

## DA CAPACIDADE DE DIREITO E DE FATO

O novo Código Civil já em seu art. 1º :

*“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”*

Ao legislar dentro desses parâmetros, o legislador, ao dizer que *toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil* quis dizer que *todos nós, como pessoas, podemos ser sujeitos ativo ou passivo de uma relação jurídica*, guardando-se, sempre, a distinção entre capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício.

Capacidade de direito todos temos: o nascituro, aqueles nascidos com vida, homem ou mulher, sadio ou não. Já a capacidade de fato ou de exercício será adquirida pelo homem, quando atingir a maioridade (art. 5º nCC), ou seja, aos 18 anos de idade, ou ao ser emancipado.

Capacidade de direito significa a capacidade de ser titular de direitos ou sujeito de direitos.

Capacidade de fato é a capacidade que tem o homem de agir por si mesmo em todos os atos da vida civil.

Os incapazes, isto é, os que não têm capacidade de fato (art. 3º e 4º nCC), nem por isso deixam de ser titulares de direito, pois sua incapacidade é suprida por seus representantes ou assistentes, seus pais, tutores ou curadores, na prática dos negócios jurídicos.

"TODA PESSOA" = todos os seres da espécie humana (masculinos ou femininos)

"ORDEM CIVIL" = todo direito privado, civil, comercial, etc.

A expressão inicial, toda pessoa, compreende indistintamente a unanimidade dos seres componentes da espécie humana, sem distinção de idade, sexo, cor, raça, estado de saúde e nacionalidade. Os animais estão excluídos do seu raio, sem deixarem de ser protegidos por ele, mas, no entanto não são sujeitos de direitos.

Na história do direito, no entanto, já houve seres humanos que não eram, à época, sujeitos de direitos: os escravos e os estrangeiros.

CAPACIDADE = aptidão para se adquirir direitos e obrigações. Denomina-se capacidade de gozo e de aquisição, basta, para existir a existência da pessoa. Ligada a ela, temos a capacidade de fato ou de ação, que possibilita o exercício, por nós mesmos, dos atos da vida civil. No entanto, essa capacidade de fato não tem plena liberdade, está ligada a capacidade de direito. Alguém pode ter a capacidade de direito e não tê-la de fato, estando impedido ou inibido de exercê-la.

**INCAPACIDADE** = Todos nós somos sujeitos de direitos e obrigações na órbita civil. Essa restrição à capacidade de fato resulta a figura que, dentro do Direito, trata-se como “**incapacidade**” - *como a inibição para a prática pessoal de certos atos de forma absoluta ou relativa*. Tal fenômeno ocorre porque entende o legislador que lhes falta aptidão plena para o exercício de certos atos sendo indispensável que alguém os acompanhe para que o exercício do direito se torne pleno. É o instinto protetor do Estado na preservação de interesses. E, tais pessoas só serão privadas dessa capacidade de fato nos casos especificados em lei.

a) **ABSOLUTAMENTE INCAPAZES**: esses estão plenamente afastados da possibilidade de prática da atividade jurídica. Para que estes pratiquem certos atos mister se faz a figura de um **representante** - agindo por meio deste. O Direito despreza a sua vontade “própria” - a representação, assim, é o instituto com o fim de contornar esse trânsito do menor absolutamente incapaz nos atos da vida civil. Essa representação pode ser natural quando resulta do parentesco, o pátrio-poder, por exemplo, ou decorrerá de um ato judicial que a legitime.

Eles estão, hoje, elencados no art. 3º do nCC.

I. **Os menores de dezesseis anos**: sendo comum a ambos os sexos. Existe principalmente em função da maturidade para o exercício de certos atos, conjugado à formação intelectual e, muitas vezes, até mesmo à moral, mas não necessariamente. O nosso Direito, na realidade, considera o desenvolvimento mental do indivíduo. Os menores de 16 anos não podem, por exemplo, casar-se. Estarão sujeitos ao pátrio-poder (*pater familiae*) ou tutor, se for o caso.

II. **Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos**: o alienado mental, portador de doença mental, psicopata. Tal insanidade será apurada em processo de interdição, é necessário “um estado duradouro que a justifique, ainda que interrompido com intervalos de lucidez”. Sujeito a curatela.

Quem for portador de doença físico-psíquica ou anomalia mental, congênita ou adquirida, que retire o discernimento para a prática dos atos da vida civil, deverá sob pena de nulidade (ato nulo), ser representado por um curador.<sup>1</sup>

III. **Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade**: aqueles cuja doença determine sua incapacidade ou a possibilidade de exercer por si mesmo ou a impossibilidade de expressar sua vontade. Se puder manifestar sua vontade foge dessa regra genérica. São por ex. os surdos-mudos. Os que perderam a memória, ainda que temporariamente, precisam de quem os represente. Sujeito a curatela.

Há que se observar, portanto que a incapacidade não se liga a idade, mas também, ao estado da pessoa, e se caso tem idade superior a 18 anos deverá passar por processo de interdição para ser declarada sua incapacidade por sentença judicial e lhe ser nomeado um curador.

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil comentado. Coord. pelo Dep. Ricardo Fiúza. 1ª ed. 8ª tir. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9.

b) **RELATIVAMENTE INCAPAZES:** São os fronteirços entre a incapacidade absoluta e a plena. Apenas se afastam de forma integral da prática de certos atos, têm capacidade relativa no universo jurídico ou na forma de exercê-la. Não podem atuar livremente mas poderão fazê-lo **assistidos**.

Essa assistência, como na representação, pode decorrer da ordem natural de parentesco ou por determinação judicial.

I. **Os maiores de dezesseis anos (completos) e menores de dezoito anos:** sem qualquer distinção de sexo. Poderão estes intervir em certos atos pois já adquiriram certa maturidade para tanto, **mas não fazê-lo pessoalmente**, pois não possuem autonomia plena, dependem da “assistência” na forma acima explicitada.

II. **Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido:** são os alcoólatras, toxicômanos, portadores de deficiência mental com redução da capacidade, devem ser assistidos por curadores, portanto interditos. Abrangem também os fracos da mente, com desenvolvimento incompleto, comprovados.<sup>2</sup>

### III. **Excepcionais sem o desenvolvimento mental completo**

IV. **Os pródigos:** aqueles que dilapidam a sua fortuna, gastam imoderadamente - tal fundamento estaria no abalo a tutela do patrimônio. Sendo inaptos para o exercício de seus próprios interesses, ser-lhes-á nomeado um **curador**, submetidos que estão à **curatela EXCLUSIVAMENTE** quanto aos seus direitos patrimoniais.

**OBS; Os silvícolas,** são tutelados pelo Estado através da FUNAI. Passaram a ser estudados por sua própria legislação, o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, dentre outras que os protegem, inclusive, em especial a CF/ 88.

**CESSAÇÃO DA MENORIDADE:** Cessará aos 18 anos completos alcançando a pessoa natural habilitação para a prática pessoal de todos os atos da vida civil, salvo as exceções legais. Cessaria, via de regra, sua subordinação.

No entanto o art. 5º do CC. traz algumas exceções a antecipação dos efeitos da maioridade, a saber:

- **pela emancipação:** capacidade de exercício antes da idade-tipo de 18 anos. Pode ser voluntária ou legal. A primeira depende da formalidade da escritura pública e dar-se-á após 16 anos completos e a legal em decorrência das demais situações de antecipação do exercício da capacidade;

---

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13-14.

- pelo casamento;*
- pelo exercício do comércio com economia própria;*
- pela colação em grau superior;*
- pelo exercício de emprego público efetivo.*

Essa emancipação poderá ser:

**A) EXPRESSA OU VOLUNTÁRIA:** quando antes da maioridade legal, após atingir 16 anos, poderá atingi-la por outorga dos pais ou mesmo do tutor mediante Escritura Pública lavrada no Cartório de Notas e levada a inscrição no Registro próprio, ou seja, REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS, art. 9º II. Quanto ao tutor, dependerá de sentença judicial para outorga e seguirá os mesmos passos. Essa é revogável.

**B) TÁCITA OU LEGAL:** são os demais casos de emancipação previstos no art. 5º e nesses casos independem de escritura pública e serão AVERBADAS no REGISTRO CIVIL competente. Após o casamento, por exemplo, não haverá mais a revogabilidade desse ato. Torna-se perene.

A importância da maioridade e da capacidade de fato e, ainda, a antecipação da capacidade de fato pela emancipação, está intimamente ligada ao exercício do direito de ação, capacidade processual, portanto de buscar o Estado-Juiz, na proteção aos seus direitos subjetivos.

As figuras da REPRESENTAÇÃO, para os absolutamente incapazes e da ASSISTÊNCIA, para os relativamente incapazes, expressam-se através: naturalmente pelos pais e, excepcionalmente, pelos tutores ou curadores.

São TUTORES: aqueles que, nomeados pelo Juiz, representam ou assistem os incapazes órfãos de pais mortos ou cujos pais, vivos, foram afastados do poder familiar.

São CURADORES: aqueles que, nomeados pelo Juiz, representam ou assistem os incapazes doentes, ébrios, pródigos, ou seja, aqueles impedidos de exercer seus direitos pessoalmente, de forma permanente ou transitória, em razão de seu ESTADO PESSOAL. No que tange aos pródigos, a curatela é exclusivamente para administração de seu patrimônio.