XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Helena Nastassya Paschoal Pitsica; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-654-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil contemporâneo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com o Direito Constitucional. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gustavo Henrique de Souza Vilela aborda os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do Direito Civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito.

Flavia Portella Püschel investiga a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas, a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista brasileira.

Gustavo Henrique de Souza Vilela reflete sobre o direito sucessório. Conquanto sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, apresenta-se em um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa

carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Propõe que a exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva.

Alderico Kleber De Borba e Vitor Antônio da Silva Faria investigam a constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do Direito Civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de Direito Civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata alertam que a teoria da transmissão no Direito Civil das Obrigações não é tratada como teoria geral, mas organizam dogmaticamente e metodologicamente os elementos teóricos e os requisitos centrais de sua funcionalidade jurídica. Também, procuram aferir os efeitos jurídicos advindos dos instrumentos de circulação jurídica e a correlação estrutural com aqueles elementos e requisitos. O estudo dos direitos subjetivos (absolutos e relativos) e das posições jurídicas atomizadas em seus conceitos são ponto nodal para a compreensão do fenômeno translativo em Direito. Procede-se à análise teórica desses elementos centrais (direito subjetivo e posições jurídicas) associados à circulação jurídica de direitos pessoais (ou relativos, ou de crédito), que também podemos denominar de transmissão jurídica no plano do Direito das Obrigações. Como resultado da pesquisa, desvela-se a riqueza conceitual e estrutural dos negócios de transmissão de posições jurídicas obrigacionais, em que os contratos de cessão (de crédito, de

débitos – também denominados “assunção de dívidas” – e de posições contratuais) designam a transmissão das posições jurídicas ativas e/ou passivas com fonte negocial, e não a própria fonte que os desencadeia.

Daniel Stefani Ribas, Danilo Rodrigues Rosa e Leticia Faturetto de Melo tratam do contexto atinente ao paradigma das funções da responsabilidade civil como instrumento para a estruturação da indenização nos casos de danos à liberdade de expressão. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil permitem uma compreensão das funções da responsabilidade - compensatórias, precaucional e punitiva ou pedagógico punitiva - como diretrizes para fixação da indenização.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Jordana Aparecida Teza analisam a evolução genética no campo do Direito e o seu impacto no sistema judiciário brasileiro. Por meio de uma exposição de casos concretos, demonstra-se a posição do magistrado quanto à confiabilidade dos exames de DNA, admitindo a possibilidade de considerá-la como prova confiável, mas não infalível. Isso se deve à existência de complicações genéticas, (“quimerismo”: indivíduo com duas cargas genéticas) capazes de “mascarar” o seu resultado. A importância do instituto da prova judicial é reafirmada no texto, propondo um debate sobre os eventuais conflitos nos processos de investigação de paternidade e investigação criminal. Evidencia-se a inquietude quanto à ausência de regulamentação no Brasil sobre a metodologia utilizada nos exames de DNA. Neste sentido, preconiza-se pesquisar o quimerismo de forma lato sensu, sua influência nos resultados dos exames de DNA e o seu impacto nas ações de família quanto ao direito do estado de filiação e origem genética.

Rodrigo Rodrigues Correia propõe uma análise a partir da ausência de uma disciplina legal especialmente destinada à adequação do registro civil de pessoas transgênero, o Provimento nº 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça cuida do processamento extrajudicial pelos Oficiais de Registro, independente de decisão judicial, buscando compreender quais os parâmetros utilizados para possibilitar o processamento extrajudicial da adequação do registro, independente de decisão judicial e de apresentação de documentos médicos que atestam a condição de transgênero ou a ocorrência de terapias e da cirurgia para redesignação sexual.

Alexandre Barbosa da Silva e Denner Pereira Da Silva investigam, sob a ótica da condição humana, a implementação do programa de compliance pode ampliar a margem de escolha das pessoas com deficiência, com segurança e autonomia, em complemento à atual forma de regulação estatal. Dentre os seus objetivos está a possibilidade de concretizar direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio das ferramentas de compliance, garantindo-

se o seu ingresso e permanência nas instituições, na perspectiva de confirmação do exercício de sua capacidade civil.

Para Daniela Silva Fontoura de Barcellos , Alice Aparecida Dias Akegawa e José Caldeira Gemaque Neto, a pandemia trouxe juros altos, desemprego, inflação, enfim vários males tanto na saúde humana, sociedade como na gestão da administração pública e privada fatores que motivam a crise do Estado, logo o Poder Judiciário foi acionado para intervir nas relações interpessoais conflituosas para pacificar e resolver o caso concreto. Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer que a teoria da imprevisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva é a solução do caso concreto encontrado pelo TJMG nos tempos de pandemia na resolução da lide.

Ana Paula Cardoso e Silva e Renata Apolinário de Castro Lima, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam a possibilidade ou não do casamento da pessoa com deficiência mental e intelectual após as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146 de 06.07.2015, o qual buscou promover a inclusão das pessoas com deficiência ao contexto social em que vivem como forma de garantir-lhes a dignidade da pessoa humana atribuindo-lhes autonomia existencial, alterando substancialmente a teoria das incapacidades antes instituída no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma igualitária as pessoas que antes da sua vigência eram consideradas incapazes, tornando-as capazes. Analisa-se ainda as complexidades decorrentes do reconhecimento legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência mental e intelectual abordando as condições necessárias para que estas pessoas exerçam este direito e, diante da possibilidade deste casamento, se poderiam decidir acerca do regime de bens a ser adotado e se teriam a plena liberdade para conduzirem a sociedade conjugal.

Marcio Bessa Nunes, Danúbia Patrícia De Paiva e Sérgio Henriques Zandona Freitas, traçam um panorama das mudanças jurídicas verificadas no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, desde o ambiente em que foi criado, passando pelas alterações sofridas até o final de sua vigência, com o Código Civil de 2002. Examinam os conceitos de patriarcado e feminismo, e como a discussão desses fenômenos propiciou uma mudança de visão em relação ao papel da mulher e, em seguida, a toda pessoa humana, independentemente do gênero. Abordam a constitucionalização do Direito Civil, analisando os conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O tema-problema do presente artigo está no exame dos avanços constitucionais já efetivados no Direito Civil brasileiro do ponto de vista da autonomia e dos Direitos da Personalidade. Evidenciam, por fim, as perspectivas de desenvolvimento do Direito Civil, a partir do novo conceito de capacidade, visando estabelecer o modelo

democrático para a compreensão da autonomia, especialmente a existencial, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves defende que, tanto pela via de aplicação do parágrafo 3º do artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aos serviços notariais e registrais, quanto pela via de resolução de antinomia aparente entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Registros Públicos, o resultado final que se pode identificar é o da aplicação das normas especiais de registros públicos à retificação de erros no Registro Civil de Pessoas Naturais e, apenas subsidiária e complementarmente, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no que esta não conflitar com àquela.

Marcio Bessa Nunes , Antônio Carlos Diniz Murta e Sérgio Henriques Zandona Freitas consideram que, com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, no Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto no qual a pessoa está inserida.

Marta Rodrigues Maffeis e Cíntia Rosa Pereira de Lima constatam que a liberdade de expressão é um direito fundamental que se desdobra na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de opinião e de comunicação, inserindo-se aí, a liberdade de imprensa e o direito de informar. Não raramente, vem a lume situações de colisão entre a liberdade de imprensa e a ofensa a direitos da personalidade de terceiros, como, honra, intimidade e vida privada. Portanto, censurar previamente qualquer manifestação do pensamento não estaria em acordo com a vontade do constituinte. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se posicionou na ADPF nº. 130/DF que declarou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Segundo o STF, a liberdade de expressão deve ser elevada à categoria de sobredireito, pois segundo o Ministro Ayres Britto, ainda que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, para que sejam exercidas as liberdades de expressão e pensamento, há necessidade de colocá-las acima de outros direitos fundamentais expressos na Carta Magna. Em advindo alguma lesão a direito de outrem, há que se

responsabilizar o agente causador do dano, mas não impedir a prévia manifestação do pensamento.

Gabriela Neckel Netto, Jean Moser e Denise S. S. Garcia revelam que as criptomoedas se tornaram nos últimos tempos um avanço no universo dos investimentos, motivo pelo qual, o criptoativo vem se tornando alvo de penhora pelos credores que pretendem obter a satisfação do seu crédito, investigando a possibilidade ou não da penhora das criptomoedas, constatando-se a volatilidade das moedas digitais contribuem para a dificuldade da penhora desse bem apesar de que já se tem o entendimento de tratar-se de um ativo financeiro que constitui o patrimônio do devedor. Necessitando assim, de uma legislação especifica que venha esclarecer o procedimento de penhora desse bem em específico.

Joana Vivacqua Leal Teixeira de Siqueira Coser pesquisa se, mesmo diante de cláusula contratual expressa, caberia ao juiz a análise acerca da utilidade da prestação e, se possível, quais seriam os limites da intervenção judicial. Para tanto, faz-se uma análise da legislação e doutrina acerca da temática proposta. Inicialmente, aborda os atuais contornos da obrigação. Em seguida, estuda as definições e os critérios distintivos entre inadimplemento absoluto e mora. Posteriormente, analisa a possibilidade de atuação judicial diante de cláusula resolutiva expressa ou específica das hipóteses de perda do interesse útil do credor, fazendo uma abordagem acerca dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como dos limites e parâmetros para a atuação judicial.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo no contexto pós-pandêmico de utilização dos mecanismos de Direito Privado como força motriz da inclusão cidadã.

Profa. Dra. Helena Nastassya Paschoal Pitsica- UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

FUNCIONALIZAÇÃO DA TEORIA DA CAPACIDADE: O DISCERNIMENTO COMO ÍNDICE DE VALIDADE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS POR MENORES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

THE THEORY OF CAPACITY' S FUNCTIONALIZATION: DISCERNMENT AS VALIDITY INDEX IN LEGAL BUSINESSES PRACTICED BY MINORS

Arthur Lutiheri Baptista Nespoli [1]
Nádia Carolina Brencis Guimarães [2]
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral [3]

Resumo

O Código Civil comina a nulidade absoluta para os negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes e adota o critério etário como índice de validade. Contudo, verifica-se que os menores de dezesseis anos de idade rotineiramente praticam atos negociais desacompanhados de seus representantes legais que não lhe causam nenhum prejuízo, pois têm maturidade suficiente para compreender os efeitos do negócio entabulado. Desta feita, propõe-se investigar se, por meio da análise funcional da teoria da capacidade, o discernimento mostra-se adequado índice de validade nos negócios jurídicos praticados por menores absolutamente incapazes. A aplicação estática das normas protetivas ao menor subverte, em determinados casos, sua finalidade e mostra-se prejudicial àquele cuja tutela visa. Utilizando-se de pesquisa teórico-bibliográfica e método dedutivo, identifica-se que a análise funcional, e não meramente estática, dos institutos jurídicos permite a utilização do discernimento como critério complementar para validade dos negócios jurídicos realizados por menores absolutamente incapazes. Portanto, o discernimento se mostra adequado índice de validade para os negócios praticados por menores de dezesseis anos de idade, na medida em que, ao mesmo tempo em que respeita a ratio da norma, permite a modulação da teoria da capacidade quando sua aplicação subverter sua finalidade protetiva, evitando-se prejuízo ao incapaz seja pelo desamparo seja pela proibição desarrazoada de atos para os quais compreende o alcance e os efeitos.

Palavras-chave: Negócios jurídicos, Invalidade, Teoria da capacidade, Funcionalização, Discernimento

Abstract/Resumen/Résumé

The Civil Code defines absolute nullity for legal transactions carried out by minors and

[1] Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: lutiheri@gmail.com

[2] Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail nadiabrencis@gmail.com

[3] Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Professora e pesquisadora do Programa Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina/PR.

adopts the age criterion as an index of validity. However, it appears that minors under sixteen years of age routinely practice legal business unaccompanied by their legal representatives that do not cause them any harm, as they are mature enough to understand the effects of the business undertaken. Therefore, it is proposed to research whether, through the functional analysis of the capacity theory, discernment proves to be an adequate index of validity in legal transactions practiced by minors. The static application of protective norms to the minor subverts, in certain cases, its purpose and proves to be harmful to the one whose guardianship it seeks. Using theoretical-bibliographic research and a deductive method, it is identified that the functional analysis, and not merely static analysis of legal institutions, allows the use of discernment as a complementary criterion for the validity of legal transactions carried out by minors. Therefore, discernment proves to be an adequate index of validity for businesses carried out by minors under sixteen years of age, insofar as, while respecting the ratio of the norm, it allows the modulation of the theory of capacity when its application subverts its protective purpose, avoiding harm to the minor, either through helplessness or through the unreasonable prohibition of acts for which the scope and effects are understood.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal transactions, Invalidity, Theory of capacity, Functionalization, Discernment

INTRODUÇÃO

De acordo com a interpretação estática do Código Civil, a incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos enseja a nulidade dos negócios jurídicos em que sejam parte. No entanto, o critério etário dissociado da possibilidade de análise de qualquer outra circunstância tanto pessoal quanto negocial, faz surgir, ao menos, duas situações problemáticas: a disparidade entre a previsão legal de nulidade – e consequentemente a ineficácia – e o que ordinariamente acontece em razão da rotineira realização de negócios jurídicos por absolutamente incapazes – que produzem efeitos fáticos; e possíveis prejuízos aos incapazes, subvertendo-se a função protetiva da teoria da capacidade.

Neste sentido, surge a necessidade de se repensar o critério meramente etário como causa automática da invalidade do negócio jurídico quando firmado por menores absolutamente incapazes, tanto com a finalidade de alinhar os efeitos jurídicos com a realidade, como para impedir que a nulidade cause prejuízos ao incapaz, em detrimento da tutela de seus interesses. Portanto, pretende-se analisar a funcionalização do instituto da capacidade, adotando-se o discernimento como índice de nulidade nos negócios jurídicos praticados por menores.

No primeiro capítulo, analisar-se-á o panorama geral da invalidade decorrente da prática de negócios jurídicos por menores de dezesseis anos. No segundo capítulo, expor-se-á a funcionalização dos institutos jurídicos, bem como o juízo de invalidade como processo, partindo-se da valoração legislativa prévia e sua importância para a identificação dos valores que a teoria da capacidade pretende tutelar no ordenamento jurídico pátrio (primeira fase). Por fim, no terceiro capítulo, será abordada a segunda fase do processo do juízo de invalidade, com enfoque para a valoração pelo intérprete dos efeitos concretos decorrentes do ato e a identificação do discernimento como critério complementar adequado para a análise da validade dos negócios jurídicos realizados por menores absolutamente incapazes.

Assim, por meio de pesquisa teórico-bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, pretende-se analisar a possibilidade de se adotar, no contexto do ordenamento jurídico vigente nacional – sem necessidade de alteração legislativa –, índice de conformação da validade dos negócios jurídicos praticados por menores absolutamente incapazes que não apenas o estritamente etário.

1 PANORAMA ATUAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS POR ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

O negócio jurídico consubstancia o principal instituto a mediar as relações privadas, sobretudo as de cunho patrimonial. Apesar de não existir consenso sobre sua definição, é possível identificar que sua conceituação se divide em duas vertentes doutrinárias que se distinguem pelo relevo dado ora ao aspecto subjetivo, ora ao prisma objetivo do instituto.

Na concepção subjetiva – pela gênese ou voluntarista –, o enfoque de apreciação do negócio jurídico está na vontade do contratante, em sua perspectiva psicológica, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos ou atingir fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 4), ou seja, a real intenção de quem manifestou a vontade.

A concepção objetiva, por sua vez, desloca o foco da intenção do contratante – o que intimamente pretendia – para a declaração manifestada (AMARAL, 2018, p. 394). Define-se o negócio jurídico em razão de sua função, de forma que "constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante" (AZEVEDO, 2002, p. 12).

Algumas teorias propõem explicar o negócio jurídico em sua concepção objetiva. Para a teoria preceptiva, pode o contratante manifestar sua autonomia privada, com o conteúdo que lhe for mais conveniente, dentro dos limites legais permitidos, mas os efeitos jurídicos serão determinados exclusivamente pela Lei, de forma que "através de um processo de recepção, o conteúdo do negócio é elevado a preceito jurídico, coisa que ele, por si mesmo não é" (BETTI, 2008, p. 131-132). Já na teoria normativa, o negócio jurídico é considerado como criador de norma jurídica entre as partes (FERRI, 1959, p. 80 e 90), distinguindo-se da anterior pela autonomia conferida ao preceito estatuído.

Em sua concepção estrutural, o negócio jurídico consubstancia-se na manifestação de vontade *socialmente* reconhecida como destinada a produzir efeitos jurídicos, afastando-se, portanto, da perspectiva psicológica. Não se confunde, tampouco, com a vertente preceptiva nem a normativa, na medida em que os efeitos decorrentes do negócio não se estabelecem como "normas", mas constituem relações jurídicas as quais, atendidos os pressupostos legais, o ordenamento empresta a eficácia pretendida pelas partes (AZEVEDO, 2002, p. 21-23).

A higidez do negócio jurídico e, consequentemente, a produção dos seus regulares e pretendidos efeitos, depende da verificação de seus elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia. A separação do instituto nesses três planos deve-se a Pontes de Miranda, idealizador dessa teoria, na qual se procede a análise em etapas sucessivas e consequenciais – a denominada *escala ponteana* (TEPEDINO, 2014, p. 24-25).

Cada uma dessas etapas refere-se a planos diferentes (MELLO, 2019, digital, § 5º) e a verificação da posterior depende diretamente da incolumidade da anterior. Tem-se, portanto, a denominada *técnica de eliminação progressiva*, pois se inexiste suporte fático, em que pese a

aparência de negócio jurídico, não haverá análise dos próximos planos (AZEVEDO, 2002, p. 65).

No plano da existência, investiga-se se estão presentes todos os elementos que compõe o suporte fático do negócio jurídico: manifestação de vontade, objeto e forma. Esses elementos, em conjunto, tornam a manifestação de vontade, que existe apenas no mundo dos fatos, relevante para o mundo jurídico, passando a integrá-lo (AMARAL, 2008, p. 527).

No plano da validade, por sua vez, verifica-se se o suporte fático é perfeito (MELLO, 2019, digital, §2º). Em outras palavras, averígua-se se os elementos do negócio jurídico respeitaram os requisitos legais estabelecidos; caso contrário, fala-se que "entrou no mundo jurídico sem que enchesse o molde legal." (MIRANDA, 2012, p. 82).

A invalidade do negócio jurídico pode ser entendida como uma sanção para as situações em que há descumprimento de normas cogentes. Por meio dela, impede-se a obtenção dos resultados jurídicos e práticos vantajosos decorrentes da ofensa ao ordenamento jurídico e, por consequência, desestimula-se as violações e assegura-se sua integridade (MELLO, 2019, digital, §§ 2º e 3º).

Não obstante, para além da sanção, a invalidade consiste também em um "juízo de valor acerca da conveniência da própria existência e eficácia da declaração da vontade." (AMARAL, 2008, p. 526). Pela avaliação do cumprimento dos requisitos legais para a proteção dos valores pretendidos pela norma jurídica é que se determinará a adequação ou não da produção ou manutenção dos efeitos pretendido pelas partes quando da realização do negócio jurídico.

A construção de uma teoria unitária das invalidades, estabelecendo regras gerais, mostra-se complexa, na medida em que existem múltiplas normas que limitam a autonomia privada (AMARAL, 2008, p. 526) e cada sistema jurídico adota critérios diversos. Contudo, pode-se identificar a existência de parâmetros axiológicos mínimos a serem atendidos e que se constituem em limites gerais de validade, tais como a conformidade do ato jurídico com o Direito e a natureza das coisas (MELLO, 2019, digital, § 8º).

Cumpridos os requisitos de validade, constata-se se o negócio jurídico terá, via de regra, eficácia, por meio da produção dos efeitos pretendidos pelas partes, ou seja, a constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas (AMARAL, 2008, p. 475). A condição e o termo no negócio jurídico são exemplos de restrições aos efeitos do negócio jurídico ainda que válido.

Brevemente exposta a análise do negócio jurídico por meio da *escala ponteana*, necessário ressaltar que sua adoção não é unânime. Ilustrativamente, Eduardo Nunes de Souza

(2017b, p. 3-4), embora reconheça sua importância didática por permitir o estudo individualizado de cada plano, ressalta a aparente impermeabilidade dos planos negociais à realização de sua análise funcional, dada a natureza estática do seu núcleo teórico. É nessa perspectiva que se propõe o repensar da nulidade abstrata dos negócios jurídicos realizados por absolutamente incapazes.

A capacidade assume dupla acepção no Código Civil: capacidade de direito, que é intrínseca à personalidade, relacionada a aptidão de ser sujeito de direitos e deveres (artigo 1º do Código Civil); e capacidade de fato ou de exercício, possibilidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil. A capacidade plena se perfectibiliza pela conjugação de ambas e é presumida, sendo afastada tão somente por previsão legal (DINIZ, 2012, p. 167-168). A capacidade do agente, enquanto requisito de validade do negócio jurídico, nos termos do artigo 104 do Código Civil, refere-se à segunda noção do instituto.

A ausência de capacidade do agente culmina na nulidade do ato, quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz (artigo 166, inciso I, Código Civil); ou em sua anulabilidade, se o contratante for relativamente incapaz (artigo 171, inciso I, Código Civil).

A incapacidade absoluta, prevista no artigo 3º do Código Civil, após as alterações trazidas pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), refere-se apenas aos menores de dezesseis anos, que serão representados nos negócios jurídicos. Já os relativamente incapazes, dentre outras hipóteses legais, são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, que necessitarão, para a prática ou a maneira de exercer determinados atos, de assistência, consistente na manifestação conjunta de vontade do menor com seu assistente. Em regra, a representação legal e a assistência são atribuições dos pais, em razão do poder familiar (artigo 1.634, inciso VII e 1.690, Código Civil) ou dos tutores (artigo 1.747, inciso I, Código Civil).

Tem-se, portanto, incapacidades fundamentadas tão somente em um critério etário ou cronológico, para o qual é irrelevante a verificação *in concreto* da ausência de capacidade. Dessa forma, pressupõe-se que em razão da pouca idade, os menores ainda não desenvolveram ou não adquiram a maturidade necessária para avaliar os riscos ou distinguirem situações negociais em que poderiam ter benefícios ou prejuízos, estando suscetíveis de firmarem contratos desnecessários ou desvantajosos.

A capacidade de fato ou de agir depende do "discernimento para conhecer e avaliar as consequências práticas, materiais (não jurídicas) dos seus atos conforme a sua experiência de vida refletida pela idade, o estado de sanidade física ou mental e a condição cultural." (MELLO, 2019, digital, § 9º). O tratamento da incapacidade no ordenamento jurídico, está, portanto, vinculado ao princípio da *preponderância da tutela do incapaz* (MIRANDA, 2012, p. 191).

Dessa forma, a previsão legal das incapacidades por critério etário tem por finalidade a proteção daqueles que, por presunção legal, são inexperientes e podem, em tese, ser facilmente influenciados por outrem**,** faltando-lhes suficiente *autodeterminação* e *auto-orientação.* Embora o desenvolvimento dessas competências seja um processo constante e sofra diversas interferências decorrentes, por exemplo, de condições do meio, da educação recebida e da própria saúde da pessoa – que podem antecipá-las ou retardá-las –, o legislador optou por estabelecer um critério abstrato, de forma a garantir segurança jurídica e estabilidade social (PEREIRA, 2011, p. 230).

A superação da incapacidade pelo critério etário, como processo contínuo que levará a capacidade plena, diferencia a incapacidade absoluta da relativa com base na progressão do desenvolvimento da pessoa e na constatação de que, após certa idade, o menor apresenta menos acentuado grau de défice (MIRANDA, 2012, p. 91-92). Consequentemente, a sanção jurídica passa de nulidade à anulabilidade dos atos.

Justamente pelo escopo de proteção dos interesses do menor em razão de sua pouca experiência, a incapacidade deve ser verificada no momento da prática do negócio jurídico, de forma que a cessação posterior em nada interfere na invalidade do negócio jurídico (MIRANDA, 2012, p. 178). Em decorrência disso, a nulidade por incapacidade absoluta é imprescritível, irrenunciável, incomprimível, não ratificável e insuscetível de convalidação, ainda que o suporte fático seja suficiente para a incidência de outra regra jurídica (MIRANDA, 2012, p. 92-108). Isso significa que o menor absolutamente incapaz ou seu representante não podem abdicar da proteção conferida pelo ordenamento para que o negócio tenha validade e produza os efeitos pretendidos.

Logo, utilizando-se da *escala ponteana,* a análise do negócio jurídico praticado por absolutamente incapaz sequer chega ao plano da eficácia, porque fulminado no da validade. Como resultado, em se adotando a verificação estática de seus elementos, inviabiliza-se qualquer consequência jurídica ou prática que o negócio jurídico poderia produzir.

Em razão da capacidade ser alcançada no mundo fático em momentos diversos por cada pessoa e ter influências externas, Maria Helena Diniz (2012, p. 171) questiona a necessidade de avaliação da adequação do parâmetro de dezesseis anos para incapacidade absoluta estabelecida desde o Código Civil de 1916. Hodiernamente, a mentalidade dos jovens com quatorze anos é mais desenvolvida se comparada com a do início do século passado.

Tal situação se mostra ainda mais acentuada quando considerada a inclusão desde tenra idade das crianças em instituições de ensino e diversas atividades extraclasse, a redução da

evasão escolar e o amplo acesso aos ambientes digitais, que permitem o acesso a informações ilimitadas, contribuindo para o rápido desenvolvimento e maturidade dos menores.

Dessa forma, a nulidade absoluta dos negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes, baseada tão somente no critério etário como uma medida de proteção, está em descompasso com a concepção moderna do negócio jurídico, que enseja o aprimoramento dos conceitos tradicionais desse instituto, mitigando a autonomia individual pelo interesse social do contrato (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 8). Também, a perspectiva contemporânea aprofunda a preocupação com a pessoa humana e sua individualidade, enaltecendo a *despatrimonialização* do direito civil e dá relevo a reestruturação dos conceitos pelos princípios, deslocando o foco do paradigma jurídico da lei para o caso concreto.

Dessa forma, é necessário repensar o engessamento (muitas vezes em prejuízo de quem se pretende tutelar) da impossibilidade da realização de negócios jurídicos por menores absolutamente incapazes.

2 FUNCIONALIZAÇÃO DA TEORIA DA CAPACIDADE

O ordenamento jurídico é marcado pelo mesmo dinamismo que perpassa a sociedade ao experimentar as transições políticas ou de filosofia de vida. As visões de mundo que emergem do debate público e que são consolidadas na legislação permeiam as disposições normativas, fazendo do Direito, em que pese seu caráter sistemático, um conjunto de proposições normativas que são positivadas em diferentes contextos sociais e com distintas opções axiológicas.

Assim, "a heterogeneidade do ordenamento encontra justificação não somente no pluralismo ideológico e político, mas também no necessário processo histórico" (PERLINGIERI, 2008, p. 189). Esse mesmo processo histórico que implica na pluralidade de valores albergados pelo ordenamento também demanda do intérprete cautela na aplicação de dispositivos que, analisados apenas no aspecto estrutural-estático e, portanto, em descompasso com a evolução social, pode resultar em soluções jurídicas indesejáveis em vista da finalidade do instituto.

O termo *funcionalização* denota a análise dinâmica (ou "perfil dinâmico") dos institutos jurídicos em contraposição à denominada análise estática ou estrutural: "analisar qualquer categoria jurídica pelo prisma de sua função significa levar em consideração seu aspecto dinâmico, consubstanciado nos efeitos dela decorrentes e nos valores e interesses que justificam seu reconhecimento pelo ordenamento." (SOUZA, 2017b, p. 4). A atenção do

intérprete, portanto, desloca-se para os aspectos teleológicos e axiológicos dos institutos, a fim de possibilitar a identificação dos interesses merecedores de tutela (PERLINGIERI, 2008, p. 359).

Essa análise funcional dos institutos, quando aplicada à teoria da capacidade, fornece importantes parâmetros para se avaliar comportamentos, cotejando-os com as normas de proteção aos incapazes, livrando-os de "uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, [...] não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas [...]" (PERLINGIERI, 2008, p. 781). Isso porque a simples aplicação das normas que tratam da capacidade pelo critério etário "em sua configuração binária, costuma reduzir o problema da proteção de pessoas com discernimento limitado à criação de duas espécies de castas incomunicáveis: capazes e incapazes." (SOUZA; SILVA, 2016, p. 2).

Essa percepção não é recente nem exclusiva do direito pátrio, pois há muito vem a doutrina estrangeira refletindo sobre a dificuldade de se conciliar normas rígidas com a realidade dinâmica da vida social.

No direito francês, Georges Ripert (1937, p. 102) pondera que "a regra abstrata da incapacidade é umas vezes insuficiente outras demasiado rigorosa", necessitando modulação para se proteger terceiros contra eventual má-fé do incapaz, bem como evitar que o menor não sofra proteção exagerada a lhe prejudicar em vez de tutelar.

Já no direito alemão, Karl Larenz (1958, p. 58-61) enfrentou o problema de se reconhecer a exigibilidade de contratos de fato que decorreriam do que denominou *comportamento socialmente típico*, a emprestar eficácia e constituir validamente relações obrigacionais no contexto dos serviços ofertados a público indistinto cuja contratação decorreria de ato material de uso. Nesses casos, a declaração de vontade mostrar-se-ia irrelevante, sendo também despiciendo analisar a capacidade daquele que contrata, obrigando-se o agente, inclusive, mesmo declarando expressamente não querer contratar: a relação jurídica decorre de sua conduta, enquanto "reação" socialmente esperada.

Na Itália, Emilio Betti (2008, p. 314-320) discorreu sobre as situações em que se verifica disjunção entre capacidade natural e capacidade legal, ou seja, casos em que a pessoa ostenta *consciência* do alcance de suas ações, mas é considerada incapaz; e, por outro lado, casos em que, apesar de legalmente capaz, não tem discernimento psíquico para a prática do ato jurídico.

A dicotomia estanque ("configuração binária") em capaz e incapaz – cuja superação se busca com a análise funcional – pode ser vislumbrada no âmbito doutrinário,

ilustrativamente, nas considerações tecidas por Pontes de Miranda (2012, p. 193) sobre negócio jurídico praticado por absolutamente incapaz, sustentando o autor que o ato seria nulo porque o direito tem o incapaz "como em solidão espiritual [...] pela impossibilidade de ajustar as suas representações às dos outros seres humanos e agir de acordo com essa representação". Arremata o autor: "Se bem que em certos casos, *ainda* possa ou *já* possa dialogar, o que há nele [no incapaz], é o ante-homem, o monólogo." (MIRANDA, 2012, p. 193).

Entretanto, se o objetivo último da tutela do menor é sua proteção, não se mostra juridicamente adequado que as normas (abstratas) que sirvam a esse propósito acabem por implicar – quando da sua aplicação – em prejuízo concreto àquele cuja incolumidade visa. Nesse sentido:

> Em matéria de invalidade dos atos jurídicos, a necessidade de uma análise funcional e dinâmica implica que a valoração dos efeitos concretamente produzidos por certos atos (em princípio) inválidos possa justificar um tratamento jurídico diferenciado em relação ao abstrato regime previsto para a nulidade ou a anulabilidade negocial, à luz de um juízo de merecimento de tutela dos valores e interesses concretamente envolvidos. (SOUZA; SILVA, 2016, p. 7).

Naturalmente, a análise funcional não significa desconsideração da lei: não se trata de ignorar o direito positivo para se buscar soluções casuísticas; tampouco do "[...] pendor de certas doutrinas a tudo dinamitar, a pretexto de evitar soluções tidas por aberrantes." (MIRANDA, 2012, p. 192). Ao contrário, a lei é sempre o ponto de partida de toda análise dinâmica, pois é ela que estabelece o valor ou bem jurídico cuja tutela se visa. Quando o legislador dispõe que os atos e negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes são nulos não o faz de forma arbitrária, tampouco porque seriam impossíveis – materialmente – de serem realizados, mas porque ponderou que "[...] atos praticados nessas circunstâncias não são, de ordinário, compatíveis com a ordem jurídica, uma vez que expõem o incapaz e seu patrimônio a risco." (SOUZA, 2017a, p. 54). Entretanto, possível falar-se em "[...] *atenuação da incapacidade* quando a regra jurídica aparece como uma proteção exagerada do incapaz." (RIPERT, 1937, p. 99).

É justamente em razão de a lei ser o ponto de partida que Eduardo Nunes de Souza sustenta que o juízo de validade seria um "[...] *processo* que compreende tanto a valoração legislativa prévia quanto a valoração posterior (e eventual modulação) pelo juiz [...]" (2017a, p. 284).

O *processo* a que se refere o autor se decompõe em duas etapas. A primeira consiste em identificar no direito positivo qual a *ratio* da norma, que valores visa proteger, que bens busca salvaguardar e qual sua finalidade última.

No caso específico do artigo 3º do Código Civil, o legislador optou pelo critério etário como parâmetro: aos menores de dezesseis anos veda-se o exercício pessoal dos direitos que lhes são próprios (capacidade de fato), necessitando de representação para tanto. Conforme ponderado pela doutrina, "observa-se a restrição da capacidade aos menores de idade em todos os sistemas jurídicos, variando, no entanto, o limite de idade." (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004, p. 12). Em outras palavras, substitui-se "[...] o qualitativo de perícias psicológicas pelo quantitativo dos anos vividos pela pessoa [...]" (MIRANDA, 2012, p. 171).

A ideia subjacente a esse critério é, pretensamente, evitar-se "perigoso arbítrio ao juiz" em discernir em cada caso a capacidade do agente e deixar-se "grande margem às controvérsias" (MIRANDA, 2012, p. 172). A delinear a rigidez do critério, tem-se:

> Quanto à idade, as leis fixam a em que não há e a em que há capacidade, segundo aquele critério de quantitatividade, para substituir qualidade, que é um dos mais prestantes da técnica legislativa. Não importa se corresponde, ou não, à realidade; e; nenhum poder tem o juiz para corrigir, *in casu*, o que a regra jurídica adotou. Houve redução simplificadora, a que o legislador procedeu, dos próprios elementos do suporte fático: todo o qualitativo da incapacidade natural, substituído pelo quantitativo da incapacidade de obrar, todo o qualitativo da incapacidade natural relativa, pelo quantitativo da incapacidade natural relativa. E essa redução, eliminando todo pormenor e, até, toda negação do que a regra jurídica sobre capacidade supõe (capacidade natural, por exemplo, do menor de dezesseis anos, art. 5, I [Código Civil de 1916]), veda qualquer cognição judicial que não seja quanto ao cômputo dos anos completados. (MIRANDA, 2012, p. 177-178).

A lei estabelece, portanto, uma presunção de ausência de *discernimento* para a prática dos atos da vida civil, que seriam eivados de nulidade mesmo não havendo dano ao incapaz ou até mesmo em lhe sendo proveitoso o ato (MIRANDA, 2012, p. 225). O legislador procura proteger essas pessoas por entender que não têm "[...] maturidade necessária para julgar seu próprio interesse [...]" (RODRIGUES, 1997, p. 41).

Entretanto, nem sempre se verifica a coincidência entre a (in)capacidade legal e a natural – entendida esta como aptidão de compreensão. Conforme pondera Emilio Betti (2008, p. 314), "a lei, ao estabelecer a inidoneidade de determinadas pessoas para realizar ato jurídicos, parte sempre da consideração da *natural* ineptidão desses sujeitos para cuidarem dos seus interesses materiais ou morais [...]".

Ilustrativamente, falava-se do caso de "[...] doente mental [que] não estava

interditado." (GOMES, 1993, p. 177). Tratava-se de situação de descompasso entre a lei e a realidade fática na qual, mesmo não podendo em tese, a pessoa com limitação psíquica praticava materialmente atos ou negócios jurídicos. O exemplo, apesar de desatualizado pelo advento da Lei nº 13.146/2015, serve, na verdade como provocação para ser usado de forma invertida: situação em que se verifica a capacidade natural colidindo com a incapacidade legal.

Invertendo-se a situação, pode-se imaginar o caso de pessoa com maturidade e discernimento para a prática do ato ou negócio jurídico (capacidade natural), mas incapaz legalmente (por ser menor de dezesseis anos de idade). Tal situação não raro se verifica, pois o "[...] limite é demasiadamente alto, se o compararmos com os de outros sistemas jurídicos (direito anterior [ao Código Civil de 1916], doze anos para a mulher e quatorze para o varão, como em direito romano; sete anos, no direito civil alemão, § 104, 1; quatorze, no direito civil argentino, art. 127)." (MIRANDA, 2012, p. 225).

Muito comum, por exemplo, os contratos entabulados pessoalmente por menores com quinze anos de idade, que usufruem dos serviços de transportes coletivos (ônibus, metrô) ou de lazer (cinemas, teatro), fazem compras (de alimentos, vestimentas ou utensílios e bens em geral) etc. Indubitavelmente, uma pessoa com quinze anos de idade tem maturidade e discernimento para adquirir um refrigerante num estabelecimento comercial ou comprar uma entrada para assistir a um filme no cinema sem a necessidade de intervenção de seus representantes legais. De acordo com a norma positivada, esses negócios jurídicos seriam nulos, pois "[...] é uma previsão feita *a priori* pela lei, sem possibilidade de fiscalização e de desmentido por parte do juiz no caso concreto." (BETTI, 2008, p. 315).

Entretanto, exigir que um adolescente com essa idade esteja acompanhado dos pais a fim de perfectibilizar o negócio jurídico acabaria por, no mais das vezes, inviabilizar a própria fruição do serviço pelo menor, configurando uma proteção demasiada (RIPERT, 1937, p. 98). Nesse sentido, sustenta-se que a solução apriorística da regra positivada "[...] não dá conta das múltiplas possibilidades de vulnerabilidade concreta e dos diversos graus de discernimento que podem ser apresentados pelo agente [...]" (SOUZA; SILVA, 2016, p. 25). Nesse momento, mostra-se pertinente a segunda fase do *processo* do juízo de validade, consistente em "[...] uma verificação de legitimidade, em concreto, das presunções valorativas formuladas pela primeira [fase]." (SOUZA, 2017a, p. 284).

Assim, a tutela legal conferida em abstrato aos menores, para que se contorne eventual subversão da *ratio* normativa, deve ser conformada nos casos concretos, analisados em sua particularidade, verificando-se até que ponto a invalidação dos negócios jurídicos por eles praticados lhes conferiria efetiva proteção.

3 O DISCERNIMENTO COMO ÍNDICE DE VALIDADE

A identificação dos bens jurídicos tutelados pelas previsões legais em abstrato mostra-se etapa inapelável na aplicação da norma. A apreensão dos objetivos visados pelo legislador quando da positivação de determinada regra é elemento fundamental a se emprestar o alcance adequado ao campo de abrangência da disposição normativa a ser interpretada. Essa primeira etapa permite antever soluções que eventualmente acabem por descaracterizar o fim colimado pelo dispositivo, calibrando-se adequadamente sua aplicação no caso concreto.

A metodologia civil-constitucional apresenta-se como marco teórico compatível à conformação, no caso concreto, dos fins visados em abstrato pelas normas ao serem aplicadas, justamente por proceder a uma análise funcional do ato. Não se trata de abandonar a regra legislada, substituindo-a pelo arbítrio do julgador. Em verdade, o dever de fundamentação torna-se tão mais árduo "[...] quanto mais a solução do caso concreto implicar o afastamento do regime legalmente previsto para a invalidade negocial e, em qualquer caso, necessariamente vinculado à legalidade constitucional, isto é, a axiologia do sistema jurídico." (SOUZA, 2017a, p. 289).

O direito civil-constitucional parte de duas premissas básicas para desenvolver seus delineamentos: o direito enquanto sistema de normas de um ordenamento social (caráter sistemático de todas as disposições, que não podem ser analisadas isoladamente); e a força normativa das disposições constitucionais, cuja eficácia deriva diretamente e independentemente de regulação infraconstitucional (MORAES, 2010, p. 21-24).

Nessa linha, exsurge que o caráter axiológico da Constituição informa a racionalidade normativa do ordenamento, sendo que as disposições dela independem da mediação de regras em nível inferior para sua incidência. É justamente em razão da complexidade do sistema jurídico que avulta a importância de uma centralidade sobre a qual se fundar. Por conseguinte, as prescrições constitucionais não seriam meramente propositivas, mas, pelo menos em relação a valores fundamentais, ostentam eficácia direta atributiva ou prescritiva (PERLINGIERI, 2008, p. 205-208).

As características essenciais desse marco teórico são resumidas nos seguintes pontos: "prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais [...]; a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação-aplicação do direito; a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura [...]" (MORAES, 2010, p. 56).

Contemporaneamente – no contexto atual denominado pós-positivista –, houve o

aprofundamento da tutela da pessoa humana nas relações contratuais (e jurídicas em geral), incorporando-se a noção do Direito como "[...] um sistema dialeticamente aberto, que deve ser compreendido por meio de uma hermenêutica crítica, que submete as regras aos preceitos constitucionais, [...] e à contraprova da realidade." (FACHIN, 2012, online).

Esse deslocamento de foco traz consigo nova mudança de paradigma (agora denominado pós-moderno), em que se verifica a "centralidade do caso" em detrimento do respeito incondicional às previsões normativas em abstrato, pois o objetivo é "[...] dar solução aos conflitos, da melhor forma possível." (AZEVEDO, 1999, p. 8). Nesse sentido, o "direito deve [...] fiscalizar a licitude do negócio, nas circunstâncias em que se efetua, de harmonia com a apreciação que dele faz a consciência social." (BETTI, 2008, p. 157).

O problema a ser enfrentado refere-se à segurança jurídica, pois, nesse contexto de análise da norma face ao caso concreto, bem como da aplicação direta dos princípios constitucionais, surge a necessidade de se estabelecer balizas a se evitar o "perigoso arbítrio do juiz", como já advertido por Pontes de Miranda (2012, p. 172). Em verdade, a objeção que se coloca parte da falsa premissa de que o método subsuntivo de aplicação das normas conferiria maior estabilidade ao direito por seu pretenso caráter neutro e mecânico. Contudo, desconsidera que resulta de "[...] encobertas escolhas valorativas, inevitáveis em qualquer processo de interpretação." (MORAES, 2010, p. 67).

O direito positivo apenas o é na medida em que e se é interpretado. A norma jurídica não é dada em si mesma e necessita da atuação do intérprete para extração do seu conteúdo: "o objeto do dar (o texto) é 'dado' (o conteúdo do texto) porque 'dado' ao destinatário, não como um sujeito passivo da entrega, mas para que ele o possa aferrar." (PERLINGIERI, 2008, p. 601). Em outras palavras, o conteúdo da norma não se forma na etapa da produção legislativa, mas, de forma complexa, superada essa primeira fase, na sua interpretação e aplicação pelo destinatário.

Esse processo de construção do conteúdo da norma, que se inicia com sua promulgação na esfera legislativa e termina com sua aplicação *in concreto* na decisão judicial já foi abordado por Hans Kelsen (2003, p. 263-265), que vislumbrava na aplicação do direito um caráter irredutivelmente constitutivo, no sentido de se reconhecer que dentro da "moldura da norma", cabe ao intérprete identificar seu conteúdo exato para o caso concreto. Em suas palavras:

> A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto. [...] No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não

> estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. (KELSEN, 2003, p. 272).

A solução proposta a fim de contornar o problema da insegurança jurídica gerado pela identificação do conteúdo da norma quando da análise do caso concreto se dá pelo filtro dos princípios que justificam a razão de ser do dispositivo. O papel de centralidade exercido pela Constituição e a aplicação dos valores que a informam é o elemento unificador do ordenamento e que permite conferir racionalidade na aplicação do direito, de forma a manter sua coesão e, por conseguinte, imprimir segurança jurídica nas soluções dos casos apresentados, afastando – ou pelo menos diminuindo –, assim, o risco do excessivo casuísmo.

Importante papel exerce a doutrina nesse contexto, pois ao dotar de cientificidade os conceitos jurídicos, evita que a interpretação dos princípios seja "[...] deixada a cargo unicamente da consciência do magistrado ou da jurisprudência em geral [...]" (MORAES, 2010, p. 68).

Como já explicitado *supra*, o vetor axiológico que informa a teoria da capacidade é a tutela do vulneráveis e, especificamente em relação aos menores, sua proteção pela vedação da prática de atos para os quais presume o legislador não teriam maturidade suficiente para entender o alcance e os efeitos deles decorrentes. Em sendo essa a *ratio* da norma, não se mostraria juridicamente justificável que a interdição legal implicasse na proibição da realização de negócios para os quais o incapaz possui aptidão natural (capacidade de compreensão) e cuja proscrição lhe prejudicasse – ao invés de proteger. Logo, tem-se que o *discernimento* seria adequado índice para a verificação de (in)validade para os atos praticados por aqueles que ostentam capacidade natural, em que pese lhes faltar a legal.

Tachar *tout court* todos os negócios jurídicos praticados por menores como nulos não resolve o problema prático de que inúmeros são os contratos entabulados por crianças ou adolescentes cotidianamente e que, na realidade fática, produzem regularmente seus efeitos.

O próprio ordenamento reconhece diversos graus de discernimento aos menores em variadas áreas do direito. Por exemplo, o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), em seu artigo 217-A, adota a idade de quatorze anos como o critério a distinguir uma relação sexual consentida lícita do crime de estupro de vulnerável – que se configura independentemente do consentimento do menor, pois presume o legislador não ter a vítima capacidade natural para validamente anuir com o ato. *A contrario sensu*, presume a lei que o menor com quatorze ou mais anos possui *discernimento* para deliberar sobre o assunto, não configurando ilícito penal a relação consensual.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90), no mesmo sentido, reconhece ao adolescente maturidade suficiente para decidir sobre sua colocação em família substituta, estatuindo o artigo 28, § 2º desse diploma que deverá ser colhido seu consentimento para tanto. Dos menores de doze anos de idade, apesar de não ser necessário colher a anuência, ainda assim deverão ser ouvidos e sua opinião deverá ser considerada, respeitando-se seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (artigo 28, § 1º). No mesmo sentido, a adoção de adolescente também necessita do consentimento deste (art. 45, § 2º), aplicando-se a sistemática do artigo 28 em caso de alteração de prenome, conforme artigo 47, § 6º.

Ainda no que se refere ao ECA, vislumbra-se aparente contradição sistemática na disciplina da autorização para viagem de crianças e adolescentes com a da capacidade estampada no Código Civil. Isso porque o art. 83, *caput*, daquela lei, interpretado *a contrario sensu*, autoriza a viagem de criança e adolescente dentro da comarca onde reside desacompanhada dos pais e sem necessidade de autorização judicial: ou seja, pode o menor valer-se dos serviços de transporte coletivo, em que pese o Código Civil cominar esse negócio jurídico de nulidade em seu artigo 3º. O artigo 83, §1º, inciso I, do ECA, amplia essa possibilidade para comarcas contíguas na mesma unidade da Federação ou incluídas na região metropolitana, indicando que a criança e o adolescente ostentam maturidade para utilizarem (desacompanhados dos pais ou representantes legais) os serviços de transporte para se locomoverem e atenderem suas necessidades cotidianas.

Em verdade, a preocupação da norma estatutária é coibir a fuga, prática de prostituição ou crimes contra os menores (tais como sequestro, tráfico etc.), justificando a regulamentação do uso do transporte por crianças e adolescentes para fins de controle e fiscalização (NUCCI, 2015, p. 267-268). Contudo, inegavelmente autoriza o uso pessoal dos serviços coletivos à disposição da população aos menores desacompanhados de seus representantes, o que, em tese, o Código Civil veda.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 37, § 2º, ao tratar da propaganda abusiva, refere-se unicamente à criança, não o fazendo em relação ao adolescente. Mais uma vez, percebe-se a distinção feita pelo legislador, entendendo que o maior de doze anos de idade, em que pese incapaz (absoluta ou relativamente), ostenta discernimento mais evoluído na compreensão da publicidade veiculada, prescindindo, em tese, de tutela jurídica tão intensa quanto à criança, em razão da "deficiência de julgamento e experiência" desta.

Os exemplos acima trazidos mostram-se pertinentes para ilustrar que a noção de

discernimento não é estranha ao ordenamento: ao contrário, verifica-se que esse índice de maturidade é amplamente utilizado pelo legislador quando da positivação da tutela de menores em diversos ramos para além do direito civil, bem como a respectiva forma e alcance.

O próprio Código Civil mitiga a proteção aos menores, modulando a invalidade negocial em determinados casos. É o que se colhe, por exemplo, da disciplina referente ao contrato de mútuo que, quando feito a menor, pode o valor ser reavido nas hipóteses do artigo 589, dentre as quais na que "o menor obteve o empréstimo maliciosamente" (inciso V). Trata-se de dispositivo que se coaduna com o artigo 180 do mesmo diploma, não podendo o incapaz valer-se da própria torpeza a fim de enriquecer indevidamente. A parte que interessa ao presente estudo refere-se a importância que o legislador, mais uma vez, conferiu ao *discernimento* do menor: se agiu de forma maliciosa, a presunção de imaturidade sofre mitigação, pois tinha compreensão suficiente da situação para atuar de forma dolosa a prejudicar terceiro, não podendo se beneficiar da própria torpeza. Ao comentar essa exceção legal, Eduardo Nunes de Souza (2017a, p. 364) sustenta:

> A possibilidade de confirmação posterior pelo responsável do menor, assim, representa importante distanciamento da teoria geral da nulidade. O reconhecimento de efeitos ao ato nas hipóteses em que o valor mutuado tenha sido empregado para a subsistência do menor ou tenha, de qualquer modo, a ele aproveitado parece conferir certa preferência do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, do mesmo modo que a referência ao caso de contratação dolosa por parte do menor remete ao princípio da vedação do benefício da própria torpeza. Já a previsão de que o menor, se tiver bens próprios oriundos de seu trabalho, arcará com o dever de restituição parece ditar o tom da modulação dos efeitos do negócio: se o menor já dispõe de bens próprios, presume-se que detinha discernimento suficiente para a contratação.

Portanto, verifica-se que o *discernimento* como índice de validade dos negócios jurídicos praticados pelos incapazes encontra ressonância no próprio ordenamento, para além, é claro, da axiologia que inspira a teoria da capacidade. Nesse sentido, possível propugnar-se pela extensão desse critério para além dos atos existenciais, abarcando também a prática de atos patrimoniais, que deverão ser investigados "sem raciocínios apriorísticos", mas de forma funcional, promovendo a segurança jurídica "[...] em um cenário de segurança substancial já designado como *equilíbrio em movimento*." (SOUZA, 2017a, p. 372).

Essa noção é proposta por André Arnt Ramos e Eroulths Cortiano Junior (2015, p. 7) e busca a ressignificação da noção de segurança jurídica, abandonando a ideia de segurança formal – confinada na predeterminação de enunciados normativos –, para dar um "[...] salto qualitativo da análise (em sentido amplo) de institutos e categorias jurídicas, cuja estrutura passa a interessar menos que a função."

Assim, a noção de *discernimento* que serve como "[...] divisor de águas, a linha que separa a capacidade da incapacidade [...]" (MORAES, 2010, p. 191), pode ser utilizada ou aplicada de forma funcional, a se permitir a reconhecer a validade de atos jurídicos praticados por menores legalmente incapazes, mas que, em verdade, ostentam maturidade e compreensão suficientes a entabular o negócio tachado de nulo pela norma em abstrato. Pois:

> Todos esses exemplos demonstram que o fundamento último da invalidade negocial em decorrência da incapacidade do agente volta-se funcionalmente à proteção da própria vulnerabilidade da pessoa. É por tal razão que, como sugerem as hipóteses mencionadas, o melhor interesse do incapaz pode motivar, com maior frequência do que em geral se supõe, a validade total ou parcial do ato, afastando-se as regras gerais das invalidades em decorrência de um juízo de merecimento de tutela concretamente realizado pelo intérprete. Não se vislumbra, assim, na invalidade negocial uma sanção ao incapaz ou, menos ainda, uma postura discriminatória da ordem jurídica quanto à pessoa deste. (SOUZA; SILVA, 2016, p. 14).

Conforme exposto, a análise funcional da teoria da capacidade no que se refere aos menores incapazes, tomando-se como índice de validade o discernimento, em vez de promover insegurança jurídica, permite a coesão do sistema, respeitando-se os valores que visa tutelar, sem a necessidade de se socorrer de exceções à regra, na medida em que a aplicação da norma admite modulações consentâneas com o bem jurídico tutelado e que, portanto, reafirmam sua vigência.

CONCLUSÃO

O panorama atual de invalidade do negócio jurídico em relação à capacidade do sujeito é a de consideração exclusiva do critério etário. Assim, tem-se a nulidade por incapacidade absoluta do menor de dezesseis anos e a anulabilidade por incapacidade relativa dos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos.

Tal situação implica na invalidade e consequente ineficácia (relativamente aos efeitos pretendidos pelas partes) dos negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes, seja pelo alegado caráter sancionatório para o ato praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, seja pelo juízo valorativo de pretensa tutela dos interesses dos menores, que são considerados desprovidos de discernimento para análise das consequências de seus atos. Tradicionalmente, não seria possível ao intérprete considerar qualquer outro critério ou circunstância para avaliar a pertinência de validade e eficácia dos negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes, ainda que a ineficácia do negócio jurídico seja prejudicial ao

incapaz e que essa disposição legal destoe do que ordinariamente acontece, já que rotineiramente menores realizam atos que na realidade fática produzem efeitos.

Uma alternativa para se solucionar essa questão seria a análise funcional dos institutos jurídicos, no caso específico, da teoria da capacidade. Isso porque o ordenamento é dinâmico e as proposições normativas representam opções axiológicas, de forma que a mera análise dos institutos em sua concepção estrutural-estática é insuficiente para garantir que as soluções jurídicas estejam alinhadas às finalidades objetivadas pela norma.

Assim, em se considerando os aspectos teleológicos e axiológicos da norma, cotejando-os com o caso concreto, seria possível identificar a pertinência da validade do negócio jurídico, por meio da superação da dicotomia estanque entre capaz e incapaz dada exclusivamente pelo critério etário.

Nesse sentido, adotando-se a concepção do juízo de validade como *processo*, parte-se da investigação legislativa prévia, na qual são identificados os valores e bens jurídicos a serem tutelados, bem como a finalidade da norma. Posteriormente, por meio da análise do caso concreto pelo intérprete e dos respectivos efeitos do negócio, possível a modulação a fim de se adequar a aplicação da norma à sua finalidade. O marco teórico a sustentar essa solução é a metodologia civil-constitucional, que privilegia a função dos institutos jurídicos sobre sua estrutura, enaltecendo os eixos axiológicos e teleológicos da lei.

Dessa forma, o discernimento mostra-se adequado índice da validade dos negócios praticados por menores de dezesseis anos de idade, na medida em que, ao mesmo tempo em que respeita a *ratio* da norma, permite a modulação da teoria da capacidade quando sua aplicação subverter sua finalidade protetiva, evitando-se prejuízo ao incapaz seja pelo desamparo seja pela proibição desarrazoada de atos para os quais compreende o alcance e os efeitos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico. existência, validade e eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 94, p. 3-12. 1999. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429/70039>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Editora Servanda, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil, v.1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. **Revista de Doutrina da 4a Região**, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html>. Acesso em: 28 nov. 2021.

FERRI, Luigi. **L'Autonomia Privata.** Milano. Giuffrè, 1959

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones.** t. I. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1958.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: < https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado:** Validade, nulidade, anulabilidade. v. IV Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado São Paulo: Martins fontes, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** v. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, André Luiz Arnt; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>. Data de acesso: 16 jan. 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017a.

_____. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017b. Disponível em: <http://civilistica.com/uma-releitura-funcional-das-invalidades/>. Data de acesso: 10 jan 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/autonomia-discernimento-e-vulnerabilidade/>. Data de acesso: 10 jan 2022.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 1. jul./set. 2014.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução: Osório de Oliveira. São Paulo: Livraria acadêmica, 1937.