

Rol de incapacidades: uma necessária mudança

Gláucia Maria Pinto Vieira – IF SUDESTE-MG

Mestre em Direito Privado – PUC-MG

E-mail: glauciamaria01@gmail.com

Fone: (32)9104-5040

Antônio Américo Campos Junior – IPTAN

Mestre em Direito – UGF-RJ

E-mail: juniorcampos@uol.com.br

(32) 9111-9088

Bianca Rabelo de Melo

Graduanda em Direito – IPTAN

E-mail: biankarm@yahoo.com.br

Bruno César Dias

Graduando em Direito – IPTAN

E-mail: bruno_c.dias@yahoo.com.br

Fone: (32)9942-6841

Tadeu Augusto Carazza Valin

Graduando em Direito – IPTAN

Bolsista FAPEMIG 2012/2013

E-mail: tadeucarazza@hotmail.com

Fone: (32)8869-1129

DATA DE RECEPÇÃO: 18/04/2013

DATA DE APROVAÇÃO: 29/08/2013

Resumo: O presente artigo, desenvolvido através de um grupo de pesquisa, tem como objetivo analisar o rol das incapacidades em razão da idade, tal como se apresenta no Código Civil; seu papel na formação do indivíduo e sua adequação ao atual contexto social. O rol de incapacidades contém, implicitamente, amplitude de ideias. Este artigo irá se ater à incapacidade em razão da idade, analisando seu embasamento teórico, na tentativa de debater a sua real adequação à sociedade atual.

Palavras-chave: Capacidade – Incapacidade – Maioridade

Introdução

O Direito é visto por uma grande parcela da população como um instrumento cerceador, porém, essa esfera do direito somente deve aparecer nos momentos em que se encontram falhas na primeira finalidade deste mecanismo, que é o seu papel de ferramenta de formação social.

O ordenamento jurídico vai além de um conjunto de regras, é o espelho de uma sociedade, nos dizeres de Luiz Edson Fachin (2008, p. 4), “[...] uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, éticas e valores constitucionais.”

E nesse ponto se encontra a problematização do presente artigo. A sociedade caminha rapidamente para uma maior integração e capacitação de seus membros e o ordenamento jurídico, muitas vezes, não se encontra inserido nesse contexto. Destaca-se como grupo de maior relevância para essas mudanças, os adolescentes, mas estes, em alguns momentos têm a sua vontade renegada pelo Estado que os vê como pessoas sem vontade, em virtude de uma confusão trazida pelos institutos da menoridade e da capacidade, que será mais detalhadamente esclarecido.

O regramento infraconstitucional ainda se encontra muito carregado de valores patrimoniais e concepções ideológicas distantes dos contextos atuais. O rol de incapacidades de nosso atual Código Civil é um desses claros exemplos. Se comparado ao Código Civil de 1916, trouxe, de fato, sim, modificações significativas, mas que só parecem relevantes no aspecto patrimonial, como se pode auferir com a leitura dos artigos 3º e 4º:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

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.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Em relação ao Código Civil de 1916, o que interessa ao objeto da pesquisa, houve uma redução da maioridade dos 21 para os 18 anos e uma redução do rol da incapacidade relativa, que se encontrava compreendido dos 18 aos 21 anos e foi trazido para a idade de 16 a 18 anos, com o escopo de proteção a esse grupo de indivíduos.

Mas, quais seriam os atos da vida civil que o código protege? Ou melhor, qual seria o objeto de proteção dos dispositivos acima? Direitos patrimoniais ou existenciais? Qual é o avanço em relação ao código anterior e em que sentido ainda podemos avançar?

Ao analisarmos a doutrina, vemos um quase consenso no entendimento de que o exercício dos atos da vida civil diz respeito às questões patrimoniais. O homem, todavia, não é constituído somente por sua relação com o patrimônio, mas, principalmente, por sua relação com outros semelhantes e também por suas questões existenciais.

O atual ordenamento não trouxe uma releitura desse tema, tratando do homem como ser digno, merecedor de proteção em todos os aspectos. O que ele fez foi, tão simplesmente, modificar a idade especificada para a maioridade que antes se dava aos 21 anos, reduzindo também a incapacidade relativa, sem analisar o atual contexto em que a pessoa humana está inserida.

As modificações que vingaram, contudo, não mudaram a principiologia do ordenamento, a saber, quando se diz que uma pessoa com 16 anos é incapaz para os atos da vida civil, na concepção de nosso ordenamento, está-se querendo dizer que essa pessoa é incapaz intelectualmente para os atos de sua vida privada, buscando impedir que o incapaz pratique um ato lesivo ao seu patrimônio, pois estará sempre representado por uma pessoa dotada de capacidade, ou melhor, dizendo, alguém com discernimento para concluir pela vantagem ou desvantagem de um ato. Raciocínio semelhante é utilizado com o relativamente capaz, este, porém, na condição de assistido, goza de uma participação mais ativa nas decisões inerentes a sua vida.

Guardamos a ideia de que o negócio jurídico firmado com o incapaz é nulo, o que não é errado, mas questionável, quando mencionamos a figura do adolescente. Afinal, quem é o incapaz em nossa sociedade? Podemos confundir os conceitos de menoridade

e incapacidade?

O que vemos é a participação cada vez mais ativa de adolescentes nas decisões a respeito de atos de suas vidas e em negócios jurídicos frequentes e, ainda, o ingresso desses jovens cada vez mais cedo nas decisões pessoais e familiares.

A discussão que aqui se faz premente não é a exclusão do rol de incapacidade, mas sim a sua justa classificação, para que a sociedade seja protegida como um todo, pois a realidade nos mostra que simplesmente ignorar a evolução social não modifica a realidade, e os hoje, incapazes, continuarão a praticar determinados atos. Não devemos validar os atos praticados pelos incapazes, mas sim, classificar de forma correta, quem são esses incapazes.

O Código Civil, por sua vez, deve, de forma clara, reconhecer esse rol, pois é o real instrumento de educação social, que deve acompanhar e resguardar a sociedade civil em todos os aspectos, como verificamos nas corretas palavras do professor Gustavo Tepedino, que diz que a pior inutilidade de uma codificação é o seu descompromisso com a transformação social.

A necessidade de manifestação de vontade de pessoas hoje tidas como incapazes em atos existenciais, tais como um tratamento médico, uma guarda ou adoção é, em muitos casos, – talvez na maioria deles –, mais real e premente que a questão patrimonial. É necessário pensarmos se um menor de 14 anos, incapaz para o código, realmente o é nas questões familiares. Não teria ele condição de ser ouvido ou, mais, de tomar uma decisão sobre o seu futuro? Comumente presenciamos, em ações de guarda, de adoção e afins, a manifestação desses “incapazes” e, nesse momento, esquecendo-nos um pouco do Código Civil, não entendemos o menor como totalmente incapaz. Da mesma forma, também não o vemos assim quando ele pratica os corriqueiros contratos do cotidiano, nos quais temos que “inventar teorias” para justificar a não nulidade de um contrato de compra e venda de uma merenda escolar ou de transporte urbano.

1. A teoria da incapacidade, incapacidade relativa e menoridade

O ordenamento pátrio prevê dois tipos de capacidade, a denomina capacidade de fato e a capacidade de direito. Esta última o sujeito adquire com a aquisição da personalidade, daqui adotando-se a teoria natalista, e não nos atendo a um debate mais apurado sobre a aquisição da personalidade. Já a capacidade de fato, somente será adquirida quando o indivíduo se torna plenamente apto aos atos da vida civil, o que, como regra, se dá com a

maioridade.

Sobre a capacidade, Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 134) nos diz que a capacidade de direito é inerente a todo ser humano, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente, enquanto a capacidade de fato, também chamada de capacidade de exercício, é a aptidão para, pessoalmente, adquirir direito e contrair obrigações. Ora, a capacidade de fato é, então, o direito de administração de atos próprios de pessoa e só poderá ser plena para os capazes. A pessoa, portanto, ao nascer com vida, adquire personalidade e, conseqüentemente, a capacidade de direito, passando somente à capacidade plena ao atingir os requisitos propostos pelo código.

E a incapacidade? Para a professora Maria Helena Diniz (2009, p. 154), “a incapacidade é a restrição legal dos atos da vida civil”, portanto é a inépcia a qualquer ato.

Ora, o ordenamento fixa os 18 anos como o momento exato em que o indivíduo se entende amadurecido e apto a administrar os atos de sua vida cotidiana, recebendo como preparação, o período em que são vistos pelo ordenamento como relativamente capazes e gerenciam os atos pessoais resguardados por um responsável legal.

Mas, à guisa de exemplo, os adolescentes não praticam nenhum ato da vida civil?

Na vida cotidiana, o menor de 16 anos, tido hoje como absolutamente incapaz pode possuir um contrato de aprendizagem¹, se tiver mais que 14 anos. Nessa modalidade de aprendizagem do ofício, ele exerce obrigações e é titular de direitos, recebendo por essa prestação/aprendizagem um salário-mínimo hora.

Na escola, qualquer menor compra lanches, “troca” com amigos objetos como DVDs, jogos etc. Ele também utiliza o transporte urbano, faz compras via internet e efetua os ditos contratos de “uso” (que, na prática, são contratos reais, negócios ideais sem nenhum vício, salvo a sua “inexistência” para o direito).

O que vemos, na verdade, é que os adolescentes são inseridos cada vez mais cedo nas responsabilidades da vida cotidiana, levando a um total distanciamento da realidade com a letra da lei. Isso porque, na verdade, o Código Civil trata os menores de 16 anos como

¹Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (Redação dada pela Lei nº 11.180, de 2005).

pessoas incapazes, considerando nulos os atos praticados por estes. Ora, o que nos parece mais correto, seria uma revisão dessa classificação, pois as “novas” relações sociais levaram a doutrina à criação de teorias para justificar a prática de atos realizados por incapazes e por qual motivo, tais atos, não estariam eivados de total nulidade, como o já mencionado contrato de uso, que será detalhado posteriormente.

Como afirmamos, o ordenamento tem uma responsabilidade social e serve de instrumento norteador da sociedade que, atualmente, diverge do código. O rol de incapacidades segue uma lógica proposta pelo Código Civil de 1916, momento histórico em que a visão das crianças e dos adolescentes eram diversas das atuais. Esses eram tidos como incapazes e submetidos à estrutura patriarcal, que concedia aos homens os poderes para gerir e decidir para todos sob a sua família.

Mas a estrutura familiar mudou e as necessidades da vida moderna se apresentam muito mais intensas, os adolescentes têm diversas necessidades e facilidades trazidas pela tecnologia, pois necessitam participar da sociedade e serem educados para um mercado de trabalho árduo e competitivo. Portanto, fecharmos os olhos para os atos praticados pelos incapazes é negar a realidade, na medida em que esses atos decorrem das exigências da vida moderna, devendo o Estado participar desse processo como um agente educador.

A incapacidade deveria se apresentar como uma exceção à capacidade. O indivíduo é considerado inapto, em determinadas situações, como quando se encontra impedido, mesmo que transitoriamente, de exprimir sua vontade, ou em razão da idade. A nosso ver, o mais correto não seria entender as crianças e adolescentes como inaptos a certos atos, mas compreendê-los como pessoas em processo de formação moral e social, que a cada dia se tornam mais preparadas a exercer a vontade livre. Nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira (2012, p. 46):

Afirmamos, assim, que menores não devem ser tratados como incapazes, mas simplesmente como aquilo que realmente são: seres em formação, que conquistam gradativa autonomia através de um processo de crescimento e amadurecimento que, ao fim, deve significar o desenvolvimento de uma pessoa dotada de discernimento, apta, autônoma e responsável para assumir as consequências advindas de seus próprios atos que reverberam ou não em sociedade e na esfera de direitos de terceiros.

Erroneamente, incorporamos à nossa visão social a ideia de menoridade atrelada à incapacidade, o que não é verdade, pois o amadurecimento e a capacidade de administrar

a vida pessoal se dão em decorrência de uma real preparação para ela e não a partir dos anos decorridos na certidão. É essa a função que entendemos deva ser assumida também pelo ordenamento civilista.

Em alguns países², como a França, não se menciona a incapacidade relativa, cabendo ao judiciário decidir sobre a validade dos atos praticados por crianças e adolescentes. Já, por exemplo, na Alemanha, a criança se torna relativamente capaz aos 7 anos, praticando atos acompanhada por seus genitores, o que nos parece ideal, porém, nossa sociedade ainda não se encontra apta a um salto tão grande, mas andaríamos um longo trajeto ampliando o nosso rol de incapacidades, imputando responsabilidades e auxiliando os adolescentes a compreenderem mais cedo as imputações dos atos civis.

A ampliação do rol de incapacidades seria, portanto, um instrumento de conscientização de adolescentes e adultos sobre a prática cotidiana, suas implicações e, conseqüentemente, um aprendizado sobre os direitos civis, que devem nos acompanhar desde a mais tenra idade. Não há que se falar em redução dos poderes paternos, pois estes não seriam objeto, como não o são no atual formato, das decisões dos relativamente capazes. Mas a ampliação da capacidade traria leque de pessoas, ou seja, daqueles adolescentes excluídos da participação da sociedade, e que apesar de serem vistos pelo ordenamento como incapazes são dotados de personalidade e intelectualidade, na prática, executam contratos e contraem obrigações. Essa compreensão de que a idade não tem relação direta com a incapacidade absoluta, com a conseqüente ampliação de poderes aos adolescente traria os atos praticados à luz da legalidade e com a participação efetiva de todos os interessados, pois o que acontece na realidade, é que os atos são praticados diuturnamente pelos adolescentes e ignorados pela codificação.

O que se buscou através do projeto de pesquisa proposto, foi uma reclassificação do rol de incapacidades em consenso com a realidade nacional, buscando enquadrar, de uma forma mais próxima de nosso contexto, a situação dos adolescentes.

2. Os contratos praticados por absolutamente incapaz – contrato de uso

A leitura do Código Civil não nos deixa dúvida quanto à invalidade do contrato firmado por incapaz, como se lê no artigo 166: “É nulo o negócio jurídico quando: I -

² O tema será melhor detalhado no tópico referente ao direito comparado.

celebrado por pessoa absolutamente incapaz”.

Mas o que um menor com idade de 14 anos faz ao utilizar o transporte público para ir à escola, ou quando firma uma relação de consumo? Esta última, aliás, é cada vez mais frequente. É tão habitual e, muito simplista de se imaginar, um menor comprando um sorvete no comércio da esquina, assistindo sozinho a uma sessão de cinema e em “Lan Houses”. Em todos esses momentos, ele efetuou um tipo de contrato, participou de uma relação jurídica que, pela ótica do Código Civil, é nula. Por tal motivo, a doutrina cria soluções para esses atos, os habitualmente chamados contratos de “uso”, pois, como aceitar que um contrato, ao mesmo tempo, que é nulo tenha validade?

A justificativa para a aceitação desse tipo de contrato fundamenta-se na boa-fé (MELO, 2009), ou seja, este contrato não será considerado inexistente, e nem ao menos nulo, pois preenche a mais importante ideia trazida por nosso atual ordenamento. Ademais, como menciona ainda, Reinaldo Lucas de Melo, há, nesse tipo de contrato, uma assistência implícita dos representantes legais.

Nesse caso, continuamos a entender que a doutrina não soluciona o problema, pois, aceita a existência desse tipo de contrato, mas o relacionando ao relativamente incapaz, o que, a nosso ver, é realmente possível, pois este goza do acompanhamento de seu representante legal.

Ora, as relações de consumo são praticadas por menores, incapazes absolutamente, constantemente, quando adquirem um bem, prática comum nos mais diversos ambientes, nas cantinas escolares, em relações de compra na internet, e é este o problema a ser solucionado. Outros tipos de estabelecimentos também vivem, em sua prática cotidiana, da relação com os menores. Ignorar essa realidade é ignorar toda uma estrutura social, merecedora de um regramento real que atenda a suas necessidades.

Nominar esses contratos como simples ou insignificantes, ou dizer que, em virtude de sua simplicidade, não são relevantes, também é mentira, pois da mesma forma, um contrato simples, ou de valor mais insignificante, firmado por uma pessoa capaz, deveria então ser considerado insignificante, e não produzir efeitos no mundo jurídico.

Ora, a melhor forma para solucionar esse tipo de problema seria, então, dar à realidade a regulamentação que se faz necessária, entendendo que a vida social hoje se inicia mais cedo, pois os adolescentes são cada vez mais ativos em suas relações pessoais. Assim, em uma ação de guarda de um menor acima de 12 anos, o juiz levará em conta a sua vontade, como lemos abaixo:

MENOR - GUARDA - AUSÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS PAIS - PREVALÊNCIA Na solução do conflito entre os pais, quanto à guarda dos filhos menores, o Juiz deve dar primazia ao interesse dos menores. Não havendo possibilidade de acordo entre os pais, o interesse do menor deve ser auferido, pelo Juiz, sobretudo, através da análise dos sentimentos expressados pelas crianças e pela pesquisa social, desenvolvida por psicólogos e assistentes sociais, que, com as demais provas trazidas aos autos, permitem avaliar a qualidade das suas relações afetivas, o seu desenvolvimento físico e moral, bem como a sua inserção no grupo social (TJ-PR - Ac. unân. 3658 da 6.^a Câ. Civ. julg. em 23-6-99 - Ap. 77.373-7-Ponta Grossa - Rel. Des. Accácio Cambi; *in* ADCOAS 8176107).³

A prática de considerar a vontade do menor é habitual em situações diversas e constante das famílias modernas. Por que então não permitir que isso se faça com o amparo da legislação?

A reforma no rol de incapacidades, no que diz respeito à incapacidade em razão da idade, aumentando consideravelmente a idade da incapacidade relativa, faz-se, portanto, premente, o que não solucionará todas as hipóteses, pois em nossa proposta deixaríamos de lado os menores de 14 anos. Mas, iniciariamos um processo de formação civil, responsabilização, instrumento apto à educação, com reflexos até mesmo na esfera penal, pois se um adolescente de 14 anos entende que um simples deslocamento urbano, pelo transporte coletivo, gera-lhe direitos e deveres na esfera civil, um ato que infrinja o ordenamento penal seria visto com muito mais cautela.

3. A ideia da submissão

O direito nos faz concluir que o homem possui um momento exato para a aquisição de sua capacidade e, implicitamente, leva-nos à ideia da perda dessa capacidade, quando impõe ao maior de sessenta restrições à liberdade de contratação de seu regime de bens.

O ordenamento nos diz que, aos dezoito anos, com pouco tempo de preparação (como cidadão), a pessoa se torna plenamente capaz para os atos da vida e, concomitantemente, ele afirma que a idade em excesso faz com que a pessoa se torne menos consciente, portanto limita-se-lhe o regime de bens no casamento para mostrar que a incapacidade se aproxima ou já chegou.

³ JURISPRUDÊNCIA: Guarda de filhos e visitas II. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1080949915>>. Acesso em: 30 mai. 2012.

Isso nos faz pensar que o amadurecimento para a prática dos atos da vida civil é algo mágico, o adolescente deita-se para dormir na véspera de atingir a maioridade e se levanta na manhã seguinte dotado de capacidade plena, pois solucionamos determinados problemas simplesmente pela aquisição da maioridade.

A idade do homem sempre foi alvo de preocupação e categorização reacional, como nos mostra Philippe Ariés (1981, p. 34) ao ressaltar sua importância: “A idade do homem era uma categoria científica da mesma ordem que o peso ou a velocidade o são para nossos contemporâneos.” A idade era envolvida de uma “magia” como os números o são para nossa sociedade, nos dão ideia de exatidão, de clareza, e aquela tinha este significado, pois as crianças não participavam de atos, e quando podiam ser classificadas como adultos, o que se fazia pelos números (idade), era algo realmente fantástico.

Sobre esse tema, um fato interessante pode ser observado ainda na obra de Philippe Áries (1981, p. 42):

A ideia de infância estava ligada à ideia de dependência: as palavras *fiis*, *valets* e *garçons* eram também palavras do vocabulário das relações feudais ou senhoriais de dependência. Só se saía da infância ao se sair da dependência, ou, ao menos, dos graus mais baixos de dependência. Essa é a razão pela qual as palavras ligadas à infância iriam subsistir para designar familiarmente, na língua falada, os homens de baixa condição, cuja submissão aos outros continuava a ser total: por exemplo, os *lacaiois*, os *auxiliares* e os *soldados*.

O ordenamento pátrio não se afasta dessa ideia de dependência, pois, na idade média, a dependência cessava, na prática, com a aquisição de patrimônio. A pessoa que conseguia adquirir patrimônio era vista pela sociedade como capaz. Depois, criou-se ou se determinou uma idade para a pessoa deixar de ser dependente economicamente. Com o fim da incapacidade de fato, em nosso ordenamento, funda-se a ideia de dependência, cessando o poder parental e, com isso, a dependência econômica, que agora deve ser provada.

Deferir a ideia de capacidade à criança quando ela pode começar a gerir seu patrimônio, vem, como elucidamos acima, de tempos remotos.

No direito Romano, vemos também o poder de gerir bens, deferidos ao filho Homem, quando este adquiria a capacidade somente quando do falecimento de seu pai, quando se tornava o responsável pelo culto doméstico e por resguardar o patrimônio de

sua família, em que se encontravam depositados seus antepassados (COULANGES, 2002). E esse fato do direito Romano, corresponde para nós, ao momento de aquisição da dita capacidade de fato.

Mas seria correto mantermos na atualidade um padrão tão rígido para a aquisição da capacidade? O pensamento, como foi utilizado para uma sociedade em evolução como acima mencionado, poderia ser sim, uma idade determinada, tendo em vista que as relações eram diferenciadas, mas isso seria justo agora?

Quanto à aquisição de patrimônio como forma de receber tal direito é a nosso ver a forma mais injusta, pois excluiríamos várias pessoas do controle de seus atos por um motivo torpe.

O mundo contemporâneo, como já dito, possui relações mais complexas, e os menores de 18 anos têm a necessidade de participar mais ativamente das decisões de sua vida particular. As necessidades educacionais fazem os jovens, cada vez mais cedo, deixarem suas residências em busca de uma melhor formação. E muito desses administram suas responsabilidades de forma mais corrente que muito ditos capazes.

Portanto, propiciar aos menores uma maior amplitude de participação é não somente um direito para ele, mas também, um instrumento social de educação, pois podendo participar de suas decisões e sendo conjuntamente responsabilizado mais rigidamente por seus atos, estará preparado para sua vida social, para conhecer seus direitos e gerir seus deveres, tornando-se como um cidadão mais ativo em sua vida política.

Essa ampliação da capacidade é possível, pois, na prática, ela já acontece em muitos tipos de relações e, nesses casos, a doutrina simplesmente fecha os olhos para os atos e contratos, ou os denomina de fictícios.

Proteger o incapaz é realmente um dever social, porém não reconhecer as mudanças sociais e fechar os olhos para uma nova sociedade e desresponsabilizar jovens que amadurecem cada vez mais cedo, portanto, não lhes conceder a devida capacidade civil é negar-lhes uma etapa da formação moral e social.

A ideia de submissão de um adolescente, devendo este estar subordinado a pais ou tutores, é legítima, mas o que não o é, é enxergar um adolescente com menos de 16 anos como incapaz de participar de sua vida civil. O ideal é que este jovem possa, assistido por seu responsável, começar a ser preparado desde cedo para a vida adulta, suportando a possibilidade de responder pela prática de atos ilícitos ou danosos.

Não estamos falando aqui de responsabilização criminal, mas de participação nos atos da vida civil, pois, na prática, temos jovens que, pela idade, são excluídos da responsabilização dos atos civis. E essa facilidade, os leva a cometer delitos, pois não possuem instrumentos para pesar a extensão de seus atos, já que para fatos menores não há responsabilização.

4. O Direito Comparado

Podemos observar que a questão da capacidade é assunto não só do ordenamento nacional, mas também de outros ordenamentos, como veremos neste tópico.

No direito comparado, a maioria é alvo de significativas e variadas características. Como nos explica João Batista Costa Pereira (2002), em seu artigo, o código civil argentino, inspirado no modelo de Teixeira de Freitas, fixa a idade inferior a quatorze anos para a completa impossibilidade de atos civis. O código alemão tem por absolutamente incapaz o menor de sete anos, iniciando a partir dessa idade a possibilidade do exercício de alguns atos, limitados, porém, à necessidade de consentimento de representantes até completar dezoito anos. O código francês não distingue a capacidade relativa ou absoluta, atribuindo ao juiz a tarefa de analisar e decidir a idade do discernimento. O código italiano prevê a cessação da incapacidade civil aos dezoito anos, observadas algumas exceções.

Os ordenamentos citados são muito interessantes quanto à ideia de imputação, no código alemão, a partir dos 7 (sete) anos o menor é tido como relativamente capaz e participa conjuntamente dos atos de sua vida civil até a capacidade plena, e o mesmo raciocínio é utilizado no código argentino, o que nos traz a ideia de uma educação progressiva do menor, com uma maior preparação para a vida adulta.

A sistemática do código francês é muito mais ousada, pois o ordenamento não fixa uma idade, mas deixa a critério do juiz decidir se as partes possuem ou não discernimento para a prática do ato para o qual requerem a autorização.

Essa seria uma forma ideal para todos os ordenamentos, o que demonstra a grande evolução daquela sociedade, pois o direito deixa a população em absoluta liberdade de conduzir seus atos e contratos, recorrendo ao judiciário somente em casos de dúvida. Porém, no Brasil, uma legislação tão aberta geraria um grande impasse no judiciário, por dois motivos principais: a população ainda não se encontra preparada para um ordenamento tão avançado, pois a educação ainda não gerou essa formação em grande

parcela da população e, em segundo, pela morosidade do judiciário, o que levaria ao fracasso de várias ações.

Considerações finais

Somos uma sociedade em evolução que conheceu o sistema democrático há pouco tempo e, apesar de inúmeras falhas sociais, caminhamos.

Entende-se, hoje, que o Direito Civil é um direito civil-constitucional. Como bem preleciona o professor César Fiúza (2008, p. 118) “por constitucionalização do Direito deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição.”

O Direito Civil não perdeu o seu pilar, que é o próprio Código Civil, continente das regras gerais. Porém, tais regras devem ser lidas à luz da Constituição, levando valores maiores, como a Democracia e a Dignidade da Pessoa Humana, em consideração.

O Código Civil, destarte, não perdeu essa função de orientador do Direito Privado, pois é nele que a população em geral busca as diretrizes básicas para orientar-se, saber exatamente quais os seus direitos e deveres, já que não possuímos ainda formação educacional suficiente para vivermos sem regras gerais.

Seria bom se em nosso país não se precisasse demarcar a aquisição da capacidade, se pudéssemos deixar livre a data de sua aquisição, cabendo ao poder judiciário resolver os conflitos. Talvez esse momento não tarde, mas seria necessária uma reformulação em nosso sistema educacional. Uma solução possível seria o recebimento gradativo de obrigações, como no modelo alemão, no qual os jovens recebem, numa idade muito mais remota, a responsabilidade parcial de seus atos, tendo que responder conjuntamente com seus representantes por esses atos.

A nosso ver, essa gradativa concessão de responsabilidade teria como fundamento educar o cidadão para entender qual o grau de responsabilidade de suas ações e fazer com que ele não se exima de determinados atos, pois, hoje, crianças e adolescentes praticam diversas formas de contratos, os já explicados contratos de “uso”, sem realmente assumirem a responsabilidades por eles.

Ademais, possuímos uma estrutura judiciária morosa, em virtude, principalmente, do grande acúmulo de processos e, a um só passo, colocar milhares de menores livres no

exercício de seus atos, incumbindo o Poder Judiciário da análise de capacidade – fato como mencionado, recorrente em outros países –, traria uma insegurança em determinados setores. Um exemplo disso é decidir se esse menor pudesse responder, mesmo que conjuntamente, a respeito de um tratamento médico com possíveis sequelas ou sobre a venda de um determinado bem. A insegurança gerada seria tal que as partes envolvidas buscariam um parecer judicial, o que causaria um aumento no volume dos processos. Além disso, a prestação jurisdicional não traria auxílio aos casos concretos, porque a resposta provavelmente chegaria após o resultado do problema, como hoje acontece.

O direito privado tem a função regradora das relações dos indivíduos, mas também função educativa. Em muitos momentos, vê-se a criação de normas para criar hábitos e não simplesmente como um reflexo do comportamento social. Essa aplicação do direito pode ser exemplificada com a recente criação da denominada “lei seca” e com inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, que trouxeram a boa-fé às relações de consumo.

Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 7 ed., São Paulo: Renovar, 2008.
- ARIÉS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2 ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Nélia Maria Pinheiro Padilha. Curitiba: Juruá, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1, 26 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 5 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- FIUZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. 12 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. I, parte geral. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Jurisprudência. Guarda de filhos e visitas II*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1080949915>> Acessado em: 30 mai. 2012.
- MELO, Reinaldo Lucas de. Atos jurídicos imperfeitos. Praticados por menores absolutamente incapazes. Validade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2070, 2/mar./2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12362>>. Acesso em: 05 fev. 2012.
- PEREIRA, João Batista Costa. A maioria: uma visão interdisciplinar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3491>>. Acesso em: 04 jun. 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. Vol. 1, 9 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

List of Incapacities – a Necessary Change

Abstract: The present study, carried out by a research group, aims at analyzing (1) the list of incapacities on grounds of age as it stands in the Civil Code, (2) its role in the education process of an individual, (3) and its adequacy to the current social context. The list of incapacities embraces implicitly a breadth of ideas.

Keywords: Capacity – Incapacity – Majority

Rol de incapacidades: uma necessária mudança