

## ESTUDO COMPARADO SOBRE A INCAPACIDADE TRANSITÓRIA DE EXPRESSÃO DA VONTADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E ALEMÃO

### *COMPARED STUDY ON THE TRANSITIONAL DISABILITY OF EXPRESSION OF WILL IN BRAZILIAN AND GERMAN CIVIL LAW*

Bruno Maia

Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Advogado voluntário do Instituto Para a Efetivação da Cidadania – IJUCI em Belo Horizonte

Eliana Franco Neme

Professora de Graduação da FDRP-USP. Professora do Centro Universitário de Bauru -na Faculdade de Direito. Coordenadora Acadêmica do Centro de Pós Graduação Stricto Sensu da Instituição Toledo de Ensino de Bauru - Cursos de Mestrado e de Doutorado e do MINTER - Mestrado Interinstitucional celebrado entre a Instituição Toledo de Ensino de Bauru e o Centro de Ensino Superior do Amazonas.

**Submetido em: 11/09/2019**

**Aprovado em: 04//02/2020**

**Resumo:** O texto a seguir investiga a incapacidade transitória de expressão da vontade disciplinada pelo ordenamento jurídico brasileiro, revisitada em perspectiva comparada com o Direito Civil Alemão, partindo-se da premissa de que seria mais adequado que a incapacidade civil subsistisse no ordenamento jurídico brasileiro somente nos casos de transtornos das faculdades mentais de caráter duradouro que prive a pessoa de emitir a sua declaração, e que a incapacidade transitória de expressão da vontade deve ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, o que foi constatado.

**Palavras-chave:** incapacidade transitória, vontade, direito civil alemão

**Abstract:** *The following text investigates the transitory incapacity of will expression disciplined by the Brazilian legal system revisited in a comparative perspective with the German Civil Law, starting from the premissa that it would be more appropriate for civil incapacity to subsist in the Brazilian legal system only in cases of mental disorders faculties of lasting character that deprives the presonto*

*issue her declaration, and that the temporary incapacity to express the will must be removed from the Brazilian legal system, which was verified.*

**Keywords:** *transitory incapacity, will, German Civil Law.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Pessoa e sujeito de Direito. 1.1. Surgimento e Formação do Conceito Jurídico de Pessoa. 2. Compreendendo o instituto jurídico da capacidade civil e do seu regime de exceção: a metodologia de Savigny. 3. A incapacidade transitória de expressão: entre a incapacidade absoluta e a relativa, o mesmo problema. 3.1. O direito civil alemão e o reconhecimento dos intervalos de lucidez. 4. Os direitos subjetivos: as perspectivas de Windscheid e Jhering. 4.1. Windscheid: a radicalização funcional e o elemento psicológico como determinantes dos direitos subjetivos. 4.2. Jhering e utilitarismo. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A ideia fundamental de que as pessoas merecem ser reconhecidas e tratadas pelo seu valor intrínseco, pela sua dignidade, já esta no texto Constitucional há mais de trinta anos. Essa constatação, não elimina, porem, as dificuldades no regramento e aplicação do direito, em especial quando enfrentamos as questões de capacidade civil. O Direito Brasileiro não distingue, em princípio, os verbos ser e estar ao tratar do rol de incapazes. Esta falha suscita vários problemas de ordem prática, pois não seria possível estabelecer em quais situações a pessoa (ou o sujeito de direito) estaria impossibilitado de expressar transitoriamente a sua vontade. Neste sentido, seriam adequadas cláusulas gerais ou reduções casuísticas?

Tradicionalmente, o legislador brasileiro nunca se preocupou em regulamentar os intervalos de lucidez de modo mais detido e aprofundado – o que ocorreu, notadamente, no âmbito do Direito Civil Alemão.

A questão é que a incapacidade pode (ou não) cessar. E o Direito Brasileiro não sistematizou as duas situações, a saber, o ser incapaz, e o estar incapaz de modo esclarecedor. Seriam referidas situações distintas? Quais os efeitos práticos decorrentes de ser (ou) estar incapaz?

Como concatenar as categorias jurídicas da pessoa, e do sujeito de direito, que a doutrina insiste em tratar como sinônimos? Qual a origem da capacidade jurídica? Tendo em vista o sujeito de direito, como superar as concepções tradicionais acerca da compreensão dos direitos subjetivos no sentido de tutelar aqueles que transitoriamente não podem se expressar?

Estas e muitas outras questões podem ser formuladas, e o tema está longe de oferecer aos operadores do Direito uma solução adequada, sobretudo, porque

mesmo com a reformulação da teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015, a incapacidade transitória de expressão subsiste em nosso ordenamento jurídico – uma reforma que foi meramente pontual e carente de maiores problematizações. Enfim, o dilema persiste: ser ou estar incapaz?

## 1. PESSOA E SUJEITO DE DIREITO

A noção de pessoa é um tema de capital importância não só para o Direito Privado, como também para o Direito Público, inspirou vasta literatura e suscitou variados posicionamentos entre os juristas. Esta inquietante realidade também provocou em filósofos, sociólogos e teólogos idêntico desconcerto (EBERLE, 2006).

A noção de pessoa apresenta uma pluralidade de significações, e sua noção jurídica se revela na medida em que se destaca daqueles domínios, colocando em evidência os contornos específicos que a individualizam no âmbito do Direito. Entretanto, a noção jurídica de pessoa não coloca em xeque as noções da Filosofia, da Teologia ou da Psicologia (EBERLE, 2006).

O Direito reconhece a limitação acerca do seu conceito de pessoa, que é equivalente a uma das concepções cabíveis ao termo. Assim, a noção jurídica de pessoa deve afastar-se daquelas atinentes às demais áreas do conhecimento, sem absorvê-las ou contestar sua existência (EBERLE, 2006).

Seria, assim, pessoa, sinônimo de sujeito de direito? Esta indagação, como num passe de mágica, tem sido respondida numa fórmula matemática por meio da qual se proclama ser a pessoa, sinônimo de sujeito de direitos (EBERLE, 2006).

Somente as pessoas podem figurar como destinatárias dos comandos normativos, de modo que a elas é dado assumir o papel de sujeitos em determinada relação jurídica. Se há outros entes aos quais o legislador atribui subjetividade, o mais adequado seria indagar se seriam dotados de personalidade (EBERLE, 2006).

O sujeito de direito está inserido na estrutura da relação jurídica, e é, sob tal perspectiva, um referencial de imputação de direitos e deveres. Conforme seja na relação jurídica específica titular ou não do direito outorgado, diz-se ativo ou passivo (EBERLE, 2006).

A relação jurídica apresenta como elementos estruturais, além do sujeito de direito, outros dois. São eles: o vínculo de atributividade e o objeto de direito. O vínculo propulsiona a relação jurídica, apto a vincular os objetos ou submeter uma coisa ao poder da pessoa, tornando concreta a relação abstrata. O objeto é o bem sobre o qual incide o poder do sujeito ou a prestação exigível (GOMES, 2007).

Os três elementos que estruturam a relação jurídica são, assim, categorias abstratas cujo conteúdo *in concreto* se pode determinar (EBERLE, 2006).

Logo, o sujeito de direito não poderia igualar-se à pessoa, tendo em vista que esta última traduz tão só o ente que participa concretamente de determinada relação jurídica. Há casos em que se pode ter como sujeito de direito uma pessoa natural, e casos em que se tem como sujeito de direito, uma pessoa jurídica. Basta que o legislador aponte determinado ente como foco da relação jurídica outorgando-lhe um direito, ao menos, para que ele possa ser alçado ao posto de sujeito de direito, desvincilhando-se da sua condição de objeto do Direito, ou deixando o limiar da absoluta irrelevância jurídica (EBERLE, 2006).

### 1.1 SURGIMENTO E FORMAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE PESSOA

O sentido vulgar da palavra *pessoa* sofreu significativas alterações ao longo do tempo. As raízes etimológicas do vocábulo evocam a máscara que os atores usavam para fazer ressoar a voz. Posteriormente, a palavra passou a designar o próprio ator mascarado da peça teatral. A palavra *pessoa* designa, neste sentido, o papel jurídico-social representado pelo homem ao assimilar sua posição, função ou atributos (EBERLE, 2006).

Originariamente, os romanos empregavam a palavra *pessoa* a fim de designar a pessoa em geral, fosse ela capaz de direitos e obrigações ou não. Assim, os escravos não galgavam a posição de sujeitos de direito, embora fossem considerados pessoas de acordo com as Institutas de Gaio (EBERLE, 2006).

Logo, ao se reputar como pessoas os escravos, não se lhes outorgava a possibilidade de considerarem-se como titulares de direitos e obrigações. Evidenciava-se somente que os mesmos não eram igualados aos animais, não obstante sua condição de *res* (EBERLE, 2006).

De acordo com os estudiosos do Direito Romano, somente no período pós-clássico o vocábulo assumiu sua acepção técnica, designando o homem enquanto dotado de personalidade jurídica. A tecnização terminológica já estava prenunciada conforme revelado ao menos por uma menção das fontes em que o termo *caput* sinônimo de *persona* figurava como indicativo do poder de ser titular de direitos e obrigações (EBERLE, 2006).

Neste momento surge o conceito jurídico de pessoa desvincilhado de sua acepção vulgar. A pessoa, então, reveste-se de um sentido particular no âmbito do Direito, passando a nomear não o homem em si, mas o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações. Houve uma ruptura da sinonímia até então existente entre homem e pessoa. O vocábulo *pessoa* passa a aplicar-se somente aos seres dotados de capacidade de querer juridicamente. O ser pessoa para o Direito resultava,

naquele momento histórico, não de um fato natural, mas de um ato de personificação que só a ordem jurídica poderia levar a efeito (EBERLE, 2006).

Em Roma, só detinha o estado de pessoa aquele que nascido vivo de mulher, possuísse forma humana. Estes pressupostos, entretanto, não eram o bastante para configurar a aquisição da personalidade: o indivíduo deveria, ainda, ser livre, isto é, apresentar o *status libertatis* e ser cidadão romano, ou seja, apresentar o *status civitatis* (EBERLE, 2006).

Foi a partir desse momento de crise em que houve a cisão entre as noções de pessoa e de ser humano, que a História atesta não haver consenso entre os termos anteriormente referidos. E várias foram as causas, tais como a escravidão, a morte civil e as profissões religiosas feitas por meio do voto de desterro da vida civil – fatos que ensejaram a completa supressão da personalidade (EBERLE, 2006).

Coube principalmente aos ideais cristãos contestar esse sistema exclusivo e injusto. A crença na dignidade do homem enquanto filho de Deus, criado à sua imagem e semelhança, ia de encontro à privação de direitos a que eram submetidas determinadas classes de indivíduos. Avolumaram-se os clamores por igualdade a ponto de insuflar a maioria dos ordenamentos jurídicos modernos a estender, de modo indiscriminado a qualidade de pessoa a todos os seres humanos (EBERLE, 2006).

Logo, a *pessoa* é um ente abstrato, e o sujeito de direito é a concretização deste ente considerado um elemento estrutural da relação jurídica no caso concreto. São, portanto, termos com sinônimos diversos, mas que se complementam.

## **2. COMPREENDENDO O INSTITUTO JURÍDICO DA CAPACIDADE CIVIL E DO SEU REGIME DE EXCEÇÃO: A METODOLOGIA DE SAVIGNY**

Indubitavelmente, o conceito de capacidade jurídica remonta ao Direito Romano. De acordo com Carl Freidrich Von Savigny, as relações jurídicas se estabelecem entre pessoas determinadas, umas frente às outras, sem que possamos defini-las em particular. Sob tal perspectiva, o direito (subjetivo) implica uma sanção à liberdade moral, que é inerente a todo ser racional. Em razão disso, a idéia de pessoa ou sujeito de direito confunde-se com a idéia de homem, na medida em que o indivíduo, e somente ele, é dotado de capacidade de direito (SAVIGNY, 2005).

A capacidade natural inicia-se com o nascimento, ou seja, desde que o indivíduo separa-se completamente do ventre materno. Este ato é, por conseguinte, o mais importante de todos, e condiciona o início da capacidade jurídica para o

recém nascido, e para a aquisição de direitos, sobretudo, os direitos sucessórios. Caso o feto dê sinais de vida (SAVIGNY, 2005), porém, venha falecer antes de ter-se desprendido totalmente do ventre materno, não chegará a ter capacidade de direito, ocasião em que se configurará o aborto. Para que o recém nascido seja dotado de capacidade de direito, é necessário que a vida seja reconhecida como certa, à evidência de quaisquer tipos de sinais vitais (SAVIGNY, 2005).

O Direito Romano exigia como pressuposto fático para a atribuição de capacidade de direito ao indivíduo, os sinais característicos de humanidade que pudessem ser constatados externamente. A durabilidade da vida é um requisito irrelevante, bastando para fins de aquisição de capacidade jurídica, que o indivíduo vivesse por alguns instantes. O Direito Romano não reconhecia como indivíduos os seres “monstruosos” (SAVIGNY, 2005, p. 188).

A viabilidade humana era exigida por alguns juriconsultos do Direito Romano como requisito para que o indivíduo adquirisse a capacidade jurídica e assim, gozasse de privilégios. Entretanto, os textos romanos são silentes acerca dos sinais indicativos para o reconhecimento de um indivíduo humano. Analogicamente, a cabeça deve apresentar a forma humana (SAVIGNY, 2005).

Assim, o feto prematuro que nasce, e morre quase imediatamente após o parto, jamais tem atribuída a si, sua capacidade jurídica, salvo se a prematuridade indicar a possibilidade de vida extra-uterina. Todavia, a viabilidade não é um requisito pacífico, em razão da falta de fundamento jurídico. Logo, uma vez nascido, ainda que venha a falecer pouco depois, o indivíduo tem completa capacidade de direito, independente da causa de sua morte (SAVIGNY, 2005).

A capacidade natural tem início a partir do completo nascimento do indivíduo, porém, antes do nascimento, o indivíduo já vive, embora não viva por si mesmo, já que sua existência vincula-se à existência materna. Muitos textos de Direito Romano afirmam enfaticamente que durante o período de gestação, o feto não é uma criatura humana, pois lhe falta existência própria, devendo-se considerá-lo como parte do corpo materno. Outros textos romanos, por sua vez, assimilam o feto que ainda não nasceu ao indivíduo já nascido, o que faz desaparecer qualquer contradição (SAVIGNY, 2005).

Se a aquisição da capacidade jurídica do indivíduo pressupõe que mãe e feto estejam separados, a equiparação do nascituro ao indivíduo já nascido expressa a realidade fática no presente. A separação completa entre mãe e feto, é, assim, considerada uma ficção, que não pode ser aplicada, a não ser, a um pequeno rol de situações fáticas, especialmente determinadas pelo Direito, portanto, em um limite muito estrito. Logo, o nascituro não tem capacidade de fato, porque não está apto a figurar em relações jurídicas configuradas de pessoa a pessoa, umas

frente às outras, que versem sobre o direito de propriedade, ou sobre o direito obrigacional – este último delimitado pela contração de dívidas, e obtenção de créditos (SAVIGNY, 2005).

Significa que o nascituro não era, no contexto do Direito Romano, considerado imediatamente como pessoa, portanto, sua representação seria prescindível. A ficção jurídica, ao seu turno, ocupa-se da vida futura do indivíduo, e o faz sob dupla perspectiva: por meio das sanções legais, e pela delimitação dos direitos que estão atrelados ao nascimento, e que desse modo, são criados em favor dos seus interesses. Assim sendo, somente ao indivíduo lhes aproveita. Os preceitos de Direito Civil são, enfim, os que garantem os direitos do nascituro até o momento em que nasce independentemente das alterações de estado, pelas quais passam tanto o pai, quanto a mãe, acerca do estado do filho (SAVIGNY, 2005).

O estado do nascituro é, assim, determinado por circunstâncias temporais, e conforme a época que lhe pareça mais favorável. Ora o início da vida coincide com a concepção, ora a partir do nascimento com vida, e, ainda em ambos os momentos, a fim de se regulamentar e garantir o direito sucessório por meio da posse em nome do nascituro (SAVIGNY, 2005).

Se por um lado, a concepção, o nascimento, ou ambas as situações fáticas são hábeis a conferir a capacidade jurídica ao indivíduo humano, a morte é, hodiernamente, considerada como fato extintivo da capacidade jurídica, uma situação fática que dispensa maiores esclarecimentos acerca dos elementos que a constituem, exigindo-se, tão só, a sua prova de acordo com determinadas regras de direito positivo (SAVIGNY, 2005).

Neste sentido, sustenta Karl Larenz que Savigny funde a Filosofia e o Direito, rejeitando, assim, o jusnaturalismo. Entretanto, é preciso ressaltar que, quando o jurista alemão explicitado defende a fusão entre a Filosofia e o Direito, em relação à primeira, está ele se referindo à noção de sistema (LARENZ, 2009).

Ao sistematizar o Direito Romano na Alemanha, ao distinguir o direito positivo do direito legislado, Savigny rejeita a interpretação teleológica da lei. O juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas aquilo que, na verdade é considerado como preceito legal. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei de modo inovador (criador) e deve somente executá-la (LARENZ, 2009).

Se por um lado, Savigny rejeita a interpretação analógica, por outro reconhece a analogia como método interpretativo, distinguindo-se das interpretações restritiva ou extensiva da lei, na medida em que a ela, neste caso, nada é acrescentado. Sob tal perspectiva, a regra especial estatuída na lei é a expressão de uma

regra geral não estatuída na lei, mas nela contida de acordo com o seu espírito, o que implica afirmar que, em Savigny, podemos perceber, ainda, uma manifestação do jusnaturalismo tardio, por mais que o jurista em questão o negasse. Isto, porque as regras especiais contidas na lei devem ser compreendidas como conseqüências dos princípios gerais, aos quais, por meio de uma abstração daquilo que lhes é particular, podem se reconduzir do mesmo modo, aditando suas particularidades, surgidas, também, no espírito do legislador (LARENZ, 2009).

Savigny passa, a partir daí, a considerar como fonte do Direito, não mais a lei, mas o “espírito do povo”, isto é, a convicção jurídica da comunidade. Assim, a sistematização do Direito ocorre não de modo puramente lógico-dedutivo, mas de um sentimento, e de uma intuição imediatos. Trata-se de reconhecer as relações da vida como típicas sob a perspectiva do Direito. Estas relações da vida, na medida em que são pensadas e organizadas numa ordem juridicamente vinculante, constituem os institutos jurídicos, que se convertem, por fim, na origem e no fundamento do Direito. O instituto jurídico é um todo pleno de sentido passível de ser transformado no tempo e fundado nas relações humanas típicas (LARENZ, 2009).

As regras jurídicas não produzem os institutos jurídicos. São elas extraídas por meio da abstração no âmbito da intuição global. Portanto, os institutos jurídicos têm uma natureza orgânica. As regras jurídicas que necessitam de interpretação não podem ser compreendidas por si, mas pela intuição que gravita em torno do instituto jurídico pela qual se orientou o legislador que é responsável por estatuir referidas regras (LARENZ, 2009).

O pensamento jurídico não tem que se mover em um único sentido que consista na conciliação entre a intuição e o conceito, afinal, se a intuição representa o todo, o conceito (e a regra por ele abarcada) abrange somente um aspecto parcial necessitando de constantes ampliações e retificações novamente empreendidas por meio da intuição. Assim sendo, os sucessores de Savigny jamais poderiam ter chegado à Jurisprudência dos Conceitos formal, se tivessem realmente atentado aos pressupostos teóricos dos quais partiu o jurista em questão (LARENZ, 2009).

Entretanto, a metodologia de Savigny resulta pouco eficaz, na medida em que não demonstra como se opera a transição da intuição do instituto para a forma abstrata da regra jurídica, e desta, enfim, para a intuição originária. Neste caso, cabe à ciência somente abstrair das regras já abstratas em si, os conceitos mais distanciados da intuição global do instituto. Savigny estabelece o conceito de relação jurídica como um poder de vontade. É por meio da relação jurídica que o sujeito exerce os seus direitos. O que estrutura o sistema é o nexu lógico dos conceitos gerais e abstratos, produtos da lógica formal abrindo caminho à

Jurisprudência dos Conceitos formal que teve Puchta como principal expoente (LARENZ, 2009), e na qual o nome de Savigny deve ser incluído com reservas (LARENZ, 2009). O intérprete deve colocar-se “espiritualmente” na posição de legislador e deixar que a lei brote novamente em seu pensamento (LARENZ, 2009).

É daí que decorrem os quatro elementos da interpretação: o gramatical, o lógico, o sistemático e o histórico. Não se trata de quatro espécies de interpretação, mas de atividades que devem proceder conjuntamente para lograr a interpretação do Direito e, por conseguinte, de seus institutos. A metodologia de Savigny parte da expressão e desloca-se para as idéias, e destas, para a atividade do espírito, que se orienta para uma intuição global da qual resulta a regra jurídica. É neste momento que Savigny se afasta do positivismo legalista presente nos escritos da juventude determinado pela nova teoria das fontes do Direito (LARENZ, 2009).

No caso de estar inserida na lei uma expressão indeterminada, o intérprete deve recorrer ao nexu interno que permeia a legislação, e para o fim especial da lei, na medida em que possa ser comprovável. Não se comprovando um fim especial da lei, invoca-se uma razão geral. A partir daqui, Savigny admite a interpretação restritiva, e a extensiva, a fim de retificar expressões defeituosas – o que não o fazia nos escritos da juventude. Somente por meio do conhecimento do verdadeiro pensamento da lei e do caminho histórico percorrido pelo legislador, a expressão normativa pode ser retificada, impedindo-se deste modo, que a lei – e, também, os institutos – sejam aplicados em desconformidade com o seu fim (LARENZ, 2009).

É, portanto, a partir da sistematização do Direito Romano realizada por Savigny, que resulta o desdobramento da capacidade jurídica em sua dupla perspectiva: na capacidade de direito, inerente ao indivíduo humano, e na capacidade de fato, considerada uma aptidão genérica para a aquisição de direitos e obrigações no âmbito do Direito Civil. É, também, a partir da metodologia de Savigny, que podemos concluir ser a capacidade a regra, e a incapacidade, a exceção. Nesta insere-se a incapacidade transitória de expressão da vontade ainda vigente após a reforma do Regime Jurídico das Incapacidades promovida pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência – Lei 13.146/15.

### **3. A INCAPACIDADE TRANSITÓRIA DE EXPRESSÃO: ENTRE A INCAPACIDADE ABSOLUTA E A RELATIVA, O MESMO PROBLEMA**

Há muito tempo, João Baptista Villela já advertia que o legislador respondeu de forma negativa ao problema dos *lúcida intervalla*. Tanto o Artigo 3º, que

relaciona os casos de incapacidade absoluta, quanto o Artigo 4º, que trata dos casos atinentes à incapacidade relativa usam a expressão verbal são. O verbo *ser* denota uma condição ou qualidade permanente. Logo, a idéia de uma oscilação entre a capacidade e a incapacidade, como é próprio de um regime que admite os intervalos lúcidos não encontraria abrigo no Código. É preciso, desde já, esclarecer que os sujeitos nomeados nos Artigos 3º e 4º não são definitivamente incapazes. Cessada a razão determinante da incapacidade, adquirem-na ou a readquirem. Entretanto, a alternância entre capacidade e incapacidade estaria excluída (VILLELA, 2010).

A incapacidade transitória de expressão permaneceu no texto do Código Civil mesmo com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015 – o que ocorreu a partir de Março de 2016. Embora os incisos II e III do Artigo 3º tenham sido revogados, alterando o regime de incapacidades em nosso ordenamento, o que houve, na realidade foi apenas uma alteração topográfica, pois a incapacidade transitória de expressão subsiste no Direito Brasileiro, porém está alocada, agora no Artigo 4º, III do Código Civil, e no mesmo dispositivo legal que se ocupa da incapacidade permanente.

Então, o que mudou? Nada. Houve tão somente uma mudança topográfica, já que a partir da vigência da Lei 13.146 de 2015, aqueles que não podem manifestar a sua vontade em caráter transitório ou permanente são relativamente incapazes.

Logo, a derrogação do Artigo 3º do Código Civil, e o rearranjo promovido pelo legislador muito pouco contribuiu para solucionar o problema dos *lúcida intervalla*. O verbo *ser* presente nos comandos legais empregados pelo legislador foi muito infeliz, pois cessada a incapacidade transitória, o impedido de expressar sua vontade, não existindo outra causa anterior ou superveniente de incapacidade, recuperará os seus poderes de exercício (VILLELA, 2010).

São muitas as situações em que alguém pode encontrar-se sem condições de exprimir sua vontade em razão de uma causa transitória, como aquele que está sob efeito de anestesia geral, ou em estado de coma profundo, ou pode, ainda, sofrer transitoriamente perda do discernimento (cf. Código Civil Art. 1860, *caput*) (VILLELA, 2010).

Antes da vigência da Lei 13.146 de 2015, ocorrendo um impedimento passageiro à expressão de vontade, o Código Civil impunha a consideração dos instrumentos de representação em favor do incapacitado. Eram duas as situações, a saber, a do enfermo e a do portador de deficiência física, nos termos do revogado Artigo 1780 (VILLELA, 2010).

Desde logo, importa salientar que o Código foi infeliz àquela época. Tão favorável às cláusulas gerais, em regra, promoveu no dispositivo legal mencionado uma redução casuística sem que a pessoa estivesse enferma ou sem que fosse portadora de deficiência física. É o caso, por exemplo, de pessoas que em razão de acidentes vêm-se subitamente ilhadas, impossibilitadas de se comunicarem com o exterior de seu ambiente. A vítima no caso não deve estar submetida à imponderabilidade de um socorro. Não se poderia dizer simplesmente que contra ela não corre prescrição, a não ser que se trate efetivamente de um caso de incapacidade absoluta, como previsto no Artigo 197, I do Código Civil. Assim, os recursos oferecidos pela gestão de negócios devem ser lembrados. A lei não exige que a causa transitória de incapacidade seja ininterruptível. Em rigor, aquele que se encontra entregue ao sono natural está, também sem condições de expressar sua vontade (VILLELA, 2010). É, portanto, vasto o complexo espectro de problemas que a expressão são incapazes, pode ensejar, seja a incapacidade absoluta ou relativa.

### **3.1. O DIREITO CIVIL ALEMÃO E O RECONHECIMENTO DOS INTERVALOS DE LUCIDEZ**

A incapacidade prevista no antigo artigo 3º, II do Código Civil Brasileiro era uma reafirmação do Direito Romano, cujas raízes estavam deitadas na Lei da XII Tábuas e que estaria expressamente prevista nas Institutas de Gaio. Admite-se que no período pós-clássico eram considerados válidos os negócios celebrados durante a *intermissio* ou (*di*)*lúcida intervalla* (*lichte Zwischenräume*), cujo reverso configurou a entidade do *mente captus* ou *demens*. Trata-se daquele que, embora mentalmente hígido, possa encontrar-se momentaneamente privado de discernimento. Assim, o *mente captus* corresponde ao incapaz por causa transitória do Código Civil Brasileiro, isto é, o art. 3º, III (hoje, art. 4º, III), e na invalidade da declaração que venha a emitir o sujeito no Direito Alemão. Nos dois casos, o defeito é passageiro (VILLELA, 2010).

Ocorre que, metodologicamente, o Direito Brasileiro está mais próximo do Direito Romano que o Direito Alemão. Em razão disso, o legislador pátrio qualificou o *mente captus* como incapaz, e estendeu-lhe o tratamento às demais situações de transitoriedade (impedimentos puramente físicos). Chegou-se, assim, naturalmente na ordem jurídica nacional à premissa de que a incapacidade pode ser conjugada, tanto com o verbo ser, quanto com o verbo estar. Nos casos do (antigo) art. 3º, II do Código Civil, o sujeito é incapaz. No caso do art. 3º, III, o sujeito está incapaz (VILLELA, 2010).

A ressalva do Código Civil Brasileiro no intuito de afirmar a incapacidade diante da ocorrência da hipótese, ainda que a causa impeditiva seja transitória,

implica a suspeita de que a intenção do legislador brasileiro foi afastar-se deliberadamente do BGB. Nele, se dispõe no § 104, 2<sup>1</sup> que é incapaz quem se encontre em estado de perturbação patológica da vontade, a não ser que se trate de uma anomalia passageira. Uma perturbação que não seja transitória constitui objeto do parágrafo seguinte do BGB. O §105,2<sup>2</sup> estatui a nulidade da declaração emitida em estado de inconsciência, ou de momentânea perturbação do intelecto (VILLELA, 2010).

As diferenças entre o BGB e o Código Civil Brasileiro não se explicam somente pelos tratamentos diversos que atribuem aos estados transitórios de quebra da higidez mental. No §104, 2 o BGB define uma hipótese de incapacidade geral. No §105, 2 não cuida nem de incapacidade geral, nem transitória, mas da validade da declaração (VILLELA, 2010).

É diverso o objeto tratado pelas disposições legais brasileiras e alemãs. O Código Civil Brasileiro se ocupa da impossibilidade de expressão da vontade. Parte-se, portanto, do pressuposto de que a vontade pode formar-se validamente, mas fica presa nos limites do sujeito. Este sujeito, ainda que perda transitoriamente o poder de comunicação resulta ferido de incapacidade. Por outro lado, o ponto de partida do BGB não é a expressão da vontade, mas a sua determinação (Willensbestimmung). Para o Direito Brasileiro, o sujeito é incapaz por um acidente na ordem comunicativa. De acordo com o Direito Alemão, independentemente da comunicação, a impossibilidade de formação saudável da vontade, inclusive, se for somente transitória, não determina a incapacidade. Em síntese, confrontados o ordenamento jurídico brasileiro e o alemão, o primeiro dá mais relevância ao impedimento da expressão da vontade do que o segundo, ao ponto de, mesmo sendo transitório, conduzir à incapacidade. O Direito Civil Alemão só considera estado de incapacidade aquele em que haja estado incapacitante duradouro (VILLELA, 2010).

No Direito Alemão, a formação da vontade (Willensbildung) não é livre, se não estiver embasada na ponderação racional. No contexto do ordenamento jurí-

---

<sup>1</sup>§104 Geschäftsunfähigkeit. Geschäftsunfähig ist:

2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. DEUCHLAND. *bürgerliches Gesetzbuch*. 69 Aufl. München: Beck, 2012, S. 22. §104. Incapacidade civil. São (estão) incapazes de exercer os atos da vida civil: 2. Aqueles que se encontram em estado de transtorno patológico das faculdades mentais que exclua a livre determinação da vontade, contanto que esse estado, por sua natureza, não seja transitório (tradução nossa).

<sup>2</sup>§105 Nichtigkeit der Willenserklärung.

2. Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird. DEUCHLAND. *bürgerliches...*, cit., S. 23. §105. Nulidade da declaração de vontade. 2. Também é nula a declaração de vontade emitida em estado de inconsciência ou de transtorno transitório das faculdades mentais (tradução nossa).

dico alemão, pode bastar a influência exercida por terceiros, desde que implique a exclusão da liberdade de formação da vontade (Freiheit der Willensbildung). O ponto de partida do BGB está intrínseco na vontade, enquanto o do Código Civil Brasileiro pode estar na vontade, mas não necessariamente. As hipóteses são convergentes no que se refere à insubsistência da vontade. No Direito Alemão, sendo transitória, a insubsistência torna nula a declaração, mas não incapaz o sujeito. No direito brasileiro, mesmo transitória, a simples impossibilidade de expressão torna o sujeito incapaz, ainda que subsista íntegra a vontade (VILLELA, 2010).

Quanto aos efeitos práticos, deveriam ser coincidentes, pois compreendido o fenômeno em sua incidência punctual tanto faz ser nula a declaração do sujeito capaz, quanto ser incapaz o sujeito emitente. Em ambos os casos, a declaração não vale. Entretanto, a coincidência só pode sustentar-se, e, de fato se sustenta, à condição de incapacidade por causa momentânea do direito brasileiro, ser ela, também, momentânea. E realmente é. No Direito Brasileiro, pode-se ser incapaz, ou estar-se incapaz (VILLELA, 2010).

O Código Civil de 2002 manteve submetidos à curatela, nos termos do Artigo 1767, I, aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade seja em caráter transitório ou permanente. Não seria mais adequado que a incapacidade transitória de expressão da vontade fosse regulamentada pelo legislador brasileiro? A está questão respondemos afirmativamente.

Concordamos com João Baptista Villela, no sentido de que faltou ao Código Civil Brasileiro a coerência do BGB, que de um lado não inclui entre os casos de incapacidade a limitação transitória, afastando-a expressamente, mas regulamenta a assistência da orientação (Betreuung) para os capazes que estejam impedidos de zelar por seus interesses, sem distinguir se o impedimento é resultante de uma enfermidade psíquica (psychische Krankheit) ou de uma restrição física (körperliche Behinderung), mental (geistige Behinderung) ou emocional (seelische Behinderung), desconsiderado sempre o seu caráter permanente ou transitório (VILLELA, 2010) (§1896<sup>3</sup>).

<sup>3</sup> Titel 2. Rechtliche Betreuung

§1896 Voraussetzungen. (1) <sup>1</sup> Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. <sup>2</sup> Den Antrag kann auch ein Geschäftsunfähiger stellen. <sup>3</sup> Soweit der nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann.

(<sup>1</sup> a) Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.

(2) <sup>1</sup> Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. <sup>2</sup> Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in §1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer

A incapacidade transitória está determinada pela sua duração, e advém de causas supervenientes. Tão logo apareça o impedimento, e tão logo cesse, a incapacidade transitória estará ou não instalada. Há, assim, um paradoxo. Por muito transitório que seja, não se trataria de um lapso fugaz (*vorübergehend*), idéia que serve à solução do BGB. Nele a atenção é centrada na declaração, um ato instantâneo, e não no agente. Exigido um *estado* de impossibilidade e não uma ocorrência fugidia do impedimento, como considerar instalada a incapacidade antes da configuração de um mínimo *continuun*? Para responder a esta problemática, recorreremos com Villela, aos exemplos da usucapião e da união estável. Trata-se de fenômenos, que, em razão da sua característica, só podem ser lidos numa perspectiva *ex post facto* (VILLELA, 2010).

Visando a um ensaio prático do raciocínio, Villela esclarece que uma prescrição que se tenha consumado antes de pleiteada a interdição de quem venha a ser declarado ausente, não se terá por oponível ao credor, se, ao completar-se o lapso o titular da pretensão já estivesse, de fato, desaparecido. Os efeitos da declaração de ausência são retroativos ao termo *a quo* do desaparecimento (VILLELA, 2010). Em razão disto, a incapacidade transitória de expressão da vontade deveria ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4. OS DIREITOS SUBJETIVOS: AS PERSPECTIVAS DE WINDSCHEID E JHERING

Tendo em vista as distinções entre pessoa e sujeito de direito apontadas anteriormente, a compreensão do instituto da capacidade civil acompanhado do

---

besorgt werden können.

(3) Als Aufgabenkreis kann auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden.

(4) Die Entscheidung über den Fernmeldeverkehr des Betreuten um über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten seiner Post werden vom Aufgabenkreis des Betreuers nur dann erfasst, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat. DEUHLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., S. 399. Título 2. Do Direito de Orientação. § 1896 Pressupostos: Se uma pessoa maior de idade não for capaz de administrar seus interesses total ou parcialmente em razão de enfermidade psíquica ou deficiência física, intelectual ou mental, o Juízo de Tutela nomeará orientador a seu pedido ou de ofício. O pedido também pode ser feito por pessoa civilmente incapaz. Se a pessoa maior de idade não for capaz de administrar seus interesses em razão de deficiência física, o orientador somente poderá ser nomeado mediante pedido da pessoa maior de idade, salvo se esta não puder manifestar sua vontade. 1 a. O orientador não será nomeado contra a vontade da pessoa maior de idade. 2 O orientador só poderá ser nomeado para os encargos em que a orientação seja necessária. A orientação não tem cabimento se os interesses da pessoa maior de idade puderem ser administrados de modo tão satisfatório por um pró-orientador que não seja uma das pessoas designadas no § 1897, par. 3º ou por demais auxiliares que não sejam nomeados representantes legais quanto por um orientador. 3. É possível a estipulação de esfera de encargos quanto a reivindicação de direitos atinentes ao orientado contra seus pró-orientadores. 4. A decisão acerca dos contatos telefônicos do orientado acerca do recebimento, abertura e manutenção da sua correspondência somente serão atribuídas ao orientador se o Juízo de Tutela assim determiná-lo expressamente (tradução nossa).

seu regime de exceção, e por fim, que as relações jurídicas que se estabelecem de pessoa a pessoa em torno de um objeto e permeadas por um vínculo jurídico de atributividade, permitindo que o sujeito exerça os seus direitos subjetivos por si, (ou não), é preciso proceder à sua definição e problematização, a partir dos escritos de Bernhard Windscheid e Rudolf Von Jhering.

#### **4.1. WINDSCHEID: A RADICALIZAÇÃO FUNCIONAL E O ELEMENTO PSICOLÓGICO COMO DETERMINANTES DOS DIREITOS SUBJETIVOS**

De acordo com Bernhard Windscheid, o direito deve ser compreendido em dupla perspectiva: a primeira delas é o direito em sentido subjetivo, isto é, uma faculdade. O exercício do direito subjetivo, ou desta faculdade se dá pelo seu titular diante do direito posto, ou direito objetivo, com base em um fato concreto exteriorizado por meio de um preceito jurídico (WINDSCHEID, 1930). A vontade do titular é elemento decisivo para o nascimento, extinção ou modificação do direito subjetivo que está vinculado ao preceito jurídico determinado pelo ordenamento. Logo, o direito subjetivo é um poder, um senhorio da vontade do seu titular assegurada pelo ordenamento jurídico (WINDSCHEID, 1930).

O ordenamento jurídico assegura ao titular do direito subjetivo, meios coativos, por meio dos quais ele exerce esse poder. Portanto, trata-se de uma permissão jurídica que não pode ser afastada do conceito de direito (WINDSCHEID, 1930).

Windscheid, ao determinar o conceito de direito subjetivo, vincula-o ao conceito de relação jurídica, compreendida, como vimos, a partir de relações que se dão de pessoa a pessoa em torno de um objeto. Trata-se aqui de um complexo de normas jurídicas que se referem a uma relação, a um instituto próprio, como por exemplo, a vida e a propriedade, a constituição de obrigações, o contrato (WINDSCHEID, 1930).

Esta perspectiva radicalmente funcional positivista do direito subjetivo deve, contudo ser compreendida com reservas, e não está livre de críticas. Eduardo García Máynez é enfático ao afirmar que a tese dos direitos subjetivos de Windscheid não consegue dar conta dos casos em que o titular do direito subjetivo não deseja exercitá-lo. O exemplo que o jurista mexicano traz à baila refere-se ao titular de um crédito que não deseja cobrá-lo do devedor. Tal circunstância fática não descaracteriza a faculdade concedida pelo ordenamento jurídico ao credor, afinal, se o direito subjetivo dependesse da vontade do seu titular, desaparecendo este pressuposto, extinguir-se-ia o direito subjetivo (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Como vimos não se trata somente de não desejar exercê-lo, mas, também de estar o sujeito impossibilitado no caso concreto de exercê-lo, em razão de uma

incapacidade transitória de expressão da vontade, independentemente de se tratar de uma incapacidade absoluta ou relativa, e por conseguinte da enfermidade incapacitante.

Além do mais, várias pessoas jurídicas carecem de vontade em sentido psicológico. São incapazes de querer, e não obstante, têm direitos e deveres. O caso dos incapazes, dos recém nascidos, das pessoas jurídicas (ou morais) é emblemático. Um sindicato ou uma sociedade mercantil carecem de poder volitivo próprio, porém são sujeitos de direito e assumem obrigações. Se a essência do direito subjetivo radicasse no querer, seria necessário negar-lhes a qualidade de pessoas em sentido jurídico (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Os direitos subjetivos não desaparecem, ainda que o seu titular ignore que eles existam, e não exista em seu titular um querer orientado para o seu exercício (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). Isto é, o titular pode renunciar ao exercício dos seus direitos subjetivos.

Por fim, existem direitos subjetivos cuja renúncia ao exercício não produzem consequências legais (jurídicas), como, por exemplo, o do trabalhador que, acometido por uma enfermidade laboral, requer uma indenização. Mesmo quando renuncia à referida indenização que lhe cabe, tal renúncia não produz consequências jurídicas. Neste caso, a lei visa à proteção do trabalhador independentemente da sua manifestação de vontade (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Após várias objeções à sua teoria dos direitos subjetivos, Windcheid sustentou que por “vontade”, deve-se entender aquela correspondente à do ordenamento jurídico – o que modifica consideravelmente o posicionamento do autor alemão, tendo em vista que a vontade do ordenamento jurídico é diversa da vontade dos indivíduos, isto é, do “querer” em sentido psicológico (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

#### **4.2. JHERING E O UTILITARISMO**

Se por um lado Windscheid funcionalizou radicalmente o conceito de direito subjetivo, por outro lado, foi a partir dos escritos de Rudolf Von Jhering (1947) que os direitos subjetivos evoluíram, e superaram sua vinculação a uma autonomia moral da pessoa, isto é, à sua vontade, elemento necessário, porém insuficiente para uma compreensão mais aprofundada acerca dos direitos subjetivos.

Para Jhering, os direitos subjetivos são a arena onde a vontade tem plena liberdade de locomoção, afirmando, assim, a personalidade jurídica da pessoa, mas não só. Parte-se aqui da premissa de que os vocábulos personalidade e capacidade jurídica não são sinônimos, sob pena de não reconhecer a capacidade de direito às crianças e aos portadores de enfermidades mentais. Portanto, os direi-

tos subjetivos da pessoa não estão vinculados somente ao arbítrio do legislador (VON JHERING, 1947).

Superando a perspectiva defendida pelos que o antecederam no âmbito da Jurisprudência dos Conceitos, Jhering sustenta que os direitos subjetivos não existem para realizar a idéia de vontade jurídica abstrata, mas para garantir os interesses da vida e realizar seus fins. É a utilidade, e não a vontade, o elemento essencial dos direitos subjetivos. A vontade humana não é mais do que a força motriz que impulsiona o sujeito a exercer os seus direitos (VON JHERING, 1947).

Assim sendo, além da vontade, há dois elementos constitutivos do direito subjetivo: um substancial, que é o fim prático do direito, isto é, a sua utilidade, ou as vantagens auferidas por seu titular; e o outro, o elemento formal, que é o meio para este fim, os direitos que devem ser (e estar) juridicamente protegidos por meio do exercício do direito de ação no âmbito judicial. Em síntese, os direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos (VON JHERING, 1947).

Os direitos subjetivos existem para assegurar à pessoa um bem da vida. Os direitos subjetivos devem, por fim, ser úteis ao seu titular. A esse bem da vida atrela-se a noção de valor, que é a medida de utilidade do bem da vida, e que estabelece com o sujeito de direitos uma relação voltada à realização de um fim. Os direitos subjetivos valorados podem ter ou não algum interesse para o sujeito dos quais o sujeito é o titular. O interesse que permeia os direitos subjetivos deve ser reconhecido pelo legislador, portanto, exige uma proteção jurídica (VON JHERING, 1947).

Esta proteção à qual Jhering faz menção é a proteção jurídica. Os direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos. Os direitos subjetivos garantem, assim, a segurança jurídica do proveito que o titular do direito pode deles retirar. Jhering resgata o direito de ação do Direito Romano. O direito de ação é o meio do qual se vale o sujeito para concretizar a proteção dos seus direitos subjetivos. Na medida em que o sujeito recorre ao Estado para garantir o exercício dos seus direitos, o Estado está obrigado a prestar a proteção jurídica dos direitos subjetivos, que por ventura sejam vilipendiados por outrem. A ação judicial é assim, a pedra de toque dos direitos subjetivos no âmbito do Direito Civil (VON JHERING, 1947). Onde não há espaço para que o sujeito de direito exerça seu direito de ação, não há proteção jurídica conferida pelo Direito Civil, pois não há, concretamente, interesses que reclamem proteção (VON JHERING, 1947). Enfim, a essência dos direitos subjetivos é o interesse (VON JHERING, 1947).

Embora a teoria de Jhering seja muito bem fundamentada, ela não está livre de críticas, assim como não o estava, a teoria de Windscheid (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). A primeira delas é a seguinte: se a nota atinente ao interesse fosse real-

mente essencial aos direitos subjetivos, estes não existiriam sem aquela. Assim o titular pode ou não reclamar a proteção jurídica conferida pelo ordenamento aos seus interesses (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). Não reclamando a tutela acerca dos seus direitos, eles subsistem (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Jhering reconhece que o legislador não tem condições de prever e garantir todas as espécies de interesses, porém, para manter a coerência de sua teoria, Jhering deveria admitir que o único elemento essencial ao conceito de direito subjetivo é a proteção jurídica, não o protegido ou tutelado, já que o interesse individual não existe, afinal, os conceitos de vontade e interesse são psicológicos. O sujeito só quer aquilo em que tem interesse, e só se tem interesse naquilo que se quer (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). O interesse mede os fins da vontade. A vontade se orienta ao alcance de finalidades numerosas, mas nem todas elas são alcançadas pelo sujeito. Atribui-se a certas finalidades maior valor que a outras, e, por conseguinte, dada a multiplicidade de finalidades a serem alcançadas, é preciso preferir finalidades às quais se pode atribuir maior valor. A medida dessa estimativa é o que se denomina interesse. Logo, trata-se de uma dimensão psicológica variável. Esta dimensão aumenta ou diminui de modo paralelo à valoração que o sujeito realiza acerca dos seus fins (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). É necessário proceder a uma transição do ideal para o real. Isto se dá somente no caso concreto, e não *a priori*.

O interesse é essencialmente subjetivo. A referência aos direitos objetivos é somente uma ficção. Em razão disto, Jhering substituiu o conceito psicológico de interesse por um conceito mais vago e flexível: o de interesse médio (GARCÍA MÁYNEZ, 2010). Interesses médios são aqueles partilhados em determinada sociedade, e que são orientados à consecução dos mesmos fins (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Ao se admitir os interesses médios, implicitamente, se aceita que o interesse compreendido como realidade psicológica não se dá em todos os casos, necessariamente. Se a proteção jurídica pode se referir às faculdades conferidas pela lei, ao sujeito de direito em determinado momento, pouco importa quem seja o titular dos direitos subjetivos em questão. Entretanto, é necessário sustentar que os direitos subjetivos se compreendem como a proteção de um interesse, certo de que nem sempre haverá interesses a serem protegidos. Assim sendo, tem-se uma ficção jurídica justificada por uma regra geral, isto é, o direito objetivo, que visa a proteger algo que interessa a todos os destinatários da norma (GARCÍA MÁYNEZ, 2010).

Se por um lado não podemos compactuar com a compreensão radicalmente funcional dos direitos subjetivos defendida por Windscheid, também não pode-

mos sustentar a compreensão utilitarista de Jhering, acerca dos direitos subjetivos. Uma compreensão personalista no âmbito do Direito Civil acerca desta categoria jurídica é imprescindível.

Considerando os elementos constitutivos da relação jurídica, a saber, sujeito, objeto e vínculo de atributividade, e, notadamente os direitos subjetivos que podem permear referida relação. Sustentamos a partir das obras referenciadas que a preservação patrimonial não é (nem deve ser) o fim do Direito.

O patrimônio deve estar a serviço do sujeito de direito, isto é, da pessoa concreta, que é um elemento constitutivo da relação jurídica. Assim, sua personalidade poderá ser também edificada, e, por conseguinte, sua perspectiva de vida digna fundada numa ponderação racional, reconhecida.

Defendemos, sob a perspectiva personalista do Direito Civil, e com vistas a permitir que o sujeito de direito no caso concreto exerça os seus direitos subjetivos, com dignidade, isto é, sem que seja considerado incapaz em qualquer graduação, que a incapacidade transitória de expressão deve ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, e que a incapacidade civil subsista somente nos casos de transtornos mentais de caráter duradouro que excluam a livre determinação da vontade do sujeito, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico alemão.

É necessária, portanto, uma concordância prática entre a finalidade dos institutos protetivos do sujeito de direito, como o regime jurídico de incapacidades, e a possibilidade de autodeterminação do sujeito acerca do exercício ou renúncia ao exercício dos seus direitos subjetivos. Logo, existe diferença entre ser incapaz, e estar incapaz. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro não deveria considerá-los verbos aos quais podemos atribuir o mesmo sentido, sob pena de tornarem-se cada vez mais apartados o sujeito e os seus direitos subjetivos.

## CONCLUSÃO

A pessoa é um ente abstrato, e o sujeito de direito é a concretização deste ente considerado um elemento estrutural da relação jurídica no caso concreto. São, portanto, termos com sinônimos diversos, mas que se complementam.

É a partir da sistematização do Direito Romano realizada por Savigny, que resulta o desdobramento da capacidade jurídica em sua dupla perspectiva: na capacidade de direito, inerente ao indivíduo humano, e na capacidade de fato, considerada uma aptidão genérica para a aquisição de direitos e obrigações no âmbito do Direito Civil. É, também, a partir da metodologia de Savigny, que podemos concluir ser a capacidade a regra, e a incapacidade, a exceção. Nesta insere-se a incapacidade transitória de expressão da vontade ainda vigente após

a reforma do Regime Jurídico das Incapacidades promovida pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência – Lei 13.146/15.

A incapacidade transitória de expressão permaneceu no texto do Código Civil mesmo com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015 – o que ocorreu a partir de Março de 2016. Embora os incisos II e III do Artigo 3º tenham sido revogados, alterando o regime de incapacidades em nosso ordenamento, o que houve, na realidade foi apenas uma alteração topográfica, pois a incapacidade transitória de expressão subsiste no Direito Brasileiro, porém está alocada, agora no Artigo 4º, III do Código Civil, e no mesmo dispositivo legal que se ocupa da incapacidade permanente.

A derrogação do Artigo 3º do Código Civil, e o rearranjo promovido pelo legislador muito pouco contribuiu para solucionar o problema dos *lúcida intervall*a. O verbo ser presente nos comandos legais empregados pelo legislador foi muito infeliz, pois cessada a incapacidade transitória, o impedido de expressar sua vontade, não existindo outra causa anterior ou superveniente de incapacidade, recuperará os seus poderes de exercício.

No que se refere à incapacidade transitória de expressão, vimos que no Direito Alemão, a formação da vontade (*Willensbildung*) não é livre, se não estiver embasada na ponderação racional. No contexto do ordenamento jurídico alemão, pode bastar a influência exercida por terceiros, desde que implique a exclusão da liberdade de formação da vontade (*Freiheit der Willensbildung*). O ponto de partida do BGB está intrínseco na vontade, enquanto o do Código Civil Brasileiro pode estar na vontade, mas não necessariamente. As hipóteses são convergentes no que se refere à insubsistência da vontade. No Direito Alemão, sendo transitória, a insubsistência torna nula a declaração, mas não incapaz o sujeito. No Direito Brasileiro, mesmo transitória, a simples impossibilidade de expressão torna o sujeito incapaz, ainda que subsista íntegra a vontade.

Quanto aos efeitos práticos, deveriam ser coincidentes, pois compreendido o fenômeno em sua incidência punctual tanto faz ser nula a declaração do sujeito capaz, quanto ser incapaz o sujeito emitente. Em ambos os casos, a declaração não vale. Entretanto, a coincidência só pode sustentar-se, e, de fato se sustenta, à condição de incapacidade por causa momentânea do direito brasileiro, ser ela, também, momentânea. E realmente é. No Direito Brasileiro, pode-se ser incapaz, ou estar-se incapaz.

O Código Civil de 2002 manteve submetidos à curatela, nos termos do Artigo 1767, I, aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade. Seria mais adequado, como constatamos que o legislador brasileiro suprimisse a incapacidade transitória do ordenamento jurídico.

Faltou ao Código Civil Brasileiro a coerência do BGB, que de um lado não inclui entre os casos de incapacidade a limitação transitória, afastando-a expressamente, mas regulamenta a assistência da orientação (*Betreuung*) para os capazes que estejam impedidos de zelar por seus interesses, sem distinguir se o impedimento é resultante de uma enfermidade psíquica (*psychische Krankheit*) ou de uma restrição física (*körperliche Behinderung*), mental (*geistige Behinderung*) ou emocional (*seelische Behinderung*), desconsiderado sempre o seu caráter permanente ou transitório (§1896).

A incapacidade transitória está determinada pela sua duração, e advém de causas supervenientes. Tão logo apareça o impedimento, e tão logo cesse, a incapacidade transitória estará ou não instalada. Há, assim, um paradoxo. Por muito transitório que seja, não se trataria de um lapso fugaz (*vorübergehend*), idéia que serve à solução do BGB. Nele atenção é centrada na declaração, um ato instantâneo, e não no agente. Exigido um *estado* de impossibilidade e não uma ocorrência fugidia do impedimento, a problemática atinente ao início e ao fim da incapacidade transitória de expressão só é possível se lida assim como a usucapião, e a união estável, numa perspectiva *ex post facto*.

Se por um lado não podemos compactuar com a compreensão radicalmente funcional dos direitos subjetivos defendida por Windscheid, também não podemos sustentar a compreensão utilitarista de Jhering, acerca dos direitos subjetivos. Uma compreensão personalista no âmbito do Direito Civil acerca desta categoria jurídica é imprescindível.

Considerando os elementos constitutivos da relação jurídica, a saber, sujeito, objeto e vínculo de atributividade, e, notadamente os direitos subjetivos que podem permear referida relação, sustentamos a partir das obras referenciadas que a preservação patrimonial não é (nem deve ser) o fim do Direito.

O patrimônio deve estar a serviço do sujeito de direito, isto é, da pessoa concreta, que é um elemento constitutivo da relação jurídica, ainda que transitoriamente esteja incapaz de exprimir sua vontade. Assim, sua personalidade poderá ser também edificada, e, por conseguinte, sua perspectiva de vida digna fundada numa ponderação racional, reconhecida.

Defendemos, sob a perspectiva personalista do Direito Civil, e com vistas a permitir que o sujeito de direito no caso concreto exerça os seus direitos subjetivos, com dignidade, isto é, sem que seja considerado incapaz em qualquer gradação, que a incapacidade transitória de expressão deve ser suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, e que a incapacidade civil subsista somente nos casos de transtornos mentais de caráter duradouro que excluam a livre determinação da vontade do sujeito, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico alemão.

É necessária uma concordância prática entre a finalidade dos institutos protetivos do sujeito de direito, como o regime jurídico de incapacidades, e a possibilidade de autodeterminação do sujeito acerca do exercício ou renúncia ao exercício dos seus direitos subjetivos, cessada a situação transitória que gerou sua incapacidade de expressão da vontade. Portanto, existe diferença entre *ser* incapaz e *estar* incapaz. O ordenamento jurídico brasileiro não deve considerá-los verbos aos quais podemos atribuir o mesmo sentido, sob pena de tornarem-se cada vez mais apartados o sujeito e os seus direitos subjetivos.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Vademecum compacto*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DEUCLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 69. Aufl. München: Beck, 2012.
- EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte, 2005.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 62. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2010.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- SAVIGNY, Carl Freidrich Von. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Editorial Comares, 2005.
- VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TAVEIRA TÔRRES, Heleno; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Túlio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 355-368.
- VON JHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. v. I.