V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

VALMIR CÉSAR POZZETTI

JOANA STELZER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Joana Stelzer, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-228-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil contemporâneo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



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



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Já, em sua quinta edição internacional, o Encontro do CONPEDI vem brindar, neste ano de 2016, a Latino-América, especialmente, pela feliz decisão de realizar o primeiro Encontro em solo Sul-Americano, em terras Uruguaias. Mostrou-se acertada a escolha da Universidade da República Uruguaia para sede do V Encontro Internacional do CONPEDI seja pela camaradagem e hospitalidade da recepção dos hermanos uruguayos, seja pela beleza de Montevideo, uma Capital promissora e aconchegante. Indizível a beleza do Palácio Legislativo em que ocorreu a abertura dos trabalhos com a presença das autoridades Uruguaias que tão entusiasticamente receberam a tantos brasileiros que migraram para aquelas paragens em busca da consolidação de seus estudos de pós-graduação. É uma inquestionável verdade, a de que o CONPEDI, nestes anos todos, vem arrastando e fazendo migrar, por assim dizer, quantidade considerável de entusiastas pesquisadores do Direito, seja no Brasil como, agora, se vê, no exterior em busca do desenvolvimento e consolidação das pesquisas jurídico-doutrinárias.

Coube-nos, então, participar do CONPEDI, para além da própria apresentação de artigos científicos, avaliando e acompanhando os esforços de brasileiros e uruguaios na área do Direito Civil Contemporâneo (GT II). As apresentações dos trabalhos dos dois autores uruguaios: Andrés Mendive Dubourdieu e Virginia Yellinek Devitta e dos onze artigos brasileiros transcorreram em ambiente acadêmico propício à salutar e necessária troca de percepções e experiências jurídico-doutrinárias em busca da consolidação de uma identidade científica para o Direito Sul-Americano, mormente, na área cível. Destarte, foram passíveis de apreciação, pela assistência presente, os trabalhos disponibilizados para leitura, que brindaram o encontro dos dedicados pesquisadores do GT Direito Civil Contemporâneo II, conforme segue:

Iara Pereira Ribeiro apresentou o trabalho intitulado 'a validade do ato jurídico praticado pela criança e o adolescente menor de dezesseis anos', questionando a capacidade civil em seu duplo aspecto, a saber: de direito e de exercício; destacando que crianças e adolescentes menores de dezesseis anos praticam inúmeros atos jurídicos que são considerados válidos e eficazes tanto pela lei, quanto pela sociedade pugnando pela mudança legislativa.

Karina Pinheiro de Castro, por sua vez, discorreu sobre 'as alterações da incapacidade civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e seus impactos na prescrição e no sistema jurídico das nulidades'; destacando as alterações do regime jurídico da incapacidade civil das pessoas acometidas por qualquer tipo de deficiência, seja ela física, mental ou sensorial e as respectivas consequências jurídicas que poderão ser acarretadas na prescrição e no regime legal das nulidades dos negócios jurídicos.

Daniel Navarro Puerari e Rossana Marina De Seta Fisciletti destacaram o 'princípio (ou regra) da proporcionalidade e da razoabilidade: considerações acerca da aplicabilidade destes postulados nas ações indenizatórias por danos morais'; mormente no que se refere ao estabelecimento do quantum indenizatório nas ações de reparação civil com fins à condenação em dano moral, destacando que os Tribunais de Justiça brasileiros vêm se apropriando dos referidos institutos ora para majorar, ora para reduzir o valor atribuído aos danos morais em razão de violação aos direitos da personalidade.

Luciano Monti Favaro desenvolveu o trabalho denominado 'reconhecimento de capacidade civil plena às pessoas com deficiência', enfatizando que o Estatuto da pessoa com deficiência em consonância com a Convenção Internacional sobre os direitos dessas pessoas alterou dispositivos do Código Civil brasileiro de forma a ser reconhecida a capacidade civil plena desses sujeitos em consonância com os ditames constitucionais e internacionais, uma vez que as protegerão em virtude do que elas são e não do que elas possuem.

Flaviana Rampazzo Soares trouxe a lume a 'Common Law revisitando o tema punitive damages, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo'. A autora analisou as funções da responsabilidade civil contemporânea, o papel da culpa e do risco na atribuição de responsabilidade, detalhando a visão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, abordando o tratamento da função punitiva e da chamada "indenização com finalidade punitiva". A autora fez perceber que indenizações insignificantes para determinados agentes econômicos sujeitos de direito não persuadem a uma ação correta e socialmente aceita e, pelo contrário, podem levar à impunidade. Através da análise de acórdãos, verificou os aspectos práticos da admissão de possível função punitiva e sua repercussão na fixação da indenização, sobretudo, na compensação por danos extrapatrimoniais.

Jamile Coelho Moreno e Jaime Leandro Bulos abordaram a questão do 'dano moral coletivo e sua efetividade no Ordenamento Jurídico brasileiro', especialmente por intermédio da legislação consumerista de 1990, determinando os legitimados para propor ações coletivas em defesa dos direitos concernentes aos consumidores; bem como, as vítimas de danos

advindos de evento, direta ou indiretamente ligado à relação de consumo e sustentando que a condenação judicial por dano moral coletivo (dano extrapatrimonial) é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas.

Vitor de Medeiros Marçal e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral trataram das 'intimidações sistemáticas no ambiente escolar e pluriofensividade: um estudo das consequências jurídicas extrapatrimoniais da conduta bullying'. Para os autores, restam consequências jurídicas extrapatrimoniais decorrentes do bullying escolar, como fenômeno lesivo e de múltiplas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. Assim, destacaram o correto sentido a ser atribuído aos danos extrapatrimoniais, equivocadamente confundidos com o dano moral; bem como, as principais espécies de danos extrapatrimoniais derivados das intimidações sistemáticas, quais sejam, dano moral, dano à saúde e dano existencial.

Fabianne Manhães Maciel e Carla Fernandes de Oliveira apresentaram trabalho a respeito da 'Teoria do abuso de direito: uma releitura necessária'. Em especial, as pesquisadoras destacaram que a visão civil constitucional do Direito Privado deve ultrapassar a dicotomia entre o público e o privado, impondo-se que as relações negociais, os atos jurídicos e o exercício do direito pelo seu titular sejam limitados por searas principiológicas. Entendendo que princípio enquanto norma de otimização, deve alcançar a melhor aplicabilidade da solução jurídica ao caso concreto, sugerem a necessidade de analisar a possível relativização dos direitos e prerrogativas de direito individuais subjetivos, buscando maior efetividade dos interesses difusos e do bem estar social.

Joana de Souza Sierra e Mark Pickersgill Walker pesquisaram sobre 'a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ao marco civil da internet'. Intentaram, assim, crítica à metodologia de responsabilização subjetiva dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiro, em sua situação pretérita (na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) e presente (no Marco Civil da Internet). Demonstraram, pois, que as metodologias adotadas pela jurisprudência e pelo legislador não são compatíveis com tais institutos, que imporiam, nesses casos, a responsabilização objetiva dos provedores de aplicações.

Fabio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara discutiram sobre o tema 'Lease-back e a proibição dos pactos comissórios'. Explicando que o lease-back é modalidade de arrendamento mercantil, em que o bem envolvido na operação já pertence ao arrendatário, os autores concluíram que o instituto não consubstancia, em um primeiro momento, pacto

comissório no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Porém, destacaram que se inquirindo as circunstâncias de contratação pode-se chegar à conclusão contrária, de modo que, para evitar futura declaração de nulidade contratual, é adequado pactuar-se, em anexo ao lease-back, um pacto marciano.

Ana Elisa Pretto Pereira Giovanini e Ana Lucia Pretto Pereira, por sua vez, trabalharam a questão da 'responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia e erro médico'. As autoras chamaram a atenção para o fato de que existem situações nas quais, eventual lesão causada ao paciente não resultará de um agir culposo do profissional na arte médica. A iatrogenia se configura quando, mesmo tendo sido o profissional da saúde altamente diligente, seu paciente sofre alguma alteração de cunho patológico e, consequentemente, um resultado negativo em seu tratamento. Circunstâncias como essas são classificadas como excludentes de culpabilidade, dentre as quais está inserida a iatrogenia que, uma vez configurada, afasta eventual responsabilização.

Nuestros hermanos uruguayos presentaran, por su vez, importantes contribuciones académicas que se deben destacar. Así, en atención a ellos, se comenta los artículos presentados en su lengua. Andrés Mendive Dubourdieu presentó el tema 'Negocios jurídicos y daños en los mundos virtuales y videojuegos', destacando la magnitud económica del sector. El autor presentó números impresionantes a respecto del sector concentrando su pesquisa en la perspectiva del Derecho Civil para comprender los daños y negocios jurídicos que se presentan entre los participantes de estos mundos virtuales y la necesidad de un derecho específico actual e dinámico para acompañar el mundo real de los negocios ligados al sector de los videojuegos que se han transformado en la mayor industria cultural de la actualidad.

Virginia Yellinek Devitta contribuyo sobremanera con su trabajo intitulado 'desvío productivo como daño indemnizable'. La autora presenta importante trabajo destacando que el tiempo es precioso y que los consumidores no pueden ser privados de ello por empresas que les llaman diariamente ofreciendo servicios o que tienen prácticas que desperdicien el tiempo del consumidor que, a su vez, ya tienen prerrogativas jurídicas para su defensa en Brasil y Argentina. Pugna, entonces, por la condena al proveedor por desvío productivo del consumidor pretendiendo la indemnización por “desvío improductivo”. Llega a la conclusión de que el “desvío improductivo” es un daño indemnizable en el sistema de responsabilidad civil uruguayo, no limitándose tal carácter de resarcible al área del derecho del consumidor. Alega que no existen diferencias relevantes en la normativa que sirve de fundamento a la

indemnización de este daño en Brasil y Argentina y la normativa uruguaya. Por lo tanto, resultan aplicables la mayor parte de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales realizadas en estos países vecinos.

Ao que se vê, a variedade dos assuntos e a preocupação dos pesquisadores com as inovações normativas traz a lume importantes reflexões sobre o Direito Civil contemporâneo. Temas como capacidade civil, indenização por danos morais, abuso de direito na esfera cível, lease-back e responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia são exemplos marcantes de circunstâncias e institutos de Direito Civil a desafiarem o mundo acadêmico em busca de aproximação de legislações na Sul-América e, em especial, entre Uruguai e Brasil. Convidamos, assim, a todos, para a leitura de tão significativos artigos que, certamente, estão a inovar e sugerir novas formas de pensar acadêmico-científico para os civilistas, em especial, de Uruguai e Brasil.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - UEA

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

A VALIDADE DO ATO JURÍDICO PRATICADO PELA CRIANÇA E O ADOLESCENTE MENOR DE DEZESSEIS ANOS

THE LEGAL VALIDITY OF ACTS CARRIED OUT BY CHILDREN AND THE LOWEST TEENAGE SIXTEEN YEARS OLD

Iara Pereira Ribeiro [1]

Resumo

A capacidade civil divide-se em capacidade de direito e capacidade de exercício. Todas as pessoas possuem capacidade de direito, a de exercício é adquirida com a idade. Até a idade de dezesseis anos a pessoa é impedida de agir pessoalmente na vida civil, devendo ser considerado nulo os atos que praticar sem representação. Todavia, crianças e adolescentes menores de dezesseis anos praticam inúmeros atos jurídicos que são considerados válidos e eficazes tanto pela lei, quanto pela sociedade. O objetivo do artigo é demonstrar as situações em que isso acontece e verificar a necessidade de mudança legislativa.

Palavras-chave: Capacidade civil, Absolutamente incapaz, Criança e adolescente menor de dezesseis anos

Abstract/Resumen/Résumé

Civil capacity has divided into capacity to acquire rights and legal capacity. All people have the capacity to acquire rights; the legal capacity is acquired with age. Before the age of sixteen the person is prevented from act personally in civil life and its acts must be considered null because without representation. However, children and lowest teenage sixteen years old can do numerous legal acts which are considered valid and effective both from the law, and by society. The objective of this article is to demonstrate the various cases that happen, and verify that a legislative change is needed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil capacity, Capacity to acquire rights, Legal capacity, Children and the lowest teenage sixteen years old

[1] Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Doutora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

1. Introdução

A capacidade é conceito fundamental para o direito, seu estudo importa para a análise de diversos institutos jurídicos, especialmente na validade dos atos jurídicos. Doutrinariamente, se distingue a capacidade em capacidade jurídica (de direito, de gozo) e capacidade de agir (de exercício, de fato, de obrar). A capacidade jurídica consiste na aptidão de ser titular de situações jurídicas de direito, sendo atribuída indistintamente a todas as pessoas. No Brasil, o instante do nascimento com vida da pessoa natural marca o início da personalidade e da capacidade de direito. O recém-nascido ao respirar pela primeira vez é titular de direitos e deveres; por certo, que poderá sozinho exercer esses direitos ou deveres, alguém agirá em seu nome por meio de representação, falta-lhe capacidade de agir.

A capacidade de agir não é inata à pessoa, mas tão-somente daquela que está apta para os atos da vida civil e para a maneira de exercê-los. Quando presente a capacidade de direito e a de agir, temos a capacidade civil plena.

A lei limita a capacidade de agir da pessoa natural de modo absoluto ou relativo.

Atualmente, no Brasil, com a vigência da Lei Brasileira de Inclusão[1], a única hipótese de limitação absoluta da incapacidade de agir decorre da idade, apenas a pessoa menor de dezesseis anos é pela lei considerada absolutamente incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Surge daí certa perplexidade em constatar que o menor de 16 anos é absolutamente incapaz, e a pessoa com deficiência intelectual - independente da capacidade cognitiva - plenamente capaz. Em que se baseia a presunção legal de que uma criança ou adolescente com menos de dezesseis anos é incapaz de praticar pessoalmente atos da vida civil? E se praticar, todos os seus atos devem ser declarados nulos, conforme o inciso I do Art. 166 do Código Civil? É um desafio justificar que a lei declare nulo o ato jurídico realizado por um adolescente de quinze anos de idade e qualifique como válido qualquer ato realizado por pessoa com deficiência intelectual.

Partindo do pressuposto que a alteração dos dispositivos 3º e 4º do Código Civil era dever do Estado Brasileiro, desde que assinou e ratificou a Convenção sobre os Direitos das

[1] A Lei de Brasileira de Inclusão (Lei 13.146, 06 de julho de 2015), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, em vigência desde o dia 03 de janeiro de 2016, alterou o Art. 3º do Código Civil que estabelecia no rol dos absolutamente incapazes: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Na nova redação o artigo 3º dispõe: "*São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos*".

Pessoas com Deficiência[2], o objetivo do presente artigo é de analisar a legislação brasileira e a doutrina referente ao tema da capacidade civil para, por meio do método hipotético-dedutivo, averiguar a efetividade do Art. 3º e verificar se há razoabilidade na manutenção da idade dezesseis anos para a incapacidade absoluta.

Pretende-se demonstrar que embora o Código Civil determine um regime de proteção total ao menor de dezesseis anos que o impede de pessoalmente exercer atos civis, o mesmo diploma legal prevê hipóteses em que considera válido o ato realizado pelo menor, em conformidade com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente e em sintonia com a sociedade contemporânea, especialmente, sob o aspecto do consumo e dos direitos pessoais.

A relevância do tema do artigo advém de ser imperioso evidenciar que o dispositivo sobre a capacidade civil da pessoa natural deve estar em harmonia com os direitos da personalidade e a realidade social.

2. Capacidade civil do menor no direito romano

No direito romano o desenvolvimento da pessoa humana se dividia em duas fases, púbere e impúbere, atribuindo a cada uma delas uma progressiva capacidade civil (CARVALHO, 1957, Tomo I, p. 41)[3]. O púbere era o que havia alcançado a puberdade, sendo obrigatório o exame físico de comprovação do fato para ambos os sexos. Assim, a idade em que a pessoa se tornava púbere era variável, determinada individualmente. Para evitar constrangimento, inicialmente, fixou-se a idade de doze anos para as meninas, mantendo-se o exame físico somente para os meninos (ALVES, 2004, p. 126). Com o Imperador Justiniano, no período pós-clássico[4], estabeleceu-se uma idade fixa para o início da puberdade também para os meninos, a idade de quatorze anos.

O impúbere era classificado em *infantes*, *infantiae proximi* e *pubertati proximi*.

[2] A Convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, em conformidade com o previsto no § 3º do art. 5 º da Constituição Federal de 1988, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de emenda constitucional.

[3] A situação jurídica do menor sob o pátrio poder (atualmente compreendido com fundamentos distintos e denominado "poder familiar") era distinta da situação jurídica do pupilo. As reflexões deste artigo se limitarão às determinações do direito romano a respeito da capacidade jurídica do pupilo.

[4] O estudo do sistema de direito privado romano, o divide em três fases: direito romano antigo ou pré-clássico (da origem de Roma até aproximadamente o ano de 126 a. C.); direito clássico (até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d. C.); e direito pós-clássico (até o falecimento de Justiniano, em 565 d. C.) (ALVES, 2004, p. 2).

Sobre os infantes, a etimologia da palavra (*in* – negação; *fari* – falar) indica que infância é o período da vida em que a pessoa não sabe falar, ou seja, do nascimento da criança até a aquisição da fala. No direito romano pré-clássico e clássico, o infante não realiza ato jurídico, uma vez que não sabe falar, sendo essa idade variável. Bulhões (1957, Tomo I, p. 43) afirma ser um erro dizer que a infância no direito romano termina aos sete anos, pois essa idade somente foi fixada no período pós-clássico, ao tempo de Justiniano, que assim determinou.

Na fase seguinte, deixa de ser infante e se torna *infantiae proximus*, trata-se do período em que já sabe falar até a idade que compreende o que fala. O "pupilo próximo à infância" mesmo sem saber exatamente o que diz pode, para os juristas romanos, estipular ou prometer validamente.

O *infantiae proximus*, isto é, aquele que sabia falar, mas ainda não havia atingido a idade da razão (depois fixada em sete anos), tinha a capacidade civil praticamente equiparada a do "próximo à puberdade". A diferença mantida entre eles era que o "próximo à puberdade" era considerado "*doli capax*" e, portanto, obrigado pelos seus delitos, já o "próximo à infância" por não ter discernimento ou "*animi judicium*" não era responsabilizado pelos delitos que praticasse (CARVALHO, 1957, p. 44).

Na terceira fase do menor impúbere, a do *pubertati proximi* ou "próximo à puberdade", que corresponde, após a determinação de Justiniano, à idade de sete anos até doze para as meninas e quatorze anos para os rapazes, o pupilo podia praticar qualquer ato jurídico desde que com a assistência do tutor, excetuando-se o testamento e o casamento.

Na hipótese de realizar ato jurídico, sem a assistência do tutor, vigorava a seguinte regra: seria válido, o ato praticado pelo pupilo que tornasse sua condição melhor; e nulo o ato que tornasse sua condição pior. Porém, ensina Bulhões que tornar a condição melhor é quanto ao efeito jurídico, por exemplo, adquirir um bem, um direito; tornar a condição pior é alienar, tornar-se devedor, cessar de ser credor (1957, Tomo I, p. 45). Desse modo, não era necessária assistência para que o pupilo aceitasse uma doação pura, mas era obrigatório se o ato praticado fosse uma promessa.

A complexidade do sistema romano relativo à capacidade do impúbere dividido em três fases, do nascimento ao início da puberdade enfatiza o dever de ouvir aquele que fala, independentemente da idade. Na fase pré-clássica e clássica do direito romano, se a criança sabe falar, mesmo sem compreender exatamente o que diz e ao que se obriga, manifesta uma vontade, que deve em certa medida ser considerada.

2.1. A capacidade civil do menor submetido ao pátrio poder

Cumpre esclarecer que somente ao pupilo era dado o direito a manifestar sua vontade mesmo na mais tenra idade, enquanto que ao filho submetido ao pátrio poder, ainda que púbere, não possuía personalidade própria, sendo considerado como a mesma pessoa do pai. Ora, o assombro nesse caso não deve ser dirigido ao reconhecimento da capacidade do pupilo *infantiae proximi* ou ao *pubertati proximi*, mas ao instituto do pátrio poder que já na última fase do direito romano teve seus efeitos mitigados para admitir a capacidade do filho de ter patrimônio próprio e adquirir para si mesmo, e não mais para o pai (CARVALHO, 1957, Tomo I, p. 79).

Ao alcançar a puberdade, o cidadão romano *sui iuris* (aquele que não estava submetido ao pátrio poder) adquiria a plena capacidade para a prática dos atos civis[5].

Para além da argúcia dos jurisconsultos romanos de identificar, qualificar e determinar efeitos distintos para as três fases do desenvolvimento do menor impúbere – que, em linguagem contemporânea corresponde à criança[6] -, depreende-se que coexistiam regimes distintos para atuação do menor na vida civil conforme estivesse ou não submetido ao pátrio poder.

Sinteticamente, o menor sem a proteção de um chefe de família, era reconhecido como uma pessoa *sui iuris*, e por isso, possui capacidade jurídica; enquanto que aquele subordinado ao *pater familias* era considerado pessoa *alieni iuris*, pois do ponto de vista jurídico, filho e pai eram a mesma pessoa, não se diferenciava o patrimônio, o filho nada tinha, tudo era daquele que exercia o pátrio poder (CARVALHO, 1957, Tomo I, p. 79 e ALVES, 2004, p. 108 e 129)[7].

Na atualidade, o dispositivo constitucional que assegura a igualdade de direitos e deveres a todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza (Art. 5, *caput*), atribui indistintamente a todas as pessoas capacidade jurídica (de direito, de gozo), independentemente da submissão ao poder familiar.

---

[5] Com a aquisição da capacidade encerrava-se a proteção da tutela, ficando o cidadão por sua conta. Para evitar que a fosse lesado por causa de sua inexperiência criou-se ao longo das fases do direito romano, o instituto da curatela, que protegia o púbere até a idade de vinte e cinco anos (Bulhões, Tomo I, 1957, p. 84 a 88).

[6] O Art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990) considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aqueles dos doze aos dezoito anos.

[7] Ensina Moreira Alves que "A pouco e pouco (...) e a partir do direito clássico, se vai alargando a capacidade jurídica das pessoas *alieni iuris*. No direito justinianeu, embora não se tenha chegado a situação de igualdade, aproximam-se bastante, em extensão de poderes, a capacidade jurídica das pessoas *alieni iuris* e a das pessoas *sui iuris*." (ALVES, 2004, p. 108).

3. Do absolutamente incapaz

Ensina a doutrina que a lei, ao limitar a capacidade de agir da pessoa, visa construir um sistema de proteção ao incapaz, para submetê-lo a um regime legal privilegiado que possa preservar seus interesses (RODRIGUES, 2007, p. 40). Afirma Caio Mário da Silva Pereira que o propósito da lei não é prejudicar as pessoas que se enquadram nas hipóteses previstas, ao contrário, o intuito é o de oferecer proteção dando-lhe tratamento diferenciado (2008: p. 272).

Entre as medidas protetivas que favorecem o incapaz presente no Código Civil, destaca-se a proibição de reclamar o que se pagou a um incapaz, quando a obrigação for anulada, se não provar que a importância paga destinou-se ao seu proveito (Art. 181); a proibição de contagem de prazo prescricional (Art. 198, I) ou decadencial (Art. 208) contra os absolutamente incapazes; a proibição de reaver mútuo feito à pessoa menor sem prévia autorização dos pais ou tutor (Art. 588), salvo nas hipóteses previstas no Art. 589; a obrigação de devolver ao incapaz o valor que pagou por dívida de jogo ou de aposta (Art. 814); e, a proibição dos pais para alienar, ou gravar de ônus real os imóveis do filho, nem contrair, em nome dele, obrigação que ultrapasse o limite da simples administração, salvo se autorizado pelo juiz quando houver necessidade ou evidente interesse da prole (Art. 1691).

Para assegurar a proteção máxima ao incapaz a lei qualifica a incapacidade em absoluta ou relativa. Quando a pessoa for absolutamente incapaz estará impedida de atuar pessoalmente na vida jurídica, os seus interesses serão defendidos por meio de representação. Quando for a pessoa considerada relativamente incapaz, poderá agir juridicamente, contudo a validade de sua atuação está condicionada à assistência de responsável.

Com a nova redação do artigo 3º do Código Civil, a incapacidade absoluta decorrerá apenas da idade. Tal como o Código Civil de 1916, a redação atual do Código Civil de 2002 manteve a idade de dezesseis anos para determinar os absolutamente incapazes.

O dispositivo afasta as lições do direito romano que dividia esse período da vida (0 aos 16 anos) em infante, quando a criança não sabe falar; em próximo à infância, sabe falar, mas não compreende exatamente o que diz; em próximo à puberdade, em que a criança já atingiu a idade da razão; e a puberdade. A opção legislativa foi a de entender que até atingir a idade de dezesseis anos, o ser humano não alcançou discernimento para distinguir o que lhe é conveniente ou prejudicial.

Lembra Silvio Rodrigues que o Código Civil de 1916 inovou ao fixar a mesma idade para o término da incapacidade absoluta tanto para as mulheres, quanto para os homens (2007, p. 43). Na vigência das Ordenações Portuguesas a mulher era absolutamente incapaz até a idade de doze anos e o homem até atingir quatorze anos. O critério admitido à época era o de aptidão para procriar, e que a mulher alcançaria essa condição antes do homem. Evidentemente, que a distinção era injustificável, vindo o Código Civil de 1916 a corrigir tal distorção.

O critério então adotado para determinar a idade em que finda a incapacidade absoluta foi a do discernimento. Sobre o tema, o autor do projeto de 1916, Clóvis Beviláqua (2007, p. 103) comentou:

> [...] nessa idade, o indivíduo já recebeu, no seio da família, certas noções essenciais, que lhe dão o critério moral necessário para orientar-se na vida, e a educação intelectual já lhe deu luzes suficientes para dirigir a sua atividade jurídica, sob a vigilância ou assistência da pessoa designada pelo direito para auxiliá-lo e protegê-lo.

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que a fixação da idade de dezesseis anos é arbitrária, o legislador pode escolher esse limite ou qualquer outro, mais avançado ou mais recuado. Expõe que o amadurecimento da pessoa depende das condições de meio, clima, educação, saúde, que em algumas pessoas, esses elementos permitem um desenvolvimento intelectual e psíquico mais precoce e em outras, mais retardado; que, porém, não pode a cessação da incapacidade absoluta decorrente da idade ficar ao sabor das influências individuais. Nas suas palavras: "*O direito quer a proteção dos menores, mas quer também a estabilidade das relações sociais*" (PEREIRA, 2008: p. 275), por isso, o legislador valendo-se da observação do que habitualmente acontece, estatui um limite certo e demarca o termo da incapacidade absoluta.

Mesmo irrepreensível as considerações do autor, atualmente os doutrinadores têm questionado se a idade de dezesseis anos continua a ser a mais apropriada como termo final da incapacidade absoluta. Entre os autores que consideram a necessidade de uma adequação da idade limite para a incapacidade absoluta, cita-se, Carlos Roberto Gonçalves:

> Todavia, se os jovens, hodiernamente, desenvolvem-se e amadurecem mais cedo – e por esse motivo a maioridade foi antecipada para os dezoito anos – talvez pela mesma razão devesse ser fixada em 14 anos de idade em que se finda a incapacidade absoluta. (2015, p. 112).

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa e Maria Helena Diniz:

> Hoje a desenvoltura dos jovens aos 14 anos ou menos é infinitamente maior, sob certos aspectos, que na época da promulgação do CC/16. Os limites de idade mereceriam novo estudo legislativo para acompanhar a época em que vivemos, tanto do ponto de vista civil como do ponto de vista penal, o que foi parcialmente atendido pelo atual Código (VENOSA, 2013, p. 147).

> O atual Código Civil, no art. 3º, I, manteve o mesmo limite de idade; todavia, tal limite dever ser repensado, ante a mentalidade dos jovens aos 14 anos, que, hodiernamente, é bem mais desenvolvida do que na ocasião da promulgação do CC/16 (DINIZ, 2014, p. 173).

Igualmente Marcos Bernardes de Mello, que ao tratar da inovação do Art. 928 do Código Civil que impõe ao menor o dever de responder com seu patrimônio pelos danos que der causa quando os responsáveis não puderem ou não tiverem obrigação de fazê-lo, afirma que embora seja correta essa solução legal, põe em evidência o equívoco do legislador em manter em 16 anos incapacidade absoluta por idade (2014, Plano da eficácia, p. 130).

Não obstante o Código Civil de 2002 determine a divisão da capacidade em razão da idade em, absolutamente incapaz, do zero aos dezesseis anos; e de relativamente incapaz, dos dezesseis aos dezoito anos; há, no ordenamento jurídico brasileiro, outros dispositivos que incidem sobre a situação do menor fixando outra idade como limite para permitir a sua atuação na vida jurídica.

A Constituição Federal, no Art. 7º, inciso XXXIII, apesar de proibir qualquer trabalho até os dezesseis anos, autoriza que a partir dos quatorze anos, o adolescente trabalhe na condição de aprendiz. Sobre esse tema, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 140) anotam que há uma constante oscilação constitucional sobre o início da idade laborativa; relembram que a Constituição Federal de 1946 determinava a idade de quatorze anos para o início da atividade laboral; nos textos constitucionais de 1967/1969 a idade foi reduzida para doze anos; quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, voltou a ser quatorze anos, para, finalmente com a Emenda Constitucional nº 20, de 17 de dezembro de 1998, ser fixada em dezesseis anos, com a ressalva da condição de aprendiz.

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990) dispõe sobre o menor diversamente do Código Civil, qualificando-o em criança ou adolescente. Definindo como criança a pessoa de até doze anos de idade incompleto, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (Art. 2º, ECA). E dentre as crianças, o Estatuto faz outra distinção em relação à idade, as maiores ou menores dez anos. A criança a partir dos dez anos está autorizada a frequentar sozinha local de apresentação ou exibição de

espetáculos públicos e diversões adequadas à sua faixa etária; já as com menos de dez anos só poderão frequentar acompanhadas dos pais ou responsáveis (Art. 75, ECA).

Menciona-se ainda, o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852, de 2013) que define o adolescente absolutamente incapaz a partir dos quinze anos como jovem, submetendo-o aos direitos previstos no Estatuto da Juventude[8] naquilo que não conflitar com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esses dispositivos referentes à pessoa menor de dezesseis anos, que estabelecem exercício de direito com idades variadas - dez, doze, quatorze, quinze – corroboram com a doutrina apontada, que há uma inadequação em manter a incapacidade absoluta até a idade de dezesseis anos.

4. Direitos da personalidade e a manifestação de vontade de criança ou adolescente

Os chamados direitos da personalidade são direitos, cujo bem jurídico protegido está ligado à pessoa de forma orgânica, tratam do modo de ser da pessoa, tanto físico como moral (MAZUR, 2012, p. 28).

A matriz dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana, que decorre da sua capacidade de realizar-se, de construir-se, como pessoa, pois, a pessoa humana "*não é apenas um ser biológico ou um ser ao sabor do arbítrio: É um ser com fins de realização próprios. É responsável pela condução da sua vida. Nisso reside a sua dignidade*" (ASCENSÃO, 2008, p. 96).

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet que a normatização da dignidade da pessoa humana deve englobar respeito e proteção à sua integridade física e corporal; garantia de condições justas e adequadas de vida, como, por exemplo, proteção da pessoa contra a carência de ordem material; garantia de isonomia entre todos os seres humanos; garantia de identidade; garantia ao direito de autodeterminação sobre assuntos de esfera particular, bem como garantia a um espaço privativo (SARLET, 2011, p. 73).

A leitura isolada do Art. 3º do Código Civil induz que o menor de dezesseis anos estaria impedido de agir pessoalmente nas situações não patrimoniais. Contudo, esse

[8] Lei nº 12.852, de 05 de agosto de 2013: Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. **§ 1º** Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade. **§ 2º** Aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente.

entendimento confronta com os preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana e de igualdade a todas as pessoas sem distinção de qualquer natureza, uma vez que, deve ser garantido também ao menor de dezesseis anos, o direito de autodeterminação sobre assuntos de esfera particular.

A criança e o adolescente de até dezesseis anos[9] possui personalidade civil, devendo, portanto, ser respeitado como ser único e individualizado. A sua imaturidade pode justificar a limitação da capacidade de gozo sobre seu patrimônio, porém sobre a sua dignidade e o desenvolvimento de sua personalidade, desde que tenha o mínimo de compreensão, não se deve admitir.

A par do previsto no Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe situações em que é obrigatório ouvir a manifestação da criança, mesmo que pequena, e considera-la na tomada de decisão judicial, cita-se algumas previsões legais:

O Estatuto da Criança e do Adolescente obriga que a criança seja ouvida previamente por equipe interprofissional e sua opinião devidamente considerada para colocação em família substituta, seja em razão de guarda, tutela ou adoção ou até mesmo para a mudança de guarda[10]. Se tiver doze anos de idade, a lei exige que esse consentimento seja expresso em audiência (§ 2º do Art. 28 e § 2º do Art. 45).

Na adoção, para a modificação do prenome de criança ou do adolescente utiliza-se o mesmo procedimento. A criança deve ser consultada por equipe interprofissional e sua opinião levado em conta pelo juiz; já o adolescente deve expressar sua concordância em juízo (Art. 47, § 6º, do ECA).

Prevê, ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente, a possibilidade de autorizar a criança ou adolescente adotado de ter acesso aos autos do seu processo de adoção, assegurando-lhe orientação e assistência, jurídica e psicológica (Art. 48, Parágrafo Único). Adverte-se que o dispositivo possui uma imprecisão ao utilizar a expressão "menor de 18 anos"[11] (se é menor, tem menos que dezoito anos), porém, ao mesmo tempo indica que

[9] Parece ser tecnicamente mais adequado utilizar as palavras "criança" e "adolescente" definidas pelo ECA para designar a pessoa com idade inferior a dezesseis anos, que o uso da palavra "menor" adotada pelo Código Civil.

[10] Art. 28, § 1º do ECA: "Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada." **Art. 161, § 3º do ECA** "Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida." (Estatuto da Criança e do Adolescente).

[11] Art. 48, Parágrafo único, do ECA: "O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica". .

incluiu a criança e o adolescente, o que permite concluir que mesmo o absolutamente incapaz pode solicitar em seu próprio nome o acesso aos autos do seu processo de adoção.

Ressalta-se que o legislador ao utilizar a expressão "sempre que possível" ao se referir ao dever de ouvir a criança sobre as situações jurídicas que dizem respeito à sua colocação em família substitutiva, sobre guarda ou adoção, refere-se à possibilidade da criança conseguir se manifestar, pois evidentemente que um recém-nascido não pode "ser ouvido", ele chora, resmunga, mas não se manifesta sobre sua situação. Rememorando a lição do direito romano, o infante (aquele que não fala) não pode agir.

O que significa afirmar que sabendo a criança falar, conseguindo expressar sua vontade, mesmo ainda que não muito claramente, deve, como dispõe os dispositivos do § 1º do Art. 28 e § 6º do Art. 47 do ECA, ser ouvida e ter sua opinião considerada.

Observa-se que esses dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 28, §1º e §2º; Art. 45, §2º; Art. 47, § 6º; Art. 48 e Art. 161, § 3º) foram incluídos ou tiveram a redação alterada pela Lei nº 12.010, de 2009. A mudança legislativa reflete a construção doutrinária sobre o tema, explicitada no Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil: "*A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto*".

Em suma, a limitação da capacidade de agir da pessoa natural em nada afeta a sua personalidade; a pessoa considerada incapaz para os atos da vida civil conserva integralmente sua individualidade, sua dignidade e os direitos que dela decorre.

5. Atos jurídicos válidos praticados pela criança ou adolescente com menos de dezesseis anos

A criança e o adolescente com menos de dezesseis não pode, por sua conta e risco, atuar na vida civil. A defesa dos seus direitos e interesses, como igualmente, o cumprimento de suas obrigações dar-se-á por meio de representação pelos pais ou, se for o caso, pelo tutor.

O Código Civil no Art. 166 declara que a celebração de negócio jurídico diretamente pelo absolutamente incapaz é ato nulo. Alerta Zeno Veloso, porém, que a nulidade decorre da falta de representação, e não da celebração por pessoa absolutamente incapaz (2005, p. 37).

Nesse sentido, determina o Art. 168 que qualquer interessado ou o Ministério Público poderá alegar a nulidade do negócio jurídico celebrado sem representação pela criança ou adolescente com menos de dezesseis anos. E ao juiz não será permitido suprir a nulidade, ainda que por requerimento das partes, quando conhecer do negócio ou dos seus efeitos.

Bulhões Carvalho aponta, no entanto, que não devemos nos deixar enganar pelo aparente rigor desses dispositivos (1957, Tomo II, p. 802)[12], que ao contrário do disposto no Art. 166, a criança e o adolescente com menos de dezesseis anos pratica atos que o próprio Código Civil considera anulável e não nulo e, outras vezes, considera válido e eficaz.

A seguir, passaremos a analisar alguns desses atos.

5.1. Casamento

A idade núbil para o casamento é de dezesseis anos, coincidindo com a capacidade civil relativa. Porém como não atingiu a maioridade é necessário autorização dos pais ou responsáveis. No caso de divergência dos pais quanto ao consentimento ou se revogarem injustificadamente a autorização, esta poderá ser dada pelo juiz[13].

Deveria ser uma conclusão lógica que se eventualmente uma pessoa sem idade núbil casasse, o seu casamento seria nulo. Contudo a lei dispõe de modo diferente, o casamento de quem não completou a idade mínima será apenas anulável (Art. 1.550, I, CC) e válido se do casamento resultar gravidez (Art. 1551 CC).

Os dispositivos podem causar estranheza porque é de se indagar como sendo a celebração do casamento um ato solene poderia ser possível que alguém se casasse sem atingir a idade núbil. A resposta está no Art. 1520, parte final, do Código Civil, que autoriza o casamento em caso de gravidez[14][15]. Quanto a continuar válido como determinado pelo Art. 1.551, parece que a interpretação do dispositivo legal deve ser extensiva para alcançar a ideia de filhos, e não de gravidez. Afinal a autorização para o casamento é dada por causa da gravidez e a proibição da anulação do casamento é para proteger (a prole).

---

[12] Apesar da afirmação de Francisco Pereira de Bulhões Carvalho se referir ao Código Civil de 1916, as críticas que expõe persistem em grande parte no Código Civil de 2002.

[13] Síntese dos artigos 1.517 e § único, 1.518, 1.519 e 1.631 do Código Civil.

[14] A parte inicial do artigo 1.520 do CC autoriza o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil com o objetivo de evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, mas seus efeitos foram mitigados quando da revogação dos incisos VII e VIII do Código Penal pela Lei nº 11.106, de 2005.

[15] Ensina Paulo Lôbo que "comprovada a gravidez, a autorização dos pais é dispensada" (2009, p. 82).

Nos dias atuais esses dispositivos soam destoantes do cotidiano; pois embora não desejável a gravidez na adolescência, deixou de ser exigido pela sociedade o casamento, sendo comum que o casal continue com o *status* de solteiro.

Todavia, a análise dos dispositivos sobre a capacidade para o casamento é imprescindível para o presente artigo, porque demonstram que a legislação brasileira autoriza o menor de dezesseis anos - que a mesma legislação determina ser absolutamente incapaz - a contrair matrimônio e se submeter a todos os efeitos desse ato, inclusive o de cessar a menoridade conforme dispõe o Art. 5º, II do Código Civil.

Deve-se observar também, que ainda com mais facilidade, pode o menor de dezesseis anos, constituir união estável, sem precisar sequer provar gravidez para o início da vida em comum, consentimento expresso do responsável legal ou autorização do juiz. Basta que prove a união estável, e esta será válida, independentemente da existência de filhos. Os efeitos jurídicos dessa união são de grande importância, como exemplo dos mais comuns, a pensão por morte do companheiro sobrevivente. A questão, nesse caso, estará na idade mínima para a união estável. Arrisca-se a dizer que, em conformidade com o disposto no Art. 217-A do Código Penal[16], a idade mínima seria de quatorze anos.

Ora, o casamento e a união estável são núcleos familiares de importância para a sociedade, por isso tem especial proteção do Estado (Art. 226, caput, da CF). Desse modo, o adolescente ao se casar realiza ato jurídico de intensidade o bastante para emancipa-lo. Conclui-se que como nos atos existenciais, a incapacidade absoluta do adolescente é eliminada ou mitigada face à relevância do ato praticado. Com isso, se demonstra que no direito de família, a diretiva de incapacidade absoluta da pessoa com idade inferior a 16 anos é exagerada, não adequada a realidade.

A colocação do parágrafo anterior, não significa a concordância com gravidez, casamento ou união estável na adolescência, o que se quer simplesmente apontar, é que o Código Civil mesmo declarando ser o menor de dezesseis anos absolutamente incapaz o autoriza a casar se houver gravidez, e como efeito do casamento pode o adolescente com quatorze ou quinze anos, por exemplo, se tornar emancipado, sem sequer chegar a ser relativamente incapaz. É sobre essa ilogicidade que se debruça o presente artigo.

---

[16] Código Penal Brasileiro: (Estupro de vulnerável) Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Dispositivo incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

5.2. Mútuo

O Art. 588 do Código Civil dispõe que o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização dos seus responsáveis, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.

O referido dispositivo parece conter um despropósito, uma vez que para a validade do contrato é essencial ser o agente capaz; se for menor, consequentemente é incapaz, portanto o contrato realizado é nulo ou anulável, conforme seja a incapacidade absoluta ou relativa. E se o contrato é inválido, não pode querer o contratante exigir os seus efeitos.

Porém, é a excepcionalidade prevista no dispositivo seguinte (Art. 589) que explica seu propósito. Determina o Art. 589 que o mútuo feito a menor será válido, mesmo sem a autorização dos responsáveis, quando for ratificado posteriormente pelos mesmos; quando, o responsável não puder autorizar e o menor encontrar-se em situação que o obrigue a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais; se o menor tiver bens obtidos com seu trabalho; quando o empréstimo foi revertido em benefício do menor; e se o obteve maliciosamente.

Antes de analisar as hipóteses é conveniente destacar que os dispositivos sobre o contrato de mútuo não distinguem o menor em absolutamente ou relativamente incapaz, assim incluem ambos.

A primeira hipótese prevista "*I - se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;*" indica que no caso do contrato de mútuo, o negócio jurídico realizado por menor é anulável, e não nulo, contrariando o disposto no Art. 166 do Código Civil, pois, o negócio nulo é insanável (Art. 169 do CC), somente o negócio anulável pode ser confirmado ou submetido a assentimento posterior (Art. 172 e Art. 176 do CC).

Sobre a segundo hipótese, deve-se observar que a lei autoriza o empréstimo a menor que necessitar para sua subsistência, quando ausente seu representante legal. O uso da palavra "alimentos" pela lei tem significado amplo, abrangendo o que for preciso para as necessidades básicas da vida, bem como outros gastos com vestuário, educação, assistência médica, etc. (GONÇALVES, 2015, p. 354). O que está excluído, conforme indica a palavra "habitual" são as despesas supérfluas.

Nessa hipótese, o negócio realizado pelo menor, sequer é anulável. Verificada a ausência do responsável e a necessidade de recursos para cobrir gastos essenciais e urgentes, o contrato de mútuo realizado pelo menor é válido.

Também será válido o contrato se o menor tiver meios de cumprir a obrigação com bens ganhos com seu trabalho. No caso, do absolutamente incapaz a hipótese só se aplica se o for menor aprendiz (a partir dos quatorze anos) e receber remuneração nessa condição, já que é proibido qualquer trabalho para o menor de dezesseis anos.

Nas duas últimas hipóteses a validade decorre de princípios gerais do direito que veda o enriquecimento indevido e o de invocar a própria torpeza. Se o empréstimo se reverteu em benefício do menor, deve cumprir as obrigações assumidas no contrato, não poderá alegar a invalidade em razão da idade, visto que se a lei o considera incapaz o faz para que não seja prejudicado por sua inexperiência, e não para permitir que prejudique outros em razão de sua condição. O mesmo se diz quanto à validade do contrato de mútuo obtido pelo menor maliciosamente.

Por outro lado, apesar de válido o contrato feito por menor nas hipóteses elencadas, se a pessoa que deveria ter autorizado o empréstimo, se beneficiou com o ato realizado pelo incapaz, ela não poderá se furtar a responder pela obrigação (PEREIRA, 2003, p. 350).

5.3. Capacidade para pequenos contratos

Como já citado na rigidez do Art. 166 do Código Civil os negócios jurídicos celebrados pelo absolutamente incapaz são nulos. Contudo, não é fácil para a doutrina sustentar a nulidade, ainda mais quando esses negócios são aceitos pela sociedade de consumo contemporânea.

Hoje não se pode falar unicamente da prática atos de comércio, denominados empresariais, vive-se tempos de atos de consumo, em estabelecimentos físicos ou virtuais, para aquisição de bens ou serviços.

No dia a dia, crianças de sete, oito anos, às vezes até menos, realizam contratos de compra e venda na lanchonete da escola, na banca de jornal, na papelaria, na padaria, em tantos outros pequenos estabelecimentos comerciais, shopping centers, sites de internet e aplicativos de celular. Conforme avançam na idade pagam por serviços de transporte, de

beleza (cabelereiro, barbearia, manicure, etc.), de diversão e variados (parque, cinema, *lan house*, etc.) adequando-se a necessidade de seu consumo.

A esse respeito, Zygmunt Bauman esclarece:

> Tão logo aprendem a ler, ou talvez bem antes, a "dependência das compras" se estabelece nas crianças. Não há estratégias de treinamento distintas de meninos e meninas – o papel de consumidor, diferentemente do de produtor, não tem especificidade de gênero. Numa sociedade de consumidores, *todo mundo* precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação (ou seja, ver e tratar o consumo como vocação). Nessa sociedade, o consumo visto e tratado como vocação é ao *mesmo tempo* um direito e um dever humano universal que não conhece exceção (2008, p. 73).

Declarar que todos esses atos são nulos é o mais completo absurdo e de total ineficiência. São atos válidos e eficazes, apesar da previsão legal adversa.

Para Chaves (1982, p. 358) e Veloso (2005, p. 45) esses atos envolvem pequenas somas e são situações constantes e uniformes traduzindo-se em um costume jurídico. Em que pese o entendimento dos autores, a conclusão é insatisfatória, o costume pode ser admitido no ordenamento jurídico para integrar a lacuna, no caso referido existe lei e o costume seria *contra legem*.

Bulhões Carvalho (1957, Tomo II, p. 874 a 878) e Mello (2014, Plano da Validade, p.119) fazem referência a outras propostas doutrinárias, como a de que o incapaz está autorizado à prática do ato por seu representante, a de que é permitida a compra de bens para a sobrevivência, a de que o incapaz é apenas um núncio e a de que em negócios de massa, próprio do direito do consumidor, não se aplica as normas do direito civil.

Concordam os autores, que todas essas teorias são frágeis e não explicam a realidade factual que os menores absolutamente incapazes celebram rotineiramente os mais variados negócios jurídicos, não só contrato de compra e venda e serviços, mas comodato, locação de bens móveis, depósito, além de participarem de associações estudantis, esportivas, religiosas, culturais, submetendo-se aos respectivos regulamentos, direitos e obrigações.

A falta de adequação com o tempo atual é a marca do Art. 3º do CC de 2002, pois é falsa a premissa que a criança e o adolescente com idade inferior a 16 anos não possui discernimento suficiente para a realização de atos civis; isso poderia ser uma realidade do início do século passado, à época da entrada em vigência do Código Civil de 1916, como justificou Clóvis Beviláqua.

5.4. Capacidade para testemunhar e para contestar avaliação escolar

Finalmente, valem apontar outros dois dispositivos legais que reconhecem à criança e ao adolescente com idade inferior a dezesseis anos a capacidade para agir pessoalmente sem representação dos pais ou tutor.

Embora a regra geral do Art. 228, I do Código Civil estabeleça que o menor de dezesseis anos não possa ser admitido como testemunha. O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo prevê a exceção, autorizando o juiz a admitir seu depoimento para provar fatos que só o menor conheça. Nesse caso, inexiste idade mínima para testemunhar, basta que consiga comunicar com clareza os fatos que conheça.

O Art. 53, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que menor absolutamente incapaz tenha o direito de contestar os critérios avaliativos da instituição de ensino que frequentar, podendo recorrer às instâncias escolares superiores. Esse direito pode ser exercido pela própria criança ou adolescente, sem necessidade de autorização ou representação dos pais. Não impõe a lei sequer que seja por escrito.

6. Conclusão

O legislador ao fixar a idade mínima de dezesseis anos para prática dos atos civis, determinando que a pessoa de idade inferior seja absolutamente incapaz, só podendo agir por meio de representação, criou *"uma incapacidade artificial, que não pode evidentemente apagar a realidade natural da capacidade parcial de fato do menor de dezesseis anos que já possua discernimento"* (CARVALHO, 1957, Tomo II, p. 811).

É uma questão de fato que quando a criança começa a ter discernimento passa a expressar sua vontade. Determinar que toda a manifestação de vontade de uma criança é desprovida de significado jurídico, somente em razão da pouca idade, infringe o preceito constitucional de igualdade sem distinção de qualquer natureza.

Por certo, que uma criança pequena não compreende nem de modo rudimentar as situações contratuais, todavia, sobre situações existenciais, sobre cuidado, atenção e respeito, ela pode e deve opinar, e conforme avança a idade, se apodera de mais direitos de decisão sobre sua própria vida. As alterações do Estatuto de Criança e do Adolescente pela Lei nº 12.010, de 2009 corroboram esse entendimento.

Conforme amadurece, a criança aprende a trocar, emprestar, comprar e alugar. Todos, atos contratuais que produzem efeitos. Da experimentação dos primeiros atos negociais passa-se, por exemplo, à celebração de contratos de consumo e serviços nos mesmos termos que o adulto.

Ressalta-se, nesse ponto, que o Código Civil mantém a terminologia inapropriada de "menor de dezesseis anos", não incorporando as definições do Estatuto da Criança e do Adolescente, que denomina ser criança, a pessoa que não completou doze anos idade e de adolescente, aquela que tem de doze a dezoito anos.

Exata são as palavras de Marcos Bernardes de Mello de que as explicações da doutrina para considerar incapaz a pessoa até os dezesseis anos, são "infundadas e de artificialidade inadmissível". E continua o autor: *"O que há (...) é adoção pelo legislador civil de regra que desatende à realidade, apesar de existirem, em outros sistemas jurídicos, soluções que compatibilizam a necessidade de proteção do incapaz com a realidade da vida."* (2014, Plano da Validade, p. 119).

Entre as soluções apontadas por Mello em outros ordenamentos jurídicos, cita-se a de considerar anulável, e não nulo, os atos realizados pelo incapaz por causa da idade (Art. 1125 do Código Civil francês e Art. 1426 do Código Civil italiano). Assim, cabe ao representante do incapaz verificar se o ato é prejudicial e alegar a anulabilidade. Afasta-se, desse modo, problemas decorrentes da nulidade. Outra solução eficiente é determinar uma idade para a incapacidade absoluta mais condizente com a realidade social, no direito alemão essa idade é de sete anos (BGB, § 105), e dessa idade até completar dezoito anos é o menor relativamente incapaz e o ato que realizar pessoalmente sem a assistência do responsável será considerado anulável.

As soluções alienígenas mencionadas harmonizam a legislação com a realidade, a doutrina com a prática. Se a idade não prejudicou o incapaz na realização de um negócio jurídico que lhe foi benéfico, o ato é válido e eficaz; por outro lado, se a imaturidade derivada da idade o impulsionar a realizar negócio prejudicial, o representante solicitará sua anulação.

O Código Civil brasileiro ao determinar nulo o ato realizado pelo adolescente com idade inferior a dezesseis anos desconsiderou o previsto na Constituição Federal, que autoriza ao adolescente de quatorze anos a trabalhar como aprendiz. Situação que produz uma antinomia lógica, pois como pode ser possível considerar incapaz para agir sozinho aquele que trabalha e que a todo o momento é provocado a tomar decisões no âmbito do próprio

ofício (mesmo que na condição de aprendiz) e que pelo seu trabalho, recebe remuneração e tem o direito a decidir como deve desfrutar.

Além disso, deixou de considerar que a presunção da incapacidade absoluta em razão da idade é inaplicável para os direitos da personalidade. E que, mesmo em situações patrimoniais, o que aparentemente seria a forte razão da limitação da capacidade de agir da criança e do adolescente com menos de dezesseis anos, a incapacidade absoluta pode ser mitigada.

As modificações trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão (ou Estatuto da Pessoa com Deficiência) ao Código Civil de 2002 para reconhecer a capacidade civil plena da pessoa com deficiência, mesmo no caso de deficiência intelectual, trouxeram à tona a incongruência, tantas vezes apontada pela doutrina, de considerar nulo o ato civil realizado por criança e adolescente que não completou dezesseis anos de idade. Entendemos que é o momento de uma adequação do Código Civil com o texto constitucional, os direitos da personalidade e a realidade social.

.

Referências Bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: teoria geral, introdução, as pessoas, os bens. v. 1. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: *Revista Mestrado em Direito*. , ano 8, nº 2, p. 79-101, Osasco: Edifieo, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil.* Campinas: Servanda, 2007

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. T. I e II.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*: parte geral. Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil*. t. 1, v. 2, pt. 1. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Direito civil*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito civil brasileiro*: contratos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*: parte general. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: *Direitos da Personalidade*. Org. Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Marco Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria do fato jurídico:* plano da validade. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: Parte Geral (Tomo I: Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas). Atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*: Parte Especial (Tomo VII: Direitos de Personalidade, Direito de família: direito matrimonial = existência e validade do casamento). Atual. Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Instituições de direito civil*. v. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SERRAVALLE, Paola D'Addino. *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana***.** Ercolano: Universita di Camerino, 1983.

STANZIONE, Pasquale. Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2000, p. 113-122.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.