia, muitas vezes existem diferentes graus em que ela pode se apresentar; sem falar que, a forma como uma pessoa reage ao comprometimento de sua saúde pode ser inteiramente distinta da de outra, em razão de questões referentes não só às diferenças inerentes a cada organismo, mas também ao histórico de cada um, à personalidade de cada pessoa, ao humor, à formação cultural, a aspectos de ordem social e econômica, entre tantos outros fatores que podem influir para que a situação de dois seres humanos com o mesmo problema de saúde seja inteiramente distinta.

A insuficiência do critério do discernimento, na forma como é adotado pelo CC/2002, também foi percebida por Jussara Maria Leal de Meirelles e Eduardo Didonet Teixeira, que chamam a atenção para o fato de que o legislador não versou a respeito do indivíduo enfermo que, em razão não da própria enfermidade, mas das *condições vulneráveis* em que se encontra, não apresenta o necessário discernimento. Afinal, é preciso admitir a existência de *outras causas* responsáveis pelo comprometimento do discernimento do ser humano. Nessa situação encontra-se, entre outros, o caso do indivíduo com reduzido grau de instrução; dos pais que assistem um filho enfermo; ou daquele que, embora tenha recebido alta hospitalar, se depara com a negativa do responsável a levá-lo para casa ou a encaminhá-lo a outro recurso (fora do hospital – uma casa de repouso, por exemplo) por falta de condições financeiras²⁷.

Finalmente, o mesmo pode ser dito quando a doutrina afirma que o regime de incapacidades, pautado na cláusula genérica de discernimento, pode acarretar inversão da finalidade da norma. Fica desprotegido, por exemplo, aquele que age por impulso, sem pensar, tendo então de arcar com a responsabilidade pelos atos praticados, por estar no gozo da plena capacidade. Incoerente também a situação de um portador de transtorno bipolar do humor que, diante da falta de alternativa em face do seu comportamento inadequado, apesar de criativo e produtivo (ou pior, isolado e distante), pode vir a ser declarado incapaz quando necessita de amparo jurídico que lhe diminua a carga de responsabilidade, apesar de seu discernimento e atenção só terem sido abalados por alguns dias, e não totalmente. Nesses casos, salienta Jussara Maria Leal Meirelles, “a finalidade de proteger os incapazes parece ceder a uma tendência da sociedade a se proteger dos que não se enquadram no modelo estabelecido.”²⁸

A dignidade humana como critério substantivo

No caso de utilização apenas do critério do discernimento, a pronúncia da interdição pode vir a configurar medida desproporcional e drástica, atingindo os direitos fundamentais da pessoa

humana. A limitação de tais direitos é legítima apenas se for proporcional aos outros direitos em colisão. Desse modo, incumbe ao Poder Judiciário, na ocasião da apreciação de pedido de interdição, fazer uso da técnica da ponderação de interesses, cujo resultado pode variar em função das peculiaridades de cada caso.

A dignidade da pessoa humana é o critério substantivo na direção da ponderação de valores, realizada com base na proporcionalidade, para, ao final, alcançar-se solução mais compatível com os valores humanitários²⁹. A proporcionalidade é um mecanismo para o controle da discricionariedade legislativa e administrativa que vem sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal inclusive para invalidar *discriminações infundadas*. Atualmente, não é vista como princípio, mas sim como regra a serviço do controle de atos estatais restritivos de direitos fundamentais, os quais devem passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade³⁰.

Assim por exemplo, por fazer uso da técnica da ponderação de interesses em caso no qual se discutiam os limites da curatela, merece ressalva decisão unânime proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A situação versava especificamente sobre a possibilidade da esterilização de pessoa portadora de atraso de grau moderado no desenvolvimento mental, com dificuldades de controlar seus impulsos, notadamente os sexuais, e que já tinha dois filhos, criados por terceiros em face da inviabilidade do exercício do papel maternal e da possibilidade de risco à prole³¹. Dentre os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao curador estaria o da disposição sobre a integridade física e moral da interdita?

A alegação dos apelantes era a de que existe previsão legal autorizando a esterilização em pessoas absolutamente incapazes (artigo 3º, parágrafo 6º do Decreto Municipal nº 83/1997) e que tal procedimento é utilizado em outros países. Insurgiam-se contra a impossibilidade de disposição ao próprio corpo na hipótese, visto que a manutenção da situação caracterizaria ofensa à integridade física e emocional da interdita, razão pela qual era requerida a reforma da sentença que julgara improcedente o pleito de cirurgia para esterilização da incapaz. O Ministério Público, em primeiro e segundo graus, opinou no sentido do improvimento do apelo.

O Desembargador Relator, em seu voto, foi taxativo ao ressaltar que o recurso trazia debate acerca dos limites dos poderes eventualmente atribuídos ao curador, dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CRFB/1988). Destacou que a sentença que decretou a interdição não estabeleceu os limites da curatela (CC/2002, artigo 1.772), embora *os poderes atribuídos aos curadores não sejam absolutos, existindo limites de ordem legal e moral*. Sublinhou que as regras do exercício da tutela aplicáveis aos casos de interdição em momento algum conferem poderes de disposição sobre os direitos da personalidade do incapaz. Assim, dentre os poderes conferidos aos curadores, não se encontra o da *disposição sobre a integridade física e moral da interdita*, o que, por si só, inviabilizaria a pretensão dos recorrentes. Os apelantes estavam

²⁶ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm>. Acesso em: 5 jan. 2007.

²⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPELINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena et al. (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 353.

²⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia. In: TEPELINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, V. II, p. 604.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 74.

³⁰ ABREU, Célia Barbosa. A perspectiva histórica e a evolução dos princípios no Direito. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (Coord.). *Novos direitos: os paradigmas da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 20.

³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70.010.573.723*. 7ª Câm. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, jul. 30.05.2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php>. Acesso em: 14 fev. 2008.

desconsiderando que o procedimento cirúrgico pretendido *afetaria diretamente a liberdade* (artigo 5º, inciso II da CRFB/1988), os *direitos da personalidade* (artigo 5º, inciso X da CRFB/1988 e artigo 11 do CC/2002) e a *dignidade da interditada* (artigo 1º, inciso III da CRFB/1988), de sorte que, ainda que se admitisse que os curadores têm poderes para pleitear a esterilização de incapaz, *tal intervenção médica não se mostraria proporcional*.

É oportuno lembrar então, que efetivamente resta sedimentado pela doutrina e pela jurisdição constitucional que *para que a limitação de direito fundamental seja legítima, deve mostrar-se proporcional em face do outro direito em colisão, conclusão alcançada através do princípio da proporcionalidade, técnica de ponderação de bens largamente utilizada pelos Tribunais pátrios*. Diante disso, para que a medida pretendida passasse inócua pelo teste da proporcionalidade, deveria mostrar-se *adequada, necessária e proporcional* em sentido estrito, o que não ocorria. Embora adequada, uma vez que alcançava o resultado pretendido, não era necessária, pois existem outros meios menos gravosos aos direitos contrapostos que alcançam resultado igual ou semelhante. Foi negado provimento à apelação.

Considerações finais

Em suma, critérios impessoais e rígidos são incompatíveis quando a matéria é a personalidade humana. Há uma elasticidade própria da natureza humana, que impede que um número fechado de hipóteses seja capaz tutelá-la. O valor da pessoa deve ser protegido sem limites, salvo aqueles impostos no interesse de outras personalidades, e não de terceiros em geral.³²

Veja-se, exemplificativamente, por fim, a situação dos ébrios habituais, tidos pelo Código Civil /2002 como relativamente incapazes e sujeitos à curatela relativa, conforme disposto nos artigos 4º, II e 1772. Ao contrário da previsão do legislador, não é possível rotulá-los de relativamente incapazes, tanto assim que se o interditando (ébrio habitual) se apresenta com raciocínio acurado e coeso, demonstrando higidez mental durante a audiência de instrução e julgamento, não é decretada a sua interdição, apesar de o laudo pericial ter dado conta de que ele apresenta transtorno mental decorrente do uso imoderado de bebidas alcoólicas³³.

Logo, ao contrário da rigidez do critério do discernimento, a dignidade da pessoa humana é marcada por sua notável abertura, que abriga e fomenta o pluralismo, constituindo "forma elástica o bastante para acolher valores potencialmente conflitantes, como liberdade e segurança, igualdade e direito à diferença"³⁴. Disso resulta, portanto, o fato de ser o critério da dignidade da pessoa humana aquele a ser levado em conta quando em consideração situações existenciais no âmbito de um pedido de interdição.

É nas chamadas situações existenciais que a pessoa encontra terreno fértil para a realização de suas potencialidades nas mais diversas áreas (familiar, afetiva, cultural, profissional, entre outras). Tais situações só poderão ser alvo de limitações em

nome do pleno e melhor desenvolvimento do incapaz, sob pena de desrespeito a sua dignidade e aos seus direitos fundamentais. Apenas uma complexa avaliação das condições pessoais, sociais, culturais e ambientais pode justificar a decretação de sua incapacidade³⁵.

³² Nesse sentido: PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 186; MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 174; e TEPEDINO, Gustavo. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade, cit., p. 49.

³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0628.05.900.003-2/001*. 5ª Câm. Cív., Rel. Des. José Francisco Bueno, julg. 7.04.2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comCodigo=628&>. Acesso em: 24 jun. 2007.

³⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p. 74.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, *passim*.