

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 8

Abr / Jun 2016

Qualis B1

Doutrina Nacional / Allan Rocha de Souza / Vitor de Azevedo Almeida Junior / Wemerton Monteiro Souza / Anna Cristina de Carvalho Rettore / Beatriz de Almeida Borges e Silva / Diego Carvalho Machado / Maria Goreth Macedo Valadares / Isadora Costa Ferreira

Doutrina Estrangeira / Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Pareceres / Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Vídeos e Áudios / Ana Carla Harmatiuk Matos

CAPACIDADE DE AGIR E DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O CASO DO DIREITO À PRIVACIDADE

Capacity to act and personality rights in brazilian legal system: the case of the right to privacy

Diego Carvalho Machado

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Professor adjunto do Curso de Direito da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira –
FUNCESI (Itabira/MG, Brasil).

*“Legal capacity goes beyond decision-making;
it is about what it means to be human”*

Anna Nilsson

Resumo

Este artigo tem por objeto o estudo do exercício de situações jurídicas subjetivas e o papel que a capacidade de agir desempenha nesta seara. Por isso o regime previsto no Código Civil brasileiro de 2002 referente a tal capacidade é analisado, feitas as devidas considerações a respeito das mudanças determinadas pela Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que reformou o rol das incapacidades e o instituto da curatela. Para a tutela e promoção integral da pessoa humana com a realização dos bens da personalidade mediante situações subjetivas (não pré-fixadas por tipificação legal), é importante garantir ao seu próprio titular o exercício do direito, desde que possua discernimento para a prática do ato. No direito brasileiro este parâmetro deve direcionar o exercício do direito à privacidade, ainda que pelo menor de idade ou pelo interditado, a fim de assegurar à pessoa o controle sobre suas informações pessoais.

Palavras-chave

Capacidade de agir; situações jurídicas subjetivas; proteção da personalidade humana; privacidade.

Abstract

This article focuses on the study of the exercise of subjective legal situations and the role that the capacity to act plays in this field. Therefore, the provided regime in the 2002 brazilian Civil Code that refers to this capacity is analyzed, with the necessary considerations about the changes determined by the Federal Law nº 13.146/2015, the Statute of Persons with Disabilities, which reformed the list of incapacities and the guardianship institute. For the protection and integral promotion of the human person with the realization of personal values by subjective situations (not pre-fixed by legal classification), it is important to ensure its own holder the exercise of the right, whereas exists discernment to perform the act. In brazilian law this parameter should orientate the exercise of the right to privacy, albeit by a minor or by a person submitted to guardianship, in order to assure the person's control over their personal information.

Keywords

Capacity to act; subjective legal situations; human personality protection; privacy.

Sumário

1. Introdução – 2. Situações jurídicas subjetivas e (in)capacidade de agir. Algumas considerações sobre o regime codificado da capacidade de agir e sua recente reforma pela Lei nº 13.146/2015 – 3. Direitos da personalidade e seu exercício e regime(s) jurídico(s) da capacidade de agir – 4. Considerações sobre o exercício do direito à privacidade – 5. Conclusão

1. Introdução

Na descontínua construção da ideia de subjetividade, a considerar a sua concepção moderna do jusracionalismo e a que se delineia na contemporaneidade, caminha-se pela senda da abstração para a realidade da vida, em que o sujeito, excessivamente formalizado qual modelo ideal sem face e traços peculiares – uma silhueta de ser humano –, vai sendo transformado em pessoa de carne e osso, com rosto, que somente a luz do real pode revelar¹ – se homem ou mulher, adulto, criança ou idoso, com ou sem deficiência, etc. Esta, a pessoa humana, se tornou o cerne das preocupações do direito, que se instrumentaliza para proteger a dignidade da pessoa numa realidade marcada pelo pluralismo e pela diferença, além de intensamente afetada pelos avanços tecnológicos.

A força atrativa da realidade não apenas impulsiona o reconhecimento e atribuição de direitos fundamentais que passam a compor a esfera jurídica da pessoa. Mais do que isso, para proteger e promover a dignidade humana, inclusive nas relações privadas, necessário é zelar pelo *efetivo exercício* de tais direitos, sua realização por livre decisão do titular.

Nesse contexto ganha relevância o estudo de conceitos jurídicos como o da capacidade de agir e seu respectivo regramento no ordenamento jurídico brasileiro, cuja operação percute na tutela da personalidade humana e sua concretização mediante o exercício de direitos da personalidade, isto é, posições subjetivas cuja proteção tem por referência bens essenciais à pessoa. Entre estas chama-se atenção para o direito à privacidade, cuja amplitude foi alargada em razão dos desdobramentos sociais das novas tecnologias; as mesmas que estão à base, segundo Bauman, de uma vigilância pós-pan-

¹ A respeito de tal enfoque, do sujeito à pessoa, v. RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012, p. 140-147.

óptica² hoje em curso. O imperativo de tutela da privacidade se faz presente mesmo relativamente àqueles tradicionalmente tidos por incapazes de exercer seus direitos com autonomia: o menor de idade e o curatelado.

2. Situações jurídicas subjetivas e (in)capacidade de agir. Algumas considerações sobre o regime codificado da capacidade de agir e sua recente reforma pela Lei nº 13.146/2015.

Tomando em consideração as relações sociais que o ordenamento jurídico visa regular, os comportamentos adotados pelos sujeitos em interação são valorados pelo intérprete da norma jurídica que, aplicando-a ao caso concreto, qualifica-os de modo a apreender as pessoas em *situações jurídicas subjetivas*,³ tais como direito subjetivo, direito potestativo, poder jurídico, dever e ônus. Noutras palavras, as situações jurídicas subjetivas são consequências jurídicas da interpretação e aplicação do ordenamento às relações concretas.⁴

Portanto, uma vez verificado que, no exercício da profissão, o inescusável erro de diagnóstico em que incidiu o médico foi a causa necessária para a perda funcional de membro inferior de seu paciente, resulta da atividade hermenêutica sobre o caso concreto que o ato ilícito praticado fez nascer para agente e vítima situações jurídicas subjetivas, a saber, a obrigação de indenizar e o direito subjetivo de ser reparado do dano (moral) à sua integridade psicofísica, respectivamente.

Não obstante os diversos perfis e enfoques que têm lugar no estudo teórico das situações jurídicas subjetivas, destaca-se, dentro da estreiteza dos limites deste trabalho, as noções de *titularidade* e *exercício*: a primeira, o liame entre sujeito e situação subjetiva; a segunda, o comportamento em concreto referível à situação jurídica. Essas noções se colocam em momentos lógicos e cronologicamente distintos, porquanto o exercício pressupõe a titularidade,⁵ de sorte que normalmente é o próprio titular da situação jurídica subjetiva (*e. g.*, direito subjetivo de propriedade sobre automóvel) quem há de exercê-la (*e. g.*, por em movimento a faculdade de dispor ao alterar o motor do carro).

² BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014. E-book.

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9-14.

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, *op. cit.*, p. 11; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: ESI, 1997, p. 75, 78.

Nesta sede a teoria do direito lança mão de certas categorias jurídicas a fim de explicar dogmaticamente os momentos da titularidade e do exercício das situações subjetivas que integram a esfera jurídica da pessoa; são as denominadas *capacidades*:⁶ (i) *capacidade de direito* ou *jurídica* (ou, ainda, *de gozo*), medida da aptidão para ser titular de situações jurídicas; e (ii) *capacidade de agir* ou *de exercício*, poder de exercer autonomamente as situações jurídicas subjetivas titularizadas, ou, consoante Manuel de Andrade, "a susceptibilidade de utilizar ou desenvolver, só por si ou mediante procurador, a própria capacidade de gozo".⁷

A capacidade de direito é atribuída a todas as pessoas físicas e jurídicas. Entretanto, esta atribuição não é estanque e uniforme para todas as pessoas, sejam elas humanas ou não, pois que, por exemplo, a dimensão de situações subjetivas que a pessoa humana pode titularizar é certamente mais ampla do que a extensão das situações das quais a pessoa jurídica pode ser titular, haja vista os direitos fundamentais de notório cunho existencial tais como à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção, entre outros tantos. Já a capacidade de agir, por sua vez, incidindo no plano do exercício das situações subjetivas, não é reconhecida pelo ordenamento jurídico a todas as pessoas, porque há comportamentos e atos que, importando exercício de situações jurídicas, só podem ser realizados com respaldo do Direito se o titular da situação subjetiva tiver discernimento para governar a si mesmo. Isto é, às pessoas carentes da compreensão necessária para aquilatar segundo critérios econômicos, afetivos, morais, profissionais etc., a decisão que lhe atende os próprios interesses, em realização de seus direitos e deveres, a capacidade de agir se ausenta em alguma medida.

Esta última noção, a bem da verdade, está atada à liberdade de ação do ser humano, ou, nos dizeres de Pasquale Stanzione, à possibilidade ou idoneidade de adotar um comportamento,⁸ visto que não basta reconhecer a titularidade de certas posições subjetivas – tais como liberdade de iniciativa, integridade psicofísica, direito ao planejamento familiar etc.; é preciso realizá-las na concretude da vida assegurando juridicamente as condutas que as põem em exercício.

⁶ Optou-se por trilhar segundo as premissas da teoria bipartida das capacidades. A respeito do tema vide MACHADO, Diego Carvalho. *Capacidade de agir e pessoa humana*. Juruá: Curitiba, 2013, p. 88-96.

⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 1. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, p. 31.

⁸ STANZIONE, Pasquale. *Capacità (diritto privato)*. In: AUTORINO, Gabriela; STANZIONE, Pasquale. *Diritto civile e situazioni esistenziali*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 56.

Importante, no entanto, é salientar que a capacidade de agir não é categoria atuante em todo e qualquer momento de exercício de situação jurídica subjetiva.⁹ Partindo da definição acima formulada percebe-se que a suscetibilidade de pôr em movimento e realizar autonomamente direitos e deveres se faz necessária para a prática de atos cuja decisão coloca em causa o discernimento da pessoa. Pense-se, por exemplo, na liberdade de iniciativa e de contratar exercida com a aquisição de ações de determinada sociedade anônima, ou no consentimento para a disposição de órgão do próprio corpo para fins de transplante. De outro lado, tal necessidade não se vê quando se trata da concretização do direito à vida ou da liberdade de expressão exercida por artista plástico ao esculpir em madeira sua obra.

Nesta direção, em busca de lapidar critério a identificar quando o exercício de situação subjetiva requer capacidade de agir, Pietro Perlingieri propõe que esta é exigível se a conduta da pessoa titular da posição jurídica envolver o *poder de disposição*,¹⁰ aspecto este que tem ensejo em todo *ato de autonomia* que provoca uma vicissitude constitutiva, modificativa ou extintiva de uma relação jurídica. Trata-se de construção dogmática que auxilia na individuação do espectro de comportamentos que impescindem da capacidade de exercício uma vez que pressupõem discernimento para a tomada de decisão.

Bem pensadas as coisas, o estudo da capacidade de agir e o delineamento do seu regime jurídico é também, a um só tempo, o da contraposta *incapacidade de exercício*, eis que proclama quem tem liberdade de agir e autodeterminar-se e quem não tem autorresponsabilidade para exercer situações subjetivas de que é titular. Há aí nessa lógica binária uma séria e dura *opção seletiva* da lei¹¹ entre capazes e incapazes, aptos e inaptos, que felizmente não escapou ao olhar crítico da civilística contemporânea consciente da historicidade e relatividade dos conceitos jurídicos.¹² Desvelou-se a carga

⁹ Bernardes de Mello reputa ser a capacidade de agir pressuposto de exercício de direitos: “Assim, também, ocorre relativamente aos demais direitos: a capacidade jurídica é pressuposto de sua aquisição e as capacidades específicas [espécies do gênero capacidade de agir], particularmente, de seu exercício”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito. Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 3, p. 11, jul./set. 2000).

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 82.

¹¹ Stanzione assevera ser o conceito de capacidade de agir “instrumento de dura seleção entre indivíduo e indivíduo” (STANZIONE, Pasquale, op. cit., p. 138).

¹² Entre outros, trataram do tema: RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudo na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-34; RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado democrático de direito*. 2007. 201

excludente em que foi erguido o regime da (in)capacidade de agir pelo direito civil tradicional que, longe da materialidade da vida, forjou um paradigma *patrimonialista*, no qual somente as atividades de conteúdo econômico/patrimonial eram reputadas relevantes,¹³ e de *normalidade jurídica* – orientado pelas leis da natureza –, em que os menores de idade, de sabida imaturidade, e os “loucos”, acometidos por anomalia psíquica de causa determinada pela natureza, eram afastados do exercício autônomo dos seus direitos,¹⁴ relegados a categoria subalterna de sujeitos cuja vontade, desprezada, devia ser substituída pela dos pais, tutores e curadores – pessoas em melhores condições de escolher como o incapaz deveria exercer seus direitos e deveres.

Apesar de promulgado no alvor do século XXI, sob o auspício de uma ordem constitucional profundamente transmutada, o Código Civil brasileiro de 2002 (CC/02) seguiu essa tão criticada orientação; decerto por herança do oitocentista Código Bevilacqua.

O regime jurídico da capacidade de agir no sistema jurídico-civil brasileiro é inicialmente delineado pelos artigos 3º e 4º do CC/02, nos quais está inscrito o rol das incapacidades, em que o legislador prestabeleceu, geral e abstratamente, as pessoas inaptas à prática autônoma dos “atos da vida civil”, graduando a incapacidade em *absoluta* ou *relativa*. Conquanto muita vez esquecido, também informa o dito regime jurídico o regramento das invalidades (CC/02, arts. 166, I, e 171, I) e os institutos de suprimento da incapacidade de exercício (representação e assistência) secundados pela trilogia protetiva – autoridade parental, tutela e curatela.

No referido artigo 3º, o CC/02 elenca quais são as pessoas absolutamente incapazes, que têm sua capacidade de agir restringida total e completamente, enquanto no artigo 4º a falta de capacidade de exercício dos sujeitos ali citados é abrandada,

f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 03-36, jan./mar. 2008; MACHADO, Diego Carvalho. *Capacidade de agir e pessoa humana*. Juruá: Curitiba, 2013.

¹³ Rodotà tece contundentes considerações a respeito: “Questo riduzionismo non ha determinato soltanto una esclusione *soggettiva* di quelli che non presentavano tutte le caratteristiche ritenute necessarie per svolgere le operazioni economiche, senza ombre derivante dal dubbio che qualche difetto di capacità potesse rimetterle in discussione. Ha imposto una riduzione della dimensione giuridica davvero rilevante alle sole attività accompagnate dall’attributo della patrimonialità, con una esclusione *oggettiva* di tutto ciò che appartiene alle relazioni irriducibili al puro dato economico. E la negazione della capacità nell’ambito patrimoniale ha trascinato con sé una sostanziale negazione di capacità in altri momenti dell’attività umana, come quelli riguardanti gli atti di natura personale e quelli legati alla vita quotidiana” (RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milão: Feltrinelli, 2006, p. 26).

¹⁴ RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 27-29.

reconhecendo a lei que a incapacidade recai apenas sobre o exercício de certas atividades, justamente sobre aquelas em relação às quais essas pessoas não têm discernimento bastante para agir com autonomia e responsabilidade.¹⁵

Preveem os artigos 3º, I, e 4º, I, o que a doutrina ordinariamente chama de incapacidades em razão da pouca idade, isto é, da menoridade. Estes dispositivos legais devem ser lidos juntamente com a regra do art. 5º, *caput*, do CC/02, que estabelece a maioridade aos 18 anos completos, porque daí se percebe claramente que o legislador lançou mão de um critério etário para instituir previamente uma linha divisória entre a incapacidade (total ou parcial) e a capacidade de agir plena das pessoas. Tal critério, a seu turno, se inspira no normal desenvolvimento das faculdades mentais que os indivíduos experimentam, de modo que se pode dizer que aqui opera uma espécie de equiparação ou proporção entre a prescrição legislativa e o real discernimento do indivíduo.¹⁶

Assim sendo, o alcance da maioridade faz raiar a plena aptidão ao autônomo exercício de situações jurídicas subjetivas por haver aí uma verdadeira presunção legal de discernimento,¹⁷ ao passo que os menores de idade são reputados absoluta ou relativamente incapazes de agir, pois, conforme a regra de experiência, destituídos no todo ou em parte da compreensão e juízo necessários para reger pessoalmente seus interesses. A total inaptidão ao exercício pessoal de direitos e deveres perdura do nascimento até os 16 anos de idade: a vedação ao exercício da autonomia privada pela pessoa humana durante esse período é amplíssima. Já quanto à incapacidade de agir atenuada daqueles que a lei reconhece ter algum discernimento, seu intervalo de duração é dos 16 aos 18 anos de idade. Neste caso há mais espaço para a autonomia privada do menor, visto que este tem capacidade de agir relativamente a alguns atos, os quais na estrutura do código brasileiro são o contrato de mandato, desde que seja o mandatário (art. 666), o casamento (art. 1.517), o testamento (art. 1.860), e, segundo alguns autores, o reconhecimento de filho.¹⁸

¹⁵ RODRIGUES, Rafael Garcia, op. cit., p. 14.

¹⁶ STANZIONE, Pasquale, op. cit., p. 66. Vide, ainda, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 192.

¹⁷ BALLARANI, Gianni. *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 34; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 100.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 342-343. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar 2009, p. 126-128. No

Isto posto, depois de atingida a maioria a pessoa humana tem, em regra, plena capacidade de exercício. Eventualmente, porém, esta regra pode ser excepcionada, havendo então a consubstanciação da figura do maior de idade sobre o qual recai alguma incapacidade. Nesta situação, a pessoa, muito embora ter alcançado a maioria, não tem concretamente o discernimento para fazer escolhas por si e responsabilizar-se pelas mesmas devido a alguma turbacão mental existente. Verificada, pois, esta, a restrição da capacidade de agir do indivíduo não se opera automaticamente, mas somente irá ser reconhecida por força de decisão judicial prolatada em procedimento de interdição que determine a medida da incapacidade de agir, instituindo a curatela para proteger o vulnerável.

Dentre as hipóteses que oportunizam a incapacitacão após a maioria, o CC/02 prevê casos que remetem à afetacão da integridade psíquica da pessoa por alguma causa congênita ou adquirida, como se vê nos artigos 3º, II, e 4º, II e III, do texto legal originariamente promulgado. Certamente, em todas as situacões ditadas nestes dispositivos (da “enfermidade e deficiência mental”, do “ébrio habitual”, dos “viciados em tóxicos” e dos “excepcionais”) há algum tipo de distúrbio no entendimento do indivíduo, em graus que podem se apresentar extremamente variados.

Nesta seara a recente Lei federal nº 13.146 de 06 de julho de 2015, designada Estatuto da Pessoa com Deficiência, promoveu reforma por demais significativa no regime codificado da capacidade de exercício. Com *vacatio legis* de 180 dias após sua publicacão oficial¹⁹ – portanto, produzindo efeitos normativos do dia 03 de janeiro de 2016 em diante – esse diploma legal alterou uma série de dispositivos do CC/02 pertinentes às incapacidades e ao instituto da curatela, bem como inovou com o procedimento da *tomada de decisão apoiada*²⁰, tudo com o fito de conferir tutela jurídica às pessoas com *deficiência*

entanto, Caio Mário parece ser da opinião de que só com a maioria pode a pessoa perfilhar (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. V. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 348-349).

¹⁹ Diário Oficial da União de 07 de julho de 2015, pág. 2.

²⁰ O art. 114 da Lei nº 13.146/2015 mudou a redacão legal dos arts. 3º, 4º, 228 (agora com os §§ 1º e 2º) 1.518, 1.550 (acrescidos os §§ 1º e 2º), 1.557, III, 1.767 a 1.769, 1.771, 1.772 e 1.777, incluiu o art. 1.775-A. Já no art. 123, a lei revogou os incisos I, II e III do art. 3º, os incisos II e III do art. 228, o inciso I do art. 1.548, o inciso do art. 1.557, os incisos II e IV do art. 1.767, bem como os arts. 1.776 e 1.780, todos do CC/02. Além disso, o art. 115 deu nova redacão ao Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código; e o art. 117 acrescentou o Capítulo III ao mencionado Título IV, bem como o art. 1.783-A. Todavia, muito importante tecer algumas considerações em relacão às alterações textuais dos arts. 1.768, I, 1.769, I e III, 1.771 e 1.772. O Estatuto da Pessoa com Deficiência procedeu a reforma destes dispositivos ignorando que a Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil (NCPC), revogou expressamente os arts. 1.768 a 1.773 do CC/02, como se vê no art. 1.072, II, no livro das disposições finais e transitórias do diploma processual. Para

mental ou *intelectual*²¹ em consonância com a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo.

A CDPD foi assinada em Nova Iorque em 30 de março de 2007 e confirmada com a aprovação do Congresso Nacional mediante o Decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, com o quórum qualificado exigido pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, de sorte que seu teor foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional. O texto da convenção internacional arvora-se sobre a concepção de deficiência de acordo com um modelo social e baseado nos direitos humanos,²² que a enxerga como “uma consequência da interação entre pessoas com debilidades e o ambiente”,²³ ou seja, a deficiência é resultado não somente de

entender o problema em causa deve se ter em conta que: i) a Lei nº 13.146/2015 é lei ordinária posterior ao NCPC, não prevendo explicitamente a repristinação das regras do Código Civil que foram revogadas; e ii) devido aos diferentes períodos de *vacatio legis*, a primeira entrou em vigor dia 03 de janeiro de 2016 e a segunda vigorará a contar do dia 17 de março do mesmo ano. Deste modo, havendo a impossibilidade de repristinação tácita no direito brasileiro – inconfundível com o *efeito repristinatório tácito* decorrente de decisões do STF em sede de ações diretas de inconstitucionalidade (NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. E-book. p. 545-547; MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. p. 416-417) – a nova redação legal dos arts. 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772, vigora desde o dia 03 de janeiro, no entanto só produzirá efeitos jurídicos até 16 de março, eis que no dia subsequente iniciar-se-á a vigência do NCPC, que determina a revogação dos ditos dispositivos do CC/02. Ressalte-se que as “regras do novo CPC deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pois esta tem força normativa superior àquela” (LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes. *Revista Consultor Jurídico*, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 29 set. 2015).

²¹ A Lei nº 13.146/2015 utilizou a expressão *deficiência mental ou intelectual* ao alterar o texto legislativo do art. 1.550, § 2º e do art. 1.769, I. No que tange a *deficiência intelectual* há atualmente maior consenso na adoção desta terminologia: “Intellectual disability is characterized by significant limitations both in intellectual functioning and in adaptive behavior as expressed in conceptual, social, and practical adaptive skills. This disability originates before age 18” (SCHALOCK, Robert L.; LUCKASSON, Ruth A.; SHOGREN, Karrie A. *The Renaming of Mental Retardation: Understanding the Change to the Term Intellectual Disability. Intellectual and Developmental Disabilities*, v. 45, n. 2, abr. 2007, p. 118). É conceito que inclui aquelas pessoas que possuem dificuldades na sua funcionalidade intelectual, considerado o ambiente sociocultural em que inserido, como por exemplo as pessoas com síndrome de Down. Já o termo *deficiência mental* não é utilizado de maneira pacífica pela comunidade internacional, podendo ser substituído por outros como “deficiência psicossocial”; diz respeito às pessoas que são diagnosticadas com e/ou vivenciam problemas de saúde mental, tais como transtorno bipolar, autismo e esquizofrenia (COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual or psychosocial disabilities*. [S. l.]: Council of Europe, 2012, p. 9).

²² MENEZES, Joyceane B. de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015, p. 3-4; PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. p. 72-73; COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, op. cit., p. 17-18.

²³ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, op. cit., p. 17. No preâmbulo da convenção, cuja promulgação se deu pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, se lê no item “e”: “*Reconhecendo* que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência

condições intelectuais ou mentais (e físicas ou sensoriais) do indivíduo, mas também do fracasso social de se criar um ambiente inclusivo para a pessoa vulnerável, com barreiras que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (CDPD, art. 1º, 2; Lei nº 13.146/2015, art. 2º, *caput*).²⁴

Pautada nessa compreensão de deficiência, a CDPD segue, acompanhada de perto pela Lei nº 13.146/2015, toda inspirada pelo imperativo da *igualdade*, visando promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por toda pessoa com deficiência (CDPD, art. 1º, 1; Lei nº 13.146/2015, art. 1º, *caput*). Consagra em seu texto normativo os “princípios gerais” da igualdade de oportunidades, da não-discriminação, do respeito das diferenças, da acessibilidade, entre outros,²⁵ apontando assim que a igualdade aí tratada vai efetivamente além do prisma formal – marca da primeira fase de proteção dos direitos humanos – e se revela na faceta *material* ou *substantiva*, a qual busca atenuar as desvantagens que de fato atingem determinado grupo social e o marginaliza –²⁶ justamente o caso das pessoas com deficiência.

É neste viés que se coloca a contundente reforma do regime codificado da capacidade de exercício acima anunciada, como uma maneira de “eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação”.²⁷

e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

²⁴ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 74.

²⁵ CDPD, art. 3º. Relativamente ao argumento de ser a igualdade arrimo da convenção, leia: “The CRPD was developed on the basis of the recognition that the existing human rights framework had failed to protect the human rights of people with disabilities in an equal measure with others. Hence, the principle of equality underpins the entire convention. It is not about creating ‘separate’ or ‘special’ rights for persons with disabilities, but about including persons with disabilities in the existing human rights discourse and tailoring existing rights to fit their needs. While the CRPD concerns primarily the situation of persons with disabilities, it also addresses the general human rights discourse. It presents a fully developed concept of equality in human rights terms. It moves beyond formal equality and creates an understanding of equality that is closely linked with the perception that disability is a disadvantage that occurs when persons with impairments meet an inaccessible environment and not a characteristic simply imputable to the individual” (COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual or psychosocial disabilities*. [S. l.]: Council of Europe, 2012, p. 18).

²⁶ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 67 e 71-72.

²⁷ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 73. Já na década de 1970, Pasquale Stanzone havia considerado a relação entre princípio da igualdade e a teoria das capacidades. Em suas anotações menciona o entendimento doutrinário que vislumbrava a igual capacidade jurídica de todos os homens como “expressão jusprivatística do princípio constitucional da igualdade”, ao que critica a análise limitada ao perfil da igualdade formal, desinteressada pela vertente material. “Certo è che, lungi dal voler affrontare il complesso problema relativo al significato, alla portata ed ai limiti del principio d’eguaglianza [...], l’accentuata coincidenza di vedute è quanto meno sospetta. Dietro la concordia delle opinioni si cela l’insidia di un’interpretazione riduttiva della

A CDPD e o estatuto brasileiro cuidaram precisamente da capacidade de agir na medida em que, não bastando a nítida preocupação com o exercício autônomo de direitos e liberdades fundamentais e reconhecida “a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” (CDPD, art. 3º, *a*), o artigo 12 da Convenção afirmou gozarem as pessoas com deficiência de *capacidade legal* em relação a todos os aspectos da vida. Neste conceito, reproduzido no artigo 84 do referido estatuto, ambas as categorias jurídicas *capacidade de direito* e *capacidade de exercício* estão, em verdade, contidas.²⁸ Dado que os países de *Common Law* desconhecem essa bipartição de capacidades acolhida no sistema jurídico de vários países de tradição romano-germânica²⁹ como o Brasil, com razão adotou-se tal noção abrangente.

Nesse passo, em operação no plano infraconstitucional, a Lei nº 13.146/2015 não só declarou a capacidade, ademais, revogou os incisos I a III do artigo 3º do CC/02, bem como modificou a redação legal dos incisos II e III do artigo 4º e alterou as hipóteses autorizativas de interdição inscritas no artigo 1.767.³⁰ Assim, o artigo 3º não mais estatui a absoluta incapacidade de agir dos “enfermos ou deficientes mentais” e dos “que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”; permanecendo somente a inaptidão total do menor de 16 anos de idade. Quanto à incapacidade relativa, o artigo 4º prevê em seu elenco, além dos maiores de 16 e menores de 18 anos de idade (inc. I), dos pródigos (inc. IV) e dos ébrios habituais e viciados em tóxico (inc. II), a nova hipótese de inc. III: “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem

questione, nel senso che la proclamata eguaglianza consegue il risultato minimo costituito dall'identità della posizione giuridica di tutti gli uomini di fronte all'ordinamento, in una visione essenzialmente statica del fenomeno: non a caso si sottolinea, in proposito, che il legislatore fissa l'acquisto della capacità giuridica al momento della nascita”. § “Il dubbio poi si trasforma in certezza se si costata che, in passato come ancora oggi, di eguaglianza della capacità giuridica si discorre soltanto in via di principio. Lo svuotamento della formula astratta si ottiene attraverso un'accorta manovra delle nozioni di capacità giuridica speciale e soprattutto di capacità d'agire e si concretizza in più o meno pesanti restrizioni alle manifestazioni concrete dell'agire della persona umana. È proprio su questo terreno che va proficuamente spostata l'indagine. Coticché, in una prospettiva sensibile ai valori enunciati nei principi fondamentali della costituzione e più attenta al profilo dinamico della realtà, la problematica dell'eguaglianza si salda con quella della personalità umana e del pieno svolgimento della stessa. In tale quadro non è più consentito, probabilmente, arrestare l'esame alla mera eguaglianza formale e disinteressarsi di quella materiale che si sostanzia di storicità e di relatività. Non azzardata appare, pertanto, l'affermazione che ‘le disuguaglianze economiche e sociali, in particolare, riducono e talvolta annientano la teoria attitudine a ritrovarsi nell'una o nell'altra situazione giuridica’” (STANZIONE, Pasquale, op. cit., p. 43-45).

²⁸ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual or psychosocial disabilities*. [S. l.]: Council of Europe, 2012, p. 11.

²⁹ VENCHIARUTTI, Angelo. Incapaci in diritto comparato. In: *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. v. IX. Turim: UTET, 1993, p. 384 ss.

³⁰ Lei nº 13.146/2015, art. 114. As modificações e revogações levadas a efeito por esta lei configuram cumprimento de obrigação a que a República Federativa do Brasil está vinculada, consoante determinação do art. 4º, 1, b, da CDPD.

expressar sua vontade”. Essas três últimas hipóteses são correspondentes aos indivíduos sujeitos a interdição, na forma do artigo 1.767.

A retirada das pessoas com deficiência mental ou intelectual do rol daqueles que são prévia e abstratamente havidos por inaptos à regência autônoma de sua esfera jurídica significa que a deficiência não tolhe *per se* a autonomia individual da pessoa,³¹ já que apesar do distúrbio da funcionalidade mental ou intelectual pode existir, no caso concreto a ser considerado, discernimento para se autodeterminar na tomada de decisão, mesmo que para tanto se obtenha de outrem algum tipo de suporte. Se se parte da concepção de que a deficiência possui uma componente social, emergindo da conjugação entre o impedimento (de ordem mental e/ou intelectual)³² e fatores ambientais, estes fatores – verdadeiras barreiras externas –³³ devem ser eliminados (pelo poder público e pela sociedade) a fim de se gerar condições iguais a todos para exercer seus direitos e liberdades fundamentais. Daí que se, por exemplo, a própria linguagem padrão utilizada na prestação de informações ao público dificulta a compreensão de pessoa com Síndrome de Down, lançar mão a entidade pública ou privada de linguagem mais simplificada e adequada é medida de auxílio para a pessoa com deficiência entender a informação e, por conseguinte, escolher de modo autônomo e independente que conduta ou ato praticar.

Contudo, cumpre salientar que a exclusão das pessoas com deficiência mental ou intelectual do rol das incapacidades não importa impossibilidade definitiva de sofrerem interferências até mesmo na sua capacidade de agir. Se concretamente, a despeito das medidas implementadas para afastar as barreiras existentes, carecer ao sujeito o discernimento para agir com autonomia, pode haver, como medida protetiva

³¹ “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]” (Lei 13.146/2015, art. 6º).

³² A deficiência mental ou intelectual passam a ser o principal foco do presente trabalho.

³³ O art. 3º, IV, do Estatuto da Pessoa com Deficiência as define legalmente: “barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outras classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias”.

extraordinária, a intervenção em sua esfera jurídica³⁴ mediante a curatela – por interdição ou não.

Explica-se.

A reforma trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência tocou profundamente no instituto da curatela, com perfil e pressupostos constitutivos distintos. Se em seu traçado de origem no CC/02 a curatela praticamente pressupunha interdição civil,³⁵ de acordo com os contornos delineados pela lei reformadora esse pressuposto tem colorido excepcionalíssimo. Depreende-se das mudanças legislativas que o instituto protetivo passará a ter ensejo (i) como medida de apoio ao deficiente mental ou intelectual necessitado de ajuda e suporte para praticar atos e negócios jurídicos patrimoniais, com a preservação de sua autonomia (*curatela de apoio*); e (ii) como modo de restringir a capacidade de exercício das pessoas que, não podendo autodeterminar-se em todo caso, precisam ser assistidas na tomada de algumas decisões e atos da vida civil (*curatela interditiva*).

No primeiro caso tem-se a curatela como um instrumento de amparo à pessoa com deficiência que, em razão das dificuldades de compreensão que possui, enfrenta obstáculos ainda não removidos para bem e autonomamente administrar seus interesses patrimoniais. Uma vez instituída judicialmente tal curatela, a autonomia privada do curatelado permanecerá incólume, porquanto, inexistindo interdição ao exercício de situações subjetivas,³⁶ não serão outorgados ao curador, por obra da lei, poderes de assistência ou representação. O desiderato estampado no artigo 84 da Lei nº 13.146/2015 é que o deficiente exerça seus direitos e liberdades fundamentais em igualdade (*substantiva*) de condições relativamente às pessoas sem deficiência, por isso tratou da curatela como medida de suporte em que outra pessoa (curador) deverá atuar a fim de facilitar a compreensão e prestar o adequado auxílio ao curatelado, seja, por exemplo, declarando a vontade deste a terceiros, traduzindo informações de maior grau de complexidade em linguagem simples e compreensível, ou, de modo mais ativo, formulando proposições sugestivas ao curatelado a fim de ajudá-lo em certas escolhas – v. g., concluir contrato de

³⁴ MENEZES, Joyceane B. de, op. cit., p. 12 e 15-16; LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. p. 490-491.

³⁵ Ressalvada a antiga hipótese do art. 1.780 do CC/02.

³⁶ Atente-se para a nova redação legal do art. 1.769, I, do CC/02. A legitimidade conferida ao Ministério Público não é mais para propor ação de interdição, mas para promover “o processo que define os termos da curatela” do deficiente mental ou intelectual.

locação de imóvel residencial –, promovendo, enfim, na maior medida possível o discernimento do deficiente para a prática de atos da vida negocial.³⁷ Registre-se ainda que, a fim de se atender específicas necessidades do sujeito com deficiência, poder de representação poderá ser atribuído pelo juiz ao curador para a prática de determinados atos de cariz patrimonial, à semelhança do que estatua o artigo 1.780 do CC/02,³⁸ com a curatela administrativa especial³⁹ ou por representação.⁴⁰

Não obstante resguardar a autonomia da pessoa com deficiência, esta medida de apoio tem *caráter extraordinário*, de sorte que, definida por decisão judicial, deve se amoldar às necessidades e particularidades do curatelado e ter mínima duração possível (Lei nº 13.146/2015, art. 84, § 3º). Note-se que à pessoa com deficiência foi dada a faculdade de instaurar medida alternativa à *curatela de apoio* e que parece colher a preferência da lei: a *tomada de decisão apoiada* (Lei nº 13.146/2015, art. 84, § 2º). Nesta não só preserva-se a capacidade de agir do sujeito, mas ela mesma é fruto da autonomia privada do apoiado e de seus apoiadores.⁴¹

Na sua segunda conformação, a curatela poderá ser estabelecida mediante pronunciamento judicial exarado no bojo de procedimento de interdição,⁴² em que fundamentadamente o magistrado definirá os limites da incapacidade de exercício do interditando. Uma vez abolida a incapacidade absoluta após a maioridade – inclusive das pessoas com deficiência mental ou intelectual – extirpa-se, conseqüentemente, a total

³⁷ A curatela assume esse perfil de medida de apoio em observância do dever do Estado brasileiro com lastro no art. 12, 3, da CDPD. Nesse diapasão é a lição encontrada em estudo patrocinado pelo *Commissioner for Human Rights* do Conselho da Europa: “The supports that Article 12 calls for can take a variety of forms including support to enable someone who communicates in alternative ways to convey his/her message to third persons; support to assist someone in their contacts with the authorities; and life planning supports to assist a person in thinking about options for living and other arrangements. Common to all these measures is that the choices rest with the individual. Third parties, i.e. public officials, doctors, social workers, bank employees and others must in turn take measures to enable the individual to enter into agreements and make other decisions with legal consequences (reasonable accommodation)” (COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, op. cit., p. 22).

³⁸ Conforme o revogado ditame legal, a pessoa com deficiência física poderia requerer, bem como os outros legitimados do artigo 1.768, a instituição de “curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XX. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 504.

⁴⁰ MENEZES, Joyceane B. de, op. cit., p. 16.

⁴¹ CC/02, “Art. 1.783-A [...] § 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar”.

⁴² O procedimento especial de interdição foi disciplinado pelo novo Código de Processo Civil nos arts. 747 ao 758.

interdição civil da pessoa humana. Daí ser de todo coerente prever no artigo 1.767 do CC/02, como passíveis de serem interditados, os maiores de idade considerados relativamente incapazes.⁴³

Como medida de *ultima ratio*, a interdição será aplicada (i) aos ébrios habituais e viciados em tóxico, (ii) aos pródigos, e (iii) àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Quanto aos primeiros, a restrição à capacidade de exercício justifica-se tão somente quando a dependência fisiopsíquica advinda da ebriedade e do consumo de entorpecentes obnubilar o discernimento necessário para realizar atos de autonomia. Já os segundos, em hipótese que resiste a mais uma reforma legislativa, não deveriam sequer compor o rol dos artigos 4º e 1.767 do CC/02. A interdição por prodigalidade é hipótese haurida da tradição legislativa luso-brasileira cujo fundamento se acha na garantia do patrimônio, não só da família como também do próprio indivíduo,⁴⁴ o que colide inconciliavelmente com o dever do Estado de não intervir na liberdade e autonomia da pessoa a não ser que a falta de discernimento requeira a aplicação do expediente protetivo da curatela e limitação da capacidade de exercício para a prática de atos de disposição patrimonial.

O terceiro grupo de pessoas submetidas à interdição civil, por sua vez, merece aqui um pouco mais de atenção.

Nesse ponto, o intérprete minimamente atento certamente se deu conta que, em verdade, a Lei nº 13.146/2015 transplantou, com alteração redacional pouco significativa, a hipótese originária de absoluta incapacidade de agir insculpida no artigo 3º, III, do CC/02, para o artigo 4º, III, entre os relativamente incapazes. O texto normativo já sofria duras críticas desde sua promulgação em 2002. João Baptista Villela reputou estapafúrdia a declaração presente no inciso III do art. 3º de incapacidade da pessoa que, mesmo por causa transitória, não pode exteriorizar sua vontade, por considerar absolutamente incapaz quem *está* momentaneamente incapaz, como se dá com o indivíduo em estado comatoso, ou sob efeito anestésico, ou em sono hipnótico ou completa embriaguez, e a pessoa com transtorno mental que a acomete por breves intervalos. Neste sentido fatural há uma tautologia, anota o autor, uma vez que afirmar a incapacidade de agir

⁴³ Exceção feita, obviamente, aos maiores de 16 e menores de 18 anos de idade.

⁴⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Ed. Rio, Livraria Francisco Alves, 1975, p. 95.

de quem não pode ou não está em condições de expressar sua vontade seria o mesmo que dizer que o paralítico não pode andar.⁴⁵

Ainda hoje ecoa a crítica do civilista mineiro. Ademais, para essas situações muito provavelmente a solução que se afigura mais correta é a constituição não da curatela interditiva, mas daquela não restritiva da capacidade de exercício, em que, sendo deferido judicialmente poder de representação ao curador, terá este o *múnus* de zelar pela gestão das relações patrimoniais do curatelado impedido de manifestar a vontade.

Para a adequada aplicação dos artigos 4º, III, e 1.767, I, do CC/02, propõe-se aqui que apenas seja admitida a interdição do sujeito que, por afetação de seu discernimento, não puder *absolutamente* externar sua vontade mesmo após a implementação de medidas de apoio pertinentes e razoáveis. Permanecendo o óbice, a curatela interditiva torna-se necessária (*in extremis*), devendo ser moldada, pelo magistrado ao decretá-la, em consonância com as potencialidades e características identitárias do interditando (NCPC, art. 755, II). Neste viés, a pessoa com deficiência mental ou intelectual poderá ter sua capacidade de agir restringida,⁴⁶ mas como último recurso, atendido o *princípio da preservação máxima da capacidade* (Lei nº 13.146/2015, art. 84, §§ 1º e 3º; NCPC, art. 755).⁴⁷

3. Direitos da personalidade e seu exercício e regime(s) jurídico(s) da capacidade de agir

Dentre as situações subjetivas merecedoras de tutela jurídica, os assim chamados *direitos da personalidade* assumiram destacada posição na história recente do universo jurídico – notadamente no âmbito do direito civil.

⁴⁵ VILLELA, João Baptista. Capacidade civil e capacidade empresarial: poderes de exercício no projeto do novo Código Civil. In: Conselho da Justiça Federal. *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro – Série cadernos do CEJ*. Brasília, 2002, p. 45.

⁴⁶ Em sentido contrário: LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes. *Revista Consultor Jurídico*, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 29 set. 2015.

⁴⁷ A *Recommendation n° R (99) 4* sobre princípios relativos à proteção legal dos adultos incapazes adotada pelo *Committee of Ministers* do Conselho da Europa em 23 de fevereiro de 1999, prevê o *princípio da preservação máxima da capacidade*: “*Principle 3 – Maximum preservation of capacity*. 1. The legislative framework should, so far as possible, recognise that different degrees of incapacity may exist and that incapacity may vary from time to time. Accordingly, a measure of protection should not result automatically in a complete removal of legal capacity. However, a restriction of legal capacity should be possible where it is shown to be necessary for the protection of the person concerned. [...]”.

Desde a primeira Revolução Industrial, no início do século XIX, o desenvolvimento tecnológico e científico incessantemente alcançado tem gerado penetrantes modificações nas relações do ser humano com o mundo, seus semelhantes e consigo mesmo; isso não apenas sob o ângulo do empoderamento da pessoa mediante as tecnologias da informação e da comunicação e das “tecnologias da liberdade”,⁴⁸ mas também em razão da sua evidenciada vulneração ante os riscos de tais inovações tecnocientíficas. Novas exigências de proteção jurídica foram surgindo junto da difusão da consciência social de maior valorização da pessoa humana:⁴⁹ ao passo que há mais liberdades cuja realização garantir, configuram-se mais riscos à pessoa e responsabilidade por danos a imputar.

Não obstante o duro embate travado pelos civilistas a respeito da teoria dos direitos da personalidade desde a assunção mais precisa de seus contornos com a obra de Otto von Gierke no fim dos Oitocentos,⁵⁰ a categoria tem sido um dos principais instrumentos de proteção da personalidade humana,⁵¹ gozando de incontestável consolidação nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica da atualidade.⁵²

No direito brasileiro o tema foi objeto de positivação legislativa (apenas) com o advento do CC/02, que entre os artigos 11 e 21 conferiu disciplina ao direito ao próprio corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade. A propalada novidade da recente codificação não passou, todavia, de “propaganda enganosa”,⁵³ visto que o capítulo “Dos direitos da personalidade” é essencialmente

⁴⁸ Stefano Rodotà assim denomina as inovações tecnológicas, marcadamente na área biomédica, que subtraíram certas possibilidades da esfera do caso fortuito ou do campo semântico da necessidade de intervenção, para ampliar o poder de escolha e autodeterminação da pessoa humana a fim de realizar seus projetos de vida, como é o caso das técnicas de reprodução assistida, que, ao superarem a infertilidade como fato da natureza, permitiram inúmeros casais realizarem seu projeto parental (RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bolonha: Il Mulino, 1995, p. 149-153).

⁴⁹ SCALISI, Antonino. *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*. Milão: Giuffrè, 1990, p. 5.

⁵⁰ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, p. 22-23.

⁵¹ Eis que “incidem os direitos da personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da vida privada. É este um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. actual. 9. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 207).

⁵² Por todos: TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. t. I. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58; PINO, Giorgio. Teorie e dottrine dei diritti della personalità: Uno studio di meta-giurisprudenza analítica. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Bolonha, n. 1, p. 237-274, jan./jun. 2003.

⁵³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 126.

repetição textual de dispositivos integrantes de Anteprojeto de Código Civil da década de 1960 da autoria de Orlando Gomes, que o revisou junto a Caio Mário da Silva Pereira e Orosimbo Nonato. O legislador pátrio, com efeito, reduziu a insatisfatórios 11 artigos, elaborados com excessiva rigidez e em contextura histórico-social sensivelmente distinta da atual, toda a matéria, relegando em grande medida a evolução doutrinária e jurisprudencial, daqui e alhures, da proteção das situações jurídicas existenciais.⁵⁴

Para a tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, na verdade, o marco normativo de maior importância é a Constituição da República de 1988, que no artigo 1º, III, alçou a dignidade da pessoa humana à estatura de axial princípio jurídico, cuja normatividade colhe integralmente as relações privadas, de modo que a tutela da personalidade não é deveras comportada nos estreitos limites da tipificação dos supracitados artigos do CC/02, que além de ignorarem direitos como o direito à identidade pessoal, não se coaduna com a expansão da autonomia privada existencial e a possibilidade de colisão entre direitos da personalidade no caso concreto. Mais: resumir a proteção da personalidade humana ao regramento codicístico implicaria setorização da tutela jurídica e seu confinamento em fechadas situações-tipo previamente estabelecidas.⁵⁵

Sendo unitário o fundamento da proteção destinada pelo ordenamento jurídico à personalidade humana e seu livre desenvolvimento, também a própria tutela jurídica (preventiva, reparatória ou promocional)⁵⁶ deve ser conformada unitariamente, logo, não segmentada entre direito público ou direito privado ou mesmo fracionada em cerrados modelos normativos pré-fixados, como se a personalidade humana, na pluralista sociedade contemporânea, pudesse ser dividida em interesses determinados e esquemas apriorísticos de situações jurídicas subjetivas.⁵⁷

⁵⁴ Além de “retrogrado e demagógico”, Gustavo Tepedino considerou o projeto de codificação civil então aprovado já obsoleto tecnicamente no que tange aos arts. 11 ao 21 (TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358). Vide também: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 48.

⁵⁶ Sobre a insuficiência das tutelas preventiva e reparatória, bem como a necessidade de se assegurar a promoção dos bens da personalidade: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 244-245.

⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 144.

Neste sentido, concebe-se no direito brasileiro – por influência das ideias do italiano Pietro Perlingieri –⁵⁸ uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, com fulcro no artigo 1º, III, da Constituição da República, a fim de que o intérprete se valha de instrumental idôneo para uma proteção jurídica integral da personalidade que se expressa numa complexidade de situações subjetivas existenciais não tipificadas, com abertura que permite a devida tutela dos interesses não patrimoniais em conformidade com as peculiaridades da cosmovisão de cada um e as circunstâncias da concretude dos fatos, seja por meio da estrutura de direito subjetivo, de direito potestativo, de poder jurídico, de estado etc. Esse entendimento, propagado pela escola do direito civil-constitucional, tem recebido ampla guarida na doutrina pátria⁵⁹ e, por influxo desta, na jurisprudência dos tribunais,⁶⁰ apontando no horizonte brasileiro a superação do debate teoria pluralista vs. teoria monista dos direitos da personalidade.

É indubitável a relevância dessa construção jurídica para a atividade hermenêutica, porque, a partir da referida cláusula geral e do reconhecido atributo da *elasticidade* da tutela da personalidade,⁶¹ uma série de interesses existenciais não abarcados pela disciplina dos direitos da personalidade inscrita no CC/02 ou pela

⁵⁸ Dentre os vários escritos do autor, alguns inclusive já traduzidos para o português, vide PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Nápoles: ESI, 1972, p. 181-190.

⁵⁹ Sem a pretensão de catalogar exhaustivamente os autores que se filiam a essa corrente de pensamento, relaciona-se os seguintes: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980; TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 47 ss.; BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 141 ss.; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima, op. cit., p. 240 ss.; PENTEADO, Luciano de Camargo. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 49, p. 105-107, jan./mar. 2012. Ademais, na IV Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, foi aprovado o enunciado nº 274, a saber: “*Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação*”.

⁶⁰ STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1.008.398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15.10.2009; STJ, Reclamação n. 13.203/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 08.10.2014, publ. 15.10.2014; TJSC, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 2011.093070-7, Rel. Des. Cesar Abreu, j. em 18.12.2012; TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70054873500, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julg. 23.10.2013; TJPR, 9ª Câmara Cível, Embargos Infringentes n. 341197-0/02, Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, julg. 31.05.2007; TJMG, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0223.02.096771-5/001, Rel. Des. Selma Marques, julg. 04.03.2009; TJRJ, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 0127333-10.2012.8.19.0001, Rel. Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, julg. 25.06.2015; TJPE, 1ª Câmara Cível, Apelação n. 336171-3, Rel. Des. Josué Antônio Fonseca de Sena, julg. 20.07.2014; TRF 2ª Região, 6ª Turma Especializada, Apelação Cível n. 2002.02.01.001519-3, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julg. 19.10.2009.

⁶¹ Dito atributo não se confunde, porém, com a característica do(s) direito(s) de propriedade de igual nomenclatura (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 185-186).

legislação especial tornam-se merecedores de tutela jurídica; como se dá com o *direito de não saber* sobre seu “destino biológico” diagnosticado em decorrência de testes genéticos,⁶² ou com o *direito à voz*, este sem vinculação com a imagem da pessoa humana.⁶³ No entanto, para a integral realização do livre desenvolvimento da personalidade não basta a titularidade de situações subjetivas existenciais, deve-se assegurar, outrossim, o seu *efetivo exercício*.

Daí retomar-se, pois, as questões pertinentes à capacidade de agir.

Os direitos da personalidade e seu exercício por comportamentos que realizam os respectivos bens tutelados suscitam, entretanto, a indagação sobre a própria aplicabilidade da mencionada categoria na seara das situações existenciais. Surge a dúvida por força da compreensão de que a titularidade dessas situações subjetivas é *orgânica*, isto é, são situações tão estreitamente ligadas ao titular, que têm exclusivamente neste liame a sua razão de ser, a sua função,⁶⁴ constituindo-se, portanto, situações *personalíssimas*. Ninguém a não ser o próprio titular da situação subjetiva existencial (direito ao próprio corpo, direito à vida, direito à privacidade etc.) pode exercê-la.

Para um incapaz de agir, sob a ótica do regime jurídico forjado pelo direito civil tradicional segundo o paradigma patrimonialista, os institutos de suprimento da incapacidade de exercício (representação e assistência) seriam adequados para sua proteção no tráfego negocial por meio da substituição ou confluência de vontade do representante ou assistente na prática de atos jurídicos. É dizer: ao incapaz é atribuída a titularidade da situação subjetiva (patrimonial), enquanto o exercício é entregue ou depende da participação assertiva de outrem. Salta aos olhos que esse esquema jurídico não pode ser transplantado para a esfera das situações jurídicas existenciais, pena de ferir a

⁶² GRAEME, Laurie. *Genetic privacy: a challenge to medico-legal norms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, passim; RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, op. cit., p. 121-122. O art. 10 da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, enuncia: “Quando são recolhidos dados genéticos humanos, dados proteômicos ou amostras biológicas para fins de investigação médica e científica, as informações fornecidas na altura do consentimento deverão indicar que a pessoa em causa tem direito a decidir ser ou não informada dos resultados. Esta cláusula não se aplica à investigação sobre dados irreversivelmente dissociados de pessoas identificáveis nem a dados que não conduzam a conclusões individuais relativas às pessoas que participaram na referida investigação. Se necessário, o direito a não ser informado deverá ser tornado extensivo aos familiares identificados dessas pessoas que possam ser afectados pelos resultados”.

⁶³ EDUARDO, Thales José Pitombeira. O conteúdo patrimonial do direito à voz no contexto da proteção da personalidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 1911-1958, 2015. Disponível em: <<http://cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2015-01>>. Acesso em 14 out. 2015.

⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 76.

própria relevância prática da titularidade destas por incapazes de agir, uma vez que têm caráter personalíssimo.⁶⁵

Muito embora atual, deve-se dizer que o problema não é por completo uma novidade. Já se debatia em sede doutrinária sobre as implicações da incapacidade de agir frente aos atos reputados personalíssimos,⁶⁶ como o testamento, o casamento e o reconhecimento de filho. Uma primeira corrente de pensamento se levantou para sustentar que é a capacidade de direito que entra em jogo neste caso, haja vista que diante da pessoalidade do ato e inaplicabilidade do instituto de suprimento da incapacidade seria excluída a possibilidade do ato, que significaria, por seu turno, o total impedimento ao direito ou dever que o ato realiza e a negação da possibilidade de o incapaz ser sujeito dos direitos e deveres que deste resultariam.⁶⁷ Assim, a incapacidade de exercício convolaria em incapacidade de direito.⁶⁸

De outro lado, refutou esta tese Pietro Rescigno. Na visão do professor italiano deve-se ter em conta que a possibilidade ou não da estipulação de um negócio ou realização de um ato mediante representação é um elemento de todo estranho ao fenômeno da capacidade ou incapacidade de agir. Na verdade, para este autor, o que há é a falta de verificação dos pressupostos para o desenvolvimento da capacidade de agir, e não a ausência de capacidade jurídica.⁶⁹

Também contrários à mencionada tese, Angelo Falzea e Giacomo Arena argumentaram, com maior razão, que os propositores da conversão da incapacidade de agir em incapacidade de direito equivocaram-se ao desconsiderar as características que são

⁶⁵ No sentido do texto são as palavras de Eduardo Espínola: “Quando a lei não reconhece no sujeito do direito capacidade de agir, dá-lhe um representante civil, que em seu lugar pratica atos jurídicos. É claro que tal representação não se estende aos direitos que, por seu caráter essencialmente pessoal, só pela própria pessoa podem ser exercidos” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 352).

⁶⁶ Na definição de Angelo Falzea, “sono gli atti personalissimi che, o sono posti in essere dal titolare della situazione giuridica e perciò da chi sarà soggetto del relativo rapporto, o non possono venire compiuti [...]” (FALZEA, Angelo. *Capacità (teoria generale)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. VI. Milão: Giuffrè, 1960, p. 28).

⁶⁷ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Nápoles: Jovene, 1989, p. 25; STANZIONE, Pasquale, op. cit., p. 230.

⁶⁸ Adotando essa orientação, Carvalho Santos ressaltava que aos que não tinham o exercício de seus direitos resultava ao cabo, se personalíssimos, na privação do gozo destes: “Entretanto, certos direitos existem, que, por exceção, não podem ser exercidos senão pelas próprias pessoas a quem são atribuídos. Tais são os direitos de casar ou de dispor de seus bens por testamento. Resulta daí ficarem as pessoas que não possuem o exercício de seus direitos, realmente, privados do seus gozo e não poderem usufruir as vantagens que eles comportam” (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 253).

⁶⁹ RESCIGNO, Pietro. *Capacità di agire*. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. v. II. 4. ed. Turim: UTET, 1998, p. 210.

próprias aos atos personalíssimos. A impossibilidade de suprimento da incapacidade de agir mediante a aplicação do instituto da representação que se observa nesta sede, decorre, com efeito, da obstrução da atuação de terceiros que a natureza personalíssima do ato provoca. Apesar de, na perspectiva tradicional, o resultado prático ser uma vedação dos incapazes de agir à realização e participação de atos desta espécie, não se pode dizer tecnicamente que o problema se traslada do plano da capacidade de agir para o plano da capacidade jurídica: ocorre que o instituto que supre a incapacidade de exercício não pode ser aplicado por causa da natureza do ato jurídico.⁷⁰

Não obstante a discussão acima ter a atenção voltada ao ato jurídico personalíssimo e não ao exercício da situação subjetiva que lhe dá suporte, foi proveitosa para se elaborar respostas à pergunta: a capacidade de agir é categoria operante no exercício de direitos da personalidade?

Uma das mais respeitáveis correntes que enfrentou o assunto⁷¹ teve seu nascedouro na Itália, delineada pela pena de Pietro Perlingieri, Pasquale Stanzione e Gaspare Lisella, havendo recebido nos últimos anos a adesão de civilistas brasileiros como Rose Melo Vencelau Meireles,⁷² Rafael Garcia Rodrigues,⁷³ Ana Carolina Brochado Teixeira⁷⁴ e Paulo Lôbo.

Com a legítima preocupação de indevidamente transpor categorias e institutos do campo patrimonial para o existencial, esta doutrina reputa equivocada e acrítica a extensão da área de atuação do binômio capacidade jurídica-capacidade de agir, emerso no seio das relações patrimoniais, às situações jurídicas existenciais.⁷⁵ O pressuposto da teoria bipartida das capacidades – diferenciação entre titularidade e exercício do direito – seria apto a configurar modelo perfeitamente justificável e aplicável no plano das situações jurídicas patrimoniais, mas, ao sentir de Pasquale Stanzione, inaceitável em relação às situações existenciais: “se tais direitos, mais do que os outros, são concebidos aos fins do desenvolvimento da pessoa humana [...], não há qualquer valor

⁷⁰ FALZEA, Angelo, op. cit., p. 28; ARENA, Giacomo. Incapacità (diritto privato). In: *Enciclopedia del Diritto*. v. XX. Milão: Giuffrè, 1970, nota nº 11, p. 911.

⁷¹ Com subsídios na tese da conversão da incapacidade de agir em incapacidade jurídica.

⁷² MEIRELES, Rose Melo Vencelau, op. cit., passim.

⁷³ RODRIGUES, Rafael Garcia, op. cit., p. 24.

⁷⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, Rio de Janeiro, n. 0, p. 61-65, out./nov. 2007.

⁷⁵ Em 1972 Pietro Perlingieri já colocava em crise a dicotomia capacidade jurídica-capacidade de agir (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 139).

reconhecer abstratamente um desses sem conceder também a possibilidade de exercê-lo imediatamente”.⁷⁶

No desdobramento das ideias acima, concluem que a “titularidade e a realização [exercício] coincidem com a existência mesma do valor”⁷⁷ da personalidade humana, por isso seria correto afirmar a incindibilidade entre titularidade e exercício das situações subjetivas existenciais e a irrelevância das figuras da capacidade jurídica e da capacidade de agir nesta esfera. De acordo com essa linha de pensamento, seria necessária para o exercício de situações subjetivas referentes a bens da personalidade, a denominada *capacidade de discernimento*. Este conceito é definido como a concreta possibilidade de tomada autônoma de decisão, tendo em vista o ambiente circundante ao específico ato existencial e as condições subjetivas do agente, de modo que a escolha seja adotada com o mesmo grau de consciência e maturidade (*rectius*, discernimento) que se pretende de uma pessoa adulta (capaz) em face de circunstância análoga. Tem-se como imediato consectário desta categoria a regra da verificação casuística do discernimento do indivíduo que o habilita ao livre exercício de situações subjetivas existenciais.⁷⁸

Duas críticas, contudo, podem ser direcionadas a essa tese. Primeiramente, como já ressaltado em outra oportunidade, deve-se atentar para as derivações lógico-sistemáticas da incindibilidade entre titularidade e exercício as situações existenciais:

a indivisão entre titularidade e exercício que se alega existente nas situações existenciais implica dizer que onde há titularidade tem exercício, e onde há exercício tem titularidade; e o mesmo serve para o caso de juízo negativo: onde não há um também não há o outro. A valoração unitária que então se impõe a respeito da titularidade e do exercício das situações jurídicas existenciais, importa, dessarte, no reconhecimento de que o critério que pretensamente determina apenas um desses momentos, na verdade

⁷⁶ STANZIONE, Pasquale, op. cit., p. 250. Tradução livre de: “se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana [...], non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente”.

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 116-117. Em outra ocasião, Pasquale Stanzone consigna o mesmo entendimento: “La dignità e la personalità umana sono valori non esprimibili nei termini delle categorie tradizionali: o si nega del tutto la loro attribuzione alla persona oppure la si ammette, senza possibilità però, in questa seconda ipotesi, di scindere l’astratto riconoscimento dalla concreta attuazione” (STANZIONE, Pasquale, op. cit., p. 64).

⁷⁸ A respeito da capacidade de discernimento assevera Pasquale Stanzone: “Si suggerisce di non enunciare una regola generale, ma di accertare nell’ipotesi concreta la c.d. capacità di discernimento. Vale a dire che, con riferimento al singolo tipo di attività, in considerazione dell’ambiente nonché delle condizioni soggettive del minore, l’interprete dovrà stabilire se questi abbia oppur no la capacità, o meglio il discernimento, per prede una decisione con la medesima consapevolezza di una persona adulta” (STANZIONE, Pasquale, op. cit., p. 26).

se torna requisito de ambos: esse também se reveste de unitariedade. Dessa maneira, a noção de capacidade de discernimento propugnada por esta corrente doutrinária não se constitui um critério só referente ao exercício de situações subjetivas, mas igualmente o é no tocante à titularidade das mesmas, é dizer, o discernimento abre portas – ou em sua falta as fecha – para o exercício e também para a titularidade das situações subjetivas existenciais; de sorte que, por evidência lógica, a ausência de capacidade de discernimento impede, além do autônomo exercício, a própria titularidade das situações existenciais. Nesta sede, portanto, as crianças que não têm discernimento, por exemplo, para utilizar e consentir o tratamento de sua própria imagem, não são sequer titulares do direito à imagem – o que é absurdo.⁷⁹

Em segundo lugar, numa análise sob o perfil funcional da proposta categoria da capacidade de discernimento, percebe-se que esta não possui essencial divergência em relação à capacidade de exercício: ambas visam assegurar juridicamente o exercício da autonomia privada na medida do discernimento da pessoa.⁸⁰ Faz-se, portanto, desnecessário o novo conceito. O que de fato é indispensável para a tutela e promoção do livre desenvolvimento da personalidade é a conformação hermenêutica de adequado regime jurídico da capacidade de agir para o exercício de situações subjetivas existenciais.

Esse diferenciado regime deve ser edificado a partir do corolário da inseparabilidade entre exercício e titularidade das situações existenciais, ou seja, a realização subjetiva de direitos da personalidade e outras situações existenciais não é separável da sua titularidade; o máximo que pode haver é o não exercício do direito por seu titular, seja por livre decisão – se possível –, por não ter o discernimento que se espera para tanto ou devido algum impedimento – *e. g.*, estado de coma.

Firme neste pilar, dois parâmetros devem ser seguidos para reger os atos de autonomia existencial: i) o *concreto e específico discernimento para a prática do ato*; e

⁷⁹ MACHADO, Diego Carvalho, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁰ Essa observação, aliás, é corroborada de certa forma pelas palavras de Francesco Scaglione, adepto da corrente ora criticada. Para este autor a aptidão para compreender e autodeterminar-se é fundamento tanto da capacidade de discernimento como da capacidade de agir, o que o conduziu a afirmar ser este conceito necessariamente derivado daquela: “[...] la capacità di agire è un concetto necessariamente *derivato* da quello di capacità di discernimento, del quale costituisce un naturale sviluppo. La capacità di agire, infatti, può definirsi *l’attitudine al compimento di atti di disposizione patrimoniale da parte di un soggetto capace di discernere*”. Adotou tal posicionamento ao argumento de que “si può osservare, più in generale, che se – come si è visto in precedenza – la capacità di discernimento è il presupposto dell’esercizio delle situazioni di natura esistenziale, essa non può che esserlo anche in relazione all’esercizio di quelle di natura patrimoniale, soprattutto considerato che queste ultime si trovano in posizione servente o strumentale rispetto alle prime” (SCAGLIONE, Francesco. Interesse del minore e regole di validità del contratto nell’esperienza italiana ed europea. *Diritto e Processo*, v. 10, p. 214, 2014).

ii) a *regra geral que presume a capacidade de agir do sujeito*. O primeiro, além de ter sustentáculo na própria *ratio* da capacidade de agir, justifica-se na dignidade da pessoa humana e sua dimensão ontológica, eis que as bases biopsicológicas do ser humano real e encarnado são levadas em consideração no caso concreto. Já o segundo, assume os contornos de uma presunção de ordem relativa da aptidão para autodeterminar-se, podendo ser afastada em dado caso prático. Todavia, para o empenho ao exercício autônomo de certa situação subjetiva existencial deve ser observado o encargo probatório a respeito da falta de discernimento para o ato em questão. Quanto a esta baliza, não se diga que é já seguida pelo regime codificado tendo em vista ser a incapacidade de exercício uma exceção.⁸¹ Adotada a regra objetiva da maioria, o CC/02 estatuiu duas regras gerais: a incapacidade dos menores de 18 anos de idade (presunção legal *jure et de jure*) e a capacidade de agir das pessoas com a idade de 18 anos ou mais –⁸² estas são incapacitadas tão somente se interditadas civilmente.

O confronto entre esses parâmetros interpretativos e as alterações que a Lei nº 13.146/2015 promoveu no regime jurídico do CC/02, somadas às regras do procedimento de interdição do novo Código de Processo Civil, sinaliza para uma parcial compatibilidade.

Em relação à limitação da capacidade de exercício em razão de interdição, muito se aproximou do regime acima proposto, visto que a curatela interditiva é judicialmente lapidada às peculiaridades do interditando e de acordo com o real discernimento que possui,⁸³ vedada, porém, a interdição total.⁸⁴ Ademais, frise-se que é possível a restrição da suscetibilidade de exercer por si situações subjetivas existenciais caso o exercício de direitos desta natureza pressuponha o juízo crítico para a tomada de decisão. O artigo 85 do citado estatuto⁸⁵ atine, deveras, à curatela de apoio e não à interditiva; daí não ser óbice à extensão da curatela a aspectos existenciais. Ainda assim,

⁸¹ Sustentam ser a excepcionalidade uma feição da incapacidade de agir, entre outros: CARVALHO SANTOS, J. M. de, op. cit., p. 260; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 265, 270.

⁸² Na mesma direção, v. FALZEA, Angelo, op. cit., p. 26.

⁸³ A prova pericial a ser produzida para avaliar a capacidade do interditando será conduzida por equipe multidisciplinar que emitirá laudo pericial, o qual “indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela” (NCPC, art. 753, § 2º). Já quanto a sentença que decreta a interdição civil, o juiz “nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito” (NCPC, art. 755, I).

⁸⁴ Com essa ressalva deve se fazer a leitura, por exemplo, do art. 755, § 3º, do CPC de 2015.

⁸⁵ “Art. 85. A curatela afetarà tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. [...]”.

resta evidente que à pessoa incapaz de praticar específico ato de autonomia existencial são inaplicáveis as tradicionais vias de suprimento da incapacidade; não pode haver substituição ou confluência da vontade de outrem, o exercício da situação subjetiva personalíssima só pode se dar por conduta do próprio titular, o que, no entanto, não significa a impossibilidade de proteção do sujeito insuscetível de exercer por si seus direitos e sua autonomia privada. Sendo a curatela instituída no interesse do curatelado, alguns atos e decisões podem ser levados a efeito pelo curador desde que atenda ao melhor interesse do incapaz – *e. g.*, proibição de divulgação de imagem do curatelado em leito hospitalar.

No que diz respeito ao menor de idade, criança ou adolescente, o regime do CC/02 não pode subsistir para o exercício de situações subjetivas existenciais. Com a reforma da Lei nº 13.146/2015, nada mudou para esses sujeitos cuja personalidade está em formação, ignorando que o discernimento e autonomia da criança e do adolescente são construídos gradativamente no decorrer do processo educacional, motivo pelo qual os artigos 3º e 4º, I, deverão ser aplicados para as situações patrimoniais apenas.⁸⁶

Passa-se a considerar em seguida, o exercício de específico direito da personalidade pelo menor e pelo curatelado por interdição: o direito à privacidade.

4. Considerações sobre o exercício do direito à privacidade

A tutela da personalidade mediante a proteção conferida pelo ordenamento jurídico à privacidade da pessoa humana atualmente se aperfeiçoa não apenas no exercício de direito à exclusão de entes privados e públicos de acesso à intimidade do indivíduo ou mesmo do grupo familiar – num viés negativo;⁸⁷ desenvolveu-se, na era da sociedade da informação,⁸⁸ para alcançar a ideia de controle sobre as próprias informações pessoais. Aliás, é neste aspecto positivo que se encontra posicionado o centro de gravidade

⁸⁶ Neste estudo não foram cuidadas as *situações dúplices*. Para o estudo destas vide TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-24.

⁸⁷ Seguindo a consagrada formulação de Samuel Warren e Louis Brandeis, seria este o *right to let be alone*. Cf. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

⁸⁸ A informação se tornou “la “regola” della società e dell’economia complesse” (SICA, Salvatore. Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, parte seconda, 2001, p. 624).

da contemporânea noção de privacidade: o esquema “pessoa-informação-circulação-controle” assumiu maior relevância do que aquele “pessoa-informação-segredo”.⁸⁹

Se em meados do século XIX, quando começaram a surgir as condições socioeconômicas para se exigir um âmbito de resguardo para o indivíduo fruir da solitude, a privacidade era verdadeiro direito burguês – ⁹⁰ portanto, não estendido a todos –, o desenvolvimento técnico-econômico e concretização de direitos sociais vistos mundo afora fez da privacidade situação jurídica subjetiva titularizada, deveras, pela pessoa humana: a garantia do segredo de certas informações se fez necessária à construção da própria personalidade.⁹¹ Daí se reconhecer na ordem jurídico-civil que a pessoa deve ser livre de intromissões na intimidade de sua vida privada.⁹²

Tal configuração do direito à privacidade, porém, não permaneceu inalterada – visto que inclusive o que se entende por esfera privada (e seus confins) modificou-se para alcançar situações e interesses antes não contemplados de tutela jurídica.⁹³ Os avanços tecnológicos, que desde o século passado seguem em ritmo avassalador, foram determinantes para a mutação da concepção de privacidade,⁹⁴ porquanto o esforço de manter sob o véu do segredo certas informações de caráter íntimo mostrou-se insuficiente para resolver os problemas que a pessoa humana passou a enfrentar diante do imperativo de circulação informacional e do amplíssimo poder de processamento

⁸⁹ RODOTÀ, Stefano, op. cit., 1995, p. 102. Na mesma direção, a respeito da mutação do conceito de privacidade: DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23-30; BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 140-145; TEPEDINO, Gustavo. Circulação de dados pessoais: novos contornos da privacidade. *Editorial à Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 42, p. v-vi, abr./jun. 2010; MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27-37.

⁹⁰ Sobre a origem do direito à privacidade e as condições para seu nascedouro no seio dos interesses da burguesia, interessantíssimas são as considerações de Rodotà: v. RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 21-25.

⁹¹ Não se ignora, todavia, certa correlação existente entre condições de prosperidade material e a privacidade. É o que ressalta Albert M. Bendich em lição de se considerar mesmo que focalizada na intimidade domiciliar, a qual exige, como pressuposto, a existência de uma moradia (Albert M. Bendich. *Privacy, Poverty, and the Constitution*. *California Law Review*, v. 54, n. 2, p. 407-442, mai. 1966).

⁹² No ordenamento jurídico brasileiro o direito à privacidade tem guarida no art. 5º, X-XI, da Constituição da República, art. 21 do Código Civil de 2002, e art. 3º, II, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Relativamente à inadequada disciplina do Código Civil brasileiro quanto ao tema apontado v. SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 141-143.

⁹³ Por esfera privada se compreende, no escólio de Rodotà, o “conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais sobre as quais o interessado pretende manter um controle exclusivo, não só para garanti-los a reserva [*riservatezza*], mas para assegurar-se uma plena liberdade de escolha” (RODOTÀ, Stefano. *Repertorio di fine secolo*. Roma-Bari: Laterza, 1999, p. 202). Tradução livre de: “insime di azioni, comportamenti, opinioni, preferenze, informazioni personali su cui l’interessato intende mantenere un controllo esclusivo, non solo per garantirne la riservatezza, ma per assicurarsi una piena libertà di scelte”.

⁹⁴ Sobre a alteração do sentido social de *privacy* v. RODOTÀ, Stefano. *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*. Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 29.

de dados e de extração de informações pessoais⁹⁵ e suas ulteriores utilidades por parte não só do poder público como também dos entes privados. O acesso a informações capazes de revelar características e ações da pessoa a que se liga se fez instrumento poderoso para, por exemplo, orientar políticas públicas ou identificar as preferências de determinado grupo de consumidores (*profiling*)⁹⁶; mas ao mesmo tempo irradiou o risco de ilegítimo controle social e de discriminação, perigo esse exponencialmente elevado se consideradas as informações ditas sensíveis, tais como aquelas atinentes ao credo religioso, à vida sexual ou à constituição genética do ser humano.

No hodierno contexto de difusão das tecnologias da informação e da comunicação e dos processadores eletrônicos, de complexificação da economia de mercado e de globalização, mesmo os dados pessoais são destinados, em certa medida, à circulação num fluxo que conforma verdadeiro pressuposto para uma série de atividades, de maneira que a autonomia repousa mais sobre o poder de gerir suas informações do que sobre sua manutenção debaixo de segredo – sendo este ainda importante componente conceitual da privacidade.⁹⁷ Então, direito à privacidade pode ser definido, mais precisamente, como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações”,⁹⁸ nitidamente inspirado pela ideia de “autodeterminação informativa” (ou “autodeterminação sobre a informação”).⁹⁹

Constatadas essas vicissitudes e visto que constitui direito da personalidade, o direito à privacidade não tem outro titular senão a pessoa humana, seja

⁹⁵ O Parecer 04/2007 sobre o conceito de dados pessoais, emitido pelo Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Artigo 29 (da Diretiva 95/46/CE), na tentativa de fornecer substancial contribuição para a conceituação de dados pessoais no âmbito da União Europeia, estabelece que a informação pessoal possui liame *direto* ou *indireto* com a pessoa humana. Desenvolvendo o conceito de dados pessoais vertido no art. 2º, a, da Diretiva 95/46/CE (“qualquer informação relativa a uma pessoa física identificada ou identificável”), o mencionado Grupo afirma que para averiguar se a informação é “relativa a”, ou seja, é *sobre* uma pessoa, estipula três elementos conectivos não cumulativos, a saber: *conteúdo*, *finalidade* e *resultado*. Tal parecer está disponível para consulta em <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em 27 abr. 2014.

⁹⁶ Através de técnicas de formação de perfis (*profiling*), as informações pessoais coletadas a partir de condutas e práticas do consumidor na Internet são organizadas com o objetivo de direcionar a publicidade de acordo com os interesses desse sujeito vulnerável. Nisto consiste a publicidade comportamental (*behavioral advertising*), que enseja riscos à liberdade de escolha da pessoa humana no mercado de consumo. Cf. DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais nas relações de consumo*: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 57 ss.

⁹⁷ RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 207-208.

⁹⁸ RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 201.

⁹⁹ O conceito de *autodeterminação sobre a informação* foi tecido na paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão em sede de reclamação constitucional que impugnou a Lei de Recenseamento de 1983 (*BVerfGE*, 65/1).

maior de idade ou não,¹⁰⁰ sujeito a medida interditiva ou não:¹⁰¹ capazes de direito que estes são, não há que se pôr em discussão a titularidade desta situação jurídica subjetiva, eis que visa assegurar liberdades existenciais do sujeito.

Sendo assim, os menores e os curatelados, enquadrados no rol codificado das incapacidades como absoluta ou relativamente inaptos ao autônomo exercício de direitos e deveres, pela circunstância da menoridade e da interdição, não podem ser devassados em sua intimidade ou ver afastada a proteção aos seus dados pessoais.¹⁰²⁻¹⁰³

¹⁰⁰ Quanto ao menor de idade (a criança e o adolescente) existe expresse reconhecimento de tal direito no artigo 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas: “Artigo 16. 1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação. 2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados”. Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, sendo promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro do mesmo ano. A respeito do direito de privacidade das crianças no âmbito interno das relações familiares, v. SHMUELI, Benjamin; BLECHER-PRIGAT, Ayelet. Privacy for children. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 42, n. 3, p. 759-795, 2011; CORRIERO, Valeria. Privacy del minore e potestà dei genitori. *Rassegna di Diritto Civile*. Nápoles, n. 4, p. 938-1033, out./dez. 2004; BORGES, Roxana C. Brasileiro. Tutela jurídica da intimidade e da privacidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 332-334; BODIN DE MORAES, Maria Celina; MENEZES, Joyceanne B. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 501-532, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>>. Acesso em 04 set. 2015.

¹⁰¹ A CDPD é expressa também no reconhecimento do direito à privacidade e proteção dos dados pessoais das pessoas com deficiência mental ou intelectual, conforme seu art. 22 estatui: “Art. 22. Respeito à privacidade. 1. Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, estará sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar, correspondência ou outros tipos de comunicação, nem a ataques ilícitos à sua honra e reputação. As pessoas com deficiência têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. 2. Os Estados Partes protegerão a privacidade dos dados pessoais e dados relativos à saúde e à reabilitação de pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas”.

¹⁰² Dentre os vários casos levados ao Poder Judiciário brasileiro, faz-se menção de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que uma jovem buscou reparação por danos morais em razão de violação à sua privacidade. O pleito indenizatório se fundou na divulgação não autorizada de imagens capturadas da autora e seu par – menores de 16 anos ao tempo dos fatos – enquanto mantinham relação sexual consensual dentro de um banheiro da instituição de ensino em que estudavam. Na fundamentação do aresto, em que prevaleceu a pretensão autoral, afirmou-se no voto condutor que “a lesão maior foi à sua privacidade. A informação sobre momento de intimidade, envolvendo sua vida sexual, deve restar sob o controle do seu titular, garantindo-lhe a autonomia para decidir se e com quem partilhar estes fatos. Ainda que o ato tenha sido praticado no banheiro do colégio, suscetível assim de ser flagrado por terceiro (embora isto não tenha ocorrido no caso), este fato atenua mas não elimina o direito a não vê-lo partilhado com o resto do mundo” (TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0159240-42.2008.8.19.0001, Rel. Des. Márcia Alvarenga, julg. 07.08.2013).

¹⁰³ Em aresto proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a pretensão da curadora de trazer novamente para perto de si a irmã-curatelada não mereceu tutela jurisdicional. A 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP não deu provimento à apelação manejada no bojo de ação de busca e apreensão proposta pela curadora para retirar a curatelada da casa do seu namorado com quem passara a morar, haja vista que, conforme demonstrado na instrução processual, a interditada estava recebendo os devidos cuidados com sua saúde e bem-estar – até melhores do que os prestados pela curadora – e era de sua vontade a permanência com o amado. Em entrevista com assistente social a curatelada afirmou que em sua nova residência gozava de privacidade que não possuía quando vivia sob os cuidados de sua irmã-curadora (TJSP, 6ª Câmara de

O ponto nevrálgico, no entanto, como já anotado do item anterior, não se encontra na titularidade mas sim na possibilidade de exercício desse direito da personalidade, da adoção de comportamentos consistentes em atos de autonomia. Se se trata de situação jurídica existencial o regime jurídico aplicável deve ter em conta a verificação do real discernimento e potencialidades da pessoa para a autônoma realização do ato ou exercício do direito que consubstancia expressão da personalidade. No âmbito da atividade juridicamente relevante do menor de idade e sua autonomia privada, Valeria Corriero admite o reconhecimento ao menor, com maturidade para tanto, de capacidade de exercício do direito à privacidade:

Considera-se [...] que seja admissível o reconhecimento de uma limitada capacidade negocial e que deva ser garantida ao menor uma capacidade substancial e processual para o exercício dos direitos da personalidade, entre os quais aquele à *privacy*. Este tipo de limitada capacidade de agir é traduzido em termos convencionais com a capacidade de discernimento, da qual podem ser dotados os menores, em idades diferentes de acordo com o caso, antes do cumprimento do décimo oitavo ano.¹⁰⁴

Nestes termos, ao menor apto a determinar-se e julgar as vantagens e prejuízos advindos do tratamento¹⁰⁵ de certo dado pessoal deve ser assegurada a possibilidade de consentir com a operação ou complexo de operações relativas a sua própria informação, assim como revogar seu consentimento.¹⁰⁶ Isto é, o menor tem capacidade de agir para realizar seu direito à privacidade considerado o específico ato existencial posto em causa. E o mesmo raciocínio se aplica às pessoas submetidas à

Direito Privado, Apelação nº 622.805.4/4.00, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, julg. 12.03.2009). Houve aí, de fato, respeito à vida privada da curatelada.

¹⁰⁴ Tradução livre de: “Si ritiene [...] che sia ammissibile il riconoscimento di una limitata capacità negoziale e che debba essere garantita al minore una capacità sostanziale e processuale per l’esercizio dei diritti della personalità, fra i quali quello alla *privacy*. Questo tipo di limitata capacità d’agire è tradotta in termini convenzionali con la capacità di discernimento, della quale possono essere dotati i minori, in diverse età a seconda del singolo caso, prima del compimento del diciottesimo anno” (CORRIERO, Valeria, op. cit., p. 1014-1015).

¹⁰⁵ O Anteprojeto de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que foi a debate público na Internet, conceitua *tratamento* de dado pessoal no art. 5º, II, como “conjunto de ações referentes a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, transporte, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, bloqueio ou fornecimento a terceiros de dados pessoais, por comunicação, interconexão, transferência, difusão ou extração”.

¹⁰⁶ No seu art. 7º, § 6º, o Anteprojeto de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais cuida da revogação do consentimento, podendo esta se feita a qualquer momento e sem ônus ao titular do dado pessoal. A autodeterminação e controle das informações pessoais se exprimem tanto no consentimento como em sua negação ou revogação: v. DONEDA, Danilo, op. cit., p. 377-378. Sobre os limites mesmos do consentimento informado na proteção da privacidade: SOLOVE, Daniel. Introduction: privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, v. 126, p. 1880-1903, 2013.

curatela, desde que seu discernimento e potencialidades alcancem a esfera dos atos existenciais em questão.^{107,108}

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou, em sede recursal, demanda indenizatória proposta por adolescente de 16 anos – assistido por sua genitora –, cuja causa de pedir envolveu a lesão ao direito à privacidade do menor que teve sua imagem publicada em revista sem sua autorização ou, à época, de sua representante legal. A primeira publicação da foto se deu em matéria que o tratava, pejorativamente, como pessoa obesa. Posteriormente, exibiu-se a imagem em duas revistas diferentes que alcunhavam o menor de “criança obesa”. Dessas publicações em veículos de grande circulação resultaram uma série de constrangimentos ao menor, que nos círculos sociais de seu convívio passou a ser chamado de “o garoto gordo da revista”. Houve, ainda, uma última divulgação da imagem, anos depois, em outra revista em matéria intitulada “A obesidade na adolescência”, o que foi possível pelo fato de ter a editora recebido por cessão o acervo fotográfico em que se achava o retrato do menor. A privacidade do adolescente foi violada, pois além de “denegrir a personalidade da vítima”, todas as operações efetuadas foram realizadas sem o consentimento para o tratamento dos dados pessoais, negando-se-lhe, assim, o controle sobre suas próprias informações. Registre-se que, concedida a tutela jurisdicional o menor teve respaldo ao exercício de seu direito à privacidade (e também à imagem) porquanto a editora foi condenada a não utilizar ou ceder a outrem as fotos, sob pena de multa.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Em trabalho de fôlego a respeito da limitação voluntária ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, Paulo Mota Pinto admite o exercício do direito à privacidade – e a disposição deste mediante ato de vontade – por crianças e adolescentes tal como por interditos, não por terem capacidade de agir para tanto, mas desde que possuam o necessário discernimento (“capacidade natural”) “*para avaliar o sentido e alcance das consequências para o seu direito de personalidade em resultado da limitação voluntária*” (PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade privada. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 40-41, jul./dez. 2001).

¹⁰⁸ Com enfoque no exercício de direitos humanos – inclusive o de proteção à privacidade – de pessoas com deficiência mental, afirmam Lawrence Gostin e Lance Gable: “Human rights norms extend to the exercise of a wide array of civil rights both within and outside of institutions. Simply because a person has a mental disability, or is subject to confinement, does not mean he is incapable of exercising rights of citizenship. The regional human rights instruments contain many provisions that can be helpful in securing civil rights for persons with mental disabilities, including the rights of access to the courts, privacy, marriage, and procreation” (GOSTIN, Lawrence O.; GABLE, Lance. *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*. *Maryland Law Review*, v. 63, p. 92, 2004).

¹⁰⁹ TJRJ, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.001.60250, Rel. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, julg. 21.03.2007. Este é um caso que reporta ao caráter complexo da privacidade na atualidade, pois que a colheita de informações e imagens da pessoa sem o devido consentimento importaram lesão ao direito à privacidade, mas também a outros direitos de proteção à personalidade humana, como o direito à imagem e à não discriminação. A doutrina mais atenta tem ressaltado que a tutela da privacidade se volta à

Outro aspecto importante a se tomar em consideração no exercício do direito à privacidade pelos menores e interditados atine ao seu confronto com o poder(-dever) jurídico titularizado, respectivamente, pelos pais, tutor e curador. Mesmo neste âmbito, havendo autogoverno para o exercício da situação subjetiva existencial no caso concreto, deve ao menor e ao curatelado ser garantido o exercício, independentemente da intervenção de representante ou assistente, do direito à intimidade da vida privada e a prerrogativa de gestão sobre suas informações pessoais.¹¹⁰ Na verdade, com a finalidade de promover a autonomia do sujeito protegido, os poderes parental, de tutela e de curatela devem ser modelados em proporção inversa ao concreto discernimento do indivíduo no que tange ao exercício de situações existenciais, visto que assim haverá correspondência aos *limites funcionais* entre ditos poderes jurídicos e a capacidade dessas pessoas.¹¹¹

Caso que retrata a possibilidade de menor pessoalmente exercer seu direito à privacidade, visto que capaz de entender de fato as implicações de sua decisão, em cotejo com o poder jurídico de direcionar a vida do filho no evento sob análise, ocorreu no Reino Unido. Conhecido como o caso *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, ou como “o julgamento Gillick”, este *leading case* da *House of Lords* de 1985 provocou grande impacto no tocante aos direitos das crianças e adolescentes no contexto familiar. Tratou-se de situação em que uma adolescente de menos de 16 anos buscou, sem o conhecimento dos pais, recomendações médicas a respeito de métodos contraceptivos. De acordo com o julgamento da corte britânica, o menor de 16 anos pode dar ou negar consentimento para submeter-se a tratamento médico(-sanitário), apesar da decisão parental, se provar ter discernimento para isso. Um dos julgadores, *Lord Scarman*, aduziu que “o direito parental de determinar se seu filho menor com idade abaixo de 16

proteção não apenas da intimidade da pessoa mas de um plexo de interesses merecedores de tutela jurídica. Cf. RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 101-102; DONEDA, Danilo, op. cit., p. 141-147; SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 139-140. Mais especificamente, é de se destacar entendimento doutrinário que reputa o direito à imagem uma concreta manifestação da privacidade e, por conseguinte, o consentimento para o tratamento da imagem como o reconhecimento de uma esfera de “*riservatezza del soggetto*”: vide BALLARANI, Gianni, op. cit., p. 70-71.

¹¹⁰ O Anteprojeto de Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais parece levar em consideração o discernimento de pessoas adolescentes: “*Art. 8º O titular de dados pessoais com idade entre doze e dezoito anos idade poderá fornecer consentimento para tratamento que respeite sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ressalvada a possibilidade de revogação do consentimento pelos pais ou responsáveis legais, no seu melhor interesse*”. Perceba-se que os pais ou responsáveis, no exercício da autoridade parental ou guarda no (melhor) interesse do menor, sendo importantes partícipes do processo educacional do adolescente, devem ser os primeiros a verificar e respeitar a progressiva aquisição da aptidão de tomar decisões com consciência livre e responsável.

¹¹¹ Na direção do texto: MACHADO, Diego Carvalho, op. cit., p. 183; ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir E. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 449.

anos terá ou não tratamento médico termina se e quando a criança alcançar entendimento e inteligência bastantes para permitir a ele ou a ela compreender integralmente o que lhe é proposto”.¹¹²

A questão em torno da privacidade se colocou uma vez considerado o *dever de confidencialidade* do médico, vinculado a manter sob reserva as informações sanitárias da paciente relativas à consulta – dados sensíveis. Na verdade, o correspondente *direito à confidencialidade (right to confidentiality)* nada mais é do que um aspecto do direito à privacidade sobre os dados pessoais,¹¹³ de sorte que, verificado a autorresponsabilidade da pessoa, não havendo o consentimento para o acesso às informações pessoais, dar-se-á o exercício do direito à privacidade.¹¹⁴

5. Conclusão

No percurso histórico da proteção jurídica da personalidade humana, seja do ponto de vista do direito internacional como daquele dos ordenamentos jurídicos nacionais, passa-se da fase de reconhecimento e atribuição da titularidade de situações subjetivas essenciais a toda pessoa humana, para atualmente posicionar o foco na promoção e garantia do efetivo exercício dos direitos e liberdades fundamentais por seu titular – a pessoa real, criança, adolescente, idoso, pessoa com deficiência etc. Neste sentido caminha o direito brasileiro para superar o paradigma patrimonialista e de normalidade do regime da capacidade de exercício de situações jurídicas forjado de acordo com a ordem de valores inspiradora do direito civil tradicional – que o CC/02 em importantes aspectos reproduz.

¹¹² Tradução livre de: “*the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed*”. Cf. THOMAS, Nigel. *Children, family and the state: decision-making and child participation*. Bristol: The Policy Press, 2002. p. 61.

¹¹³ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 302-303. No entendimento dos autores, o *right to confidentiality* seria como uma extensão para aquilo que no direito norte-americano é concebido por *informational privacy*.

¹¹⁴ O Conselho Federal de Medicina emitiu, em resposta a consulta formulada a respeito de qual postura deve o médico adotar em atendimento a menor desacompanhado dos pais ou responsáveis, o Parecer CFM nº 25/13, entendeu que “*com relação aos pacientes adolescentes há o consenso internacional, reconhecido pela lei brasileira, de que entre os 12 e 18 anos estes já têm sua privacidade garantida, principalmente se com mais de 14 anos e 11 meses, considerados maduros quanto ao entendimento e cumprimento das orientações recebidas*”, e “*na faixa de 12 a 14 anos e 11 meses o atendimento pode ser efetuado, devendo, se necessário, comunicar os responsáveis*”.

A atividade hermenêutica comprometida com a opção personalista da Constituição da República de 1988, atenta aos tratados internacionais como os de proteção à criança e à pessoa com deficiência, bem como em relação à recente Lei ordinária federal nº 13.146/2015, transformou o originário regime do CC/02 e seu seletivo rol de incapazes. O respeito à autonomia de cada pessoa para ser protagonista de suas decisões, principalmente as de cunho existencial, vinculou o Estado e a sociedade civil a criar meios de superação das barreiras levantadas contra o independente exercício de direitos e liberdades fundamentais da pessoa, e aponta para verdadeira fragmentação da disciplina da capacidade de agir, a fim de delinear regime jurídico mais adequado ao exercício de direitos da personalidade e outras situações subjetivas existenciais.

No específico caso do direito à privacidade deve ser aplicado esse diferenciado regime a fim de assegurar o controle sobre as próprias informações inclusive ao menor e ao curatelado (por interdição) que tenha concretamente o discernimento necessário para tanto. Veja-se que a efetividade da proteção da privacidade assumiu especial relevo para a integral tutela da pessoa humana nos dias de hoje. Se a ampliação dos meios de proteção jurídica da personalidade sempre esteve ligada ao desenvolvimento dos meios de comunicação social,¹¹⁵ o que dizer do momento presente em que até as mídias clássicas (e. g., televisão e rádio) também foram levadas para a Internet, nova mídia que progride ao lado da Informática e com a dispersão de processadores e dispositivos eletrônicos (computadores pessoais, *notebooks*, *smartphones*, *tablets* etc.), possuindo conectividade tão difusa que já se fala em Internet das coisas (*Internet of Things*)? Neste contexto, controlar os dados que lhe dizem respeito é modo de autodeterminar-se.

Recebido em 05/02/2016

1º parecer em 10/03/2016

2º parecer em 29/04/2016

¹¹⁵ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Personalità (diritti della). In: *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. v. XIII. Turim: UTET, 1996, p. 434.