

MENOR—

*UM PROBLEMA
PÔSTO EM QUESTÃO*

(2ª PARTE)

Adolfo Eric de Toledo

*Orientador de Pesquisas Legislativas
Diretoria de Informação Legislativa*

“DIGA-SE O QUE SE QUEIRA: O ÊXITO OU O FRACASSO, O PROGRESSO OU A INVOLUÇÃO DÊSTE COMO DE TODOS OS DEMAIS PAÍSES DO MUNDO DEPENDEM “ESSENCIALMENTE” DA EFICIÊNCIA COM QUE SUAS GERAÇÕES JOVENS SÃO PREPARADAS PARA ENFRENTAR AS ATUAIS CONDIÇÕES DA VIDA HUMANA.”

EMILIO MIRA Y LOPES

“Psicologia Evolutiva da Criança e do Adolescente”

O MENOR NO DIREITO CIVIL

SUMÁRIO — I — O Pátrio Poder. II — Incapacidade Civil. III — Responsabilidade Civil. IV — O Projeto do Nôvo Código Civil de Autoria do Professor Orlando Gomes. V — Algumas Opiniões. VI — Aspectos da Menoridade, Capacidade Civil, Idade Núbil e Adoção, no Direito Alienígena.

I — O PÁTRIO PODER

"Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando o indivíduo habilitado para todos os atos da vida civil." (Art. 9.º do Código Civil.)

"Tal fixação de idade, que poderia ser aos vinte e cinco, ou mais tarde, ou entre vinte e um e vinte e cinco, ou antes de vinte e um, apenas é expediente para se tornar quantitativo o qualitativo (método de sub-rogação aproximativa, R. VON JHERING, *Der Besitzwille*, 150). O pensar, o querer e a consciência do dever e da responsabilidade, que se atribuem à idade, sem se saber quando se fortalecem suficientemente, não poderiam ficar à mercê de perícias, à verificação *in casu*. Dai cada sistema jurídico ter de adotar quantitativo a que ligue o qualitativo da maturidade." (1)

Nosso legislador entendeu que o qualitativo da maturidade só é atingido aos vinte e um anos de idade. Até então, a educação moral e física é dever primordial dos pais, detentores do pátrio poder. Este, não é uma criação artificial do legislador. Artificial, variável, segundo as diferentes ordens morais e econômicas, e a fixação da idade-limite, a cujo alcance fica subordinado o dever de proteção dos pais para com os filhos menores, na suposição de que estes não estão, ainda, bastante fortalecidos para a direção de seus atos, adaptação à vida social, conservação e desenvolvimento de seus haveres.

O artigo 379 do Código Civil Brasileiro determina que "os filhos legítimos, os legítimos, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao **pátrio poder**, enquanto menores".

Qual a significação exata desse instituto? Qual a sua gênese e evolução? Qual a sua amplitude dentro de nosso direito positivo?

Na definição de CLOVIS BEVILAQUA, repetida e aceita por grande parte dos autores pátrios, "é o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos".

Cumprir notar, entretanto, que essa definição — a seu tempo considerada perfeita — já não se coaduna com o moderno pensamento da ciência do direito, condenando-se, hoje em dia, o exercício do **pátrio potestas** com exclusividade pelo pai. A condição de exclusi-

vidade paterna era — como ainda o são tantas outras partes do nosso diploma civil — resquício da manifesta influência do antigo direito romano na elaboração de nosso código.

É bem verdade que, como corretamente ensina SADY CARDOSO DE GUSMAO, "o pátrio poder, no sistema do Código Civil, não era exercido, com absolutismo pelo pai, e mesmo a exclusividade devia ser entendida em termos, combinando-se as disposições do Código". (2)

A atribuição ao pai não tornava, assim, despidendo a colaboração da mãe. A importância de sua participação no efetivo exercício desse poder, estava implícita em vários dispositivos.

Entretanto, nosso legislador — atendendo às modernas tendências e em consonância com a Declaração dos Direitos do Homem e a Convenção de Bogotá de 1948, das quais fomos signatários — houve por bem transformar essa implicitude, numa expressa necessidade da cooperação da mãe no seu exercício.

A concretização desse entendimento veio através da Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, dando nova redação ao artigo 380 do Código Civil, que passou a ser a seguinte:

"Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único — Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência."

O alcance da colaboração da mulher, ali referida, o limite de sua ingerência no exercício por parte do marido, é assunto ainda não dilucidado perucientemente, quer pela doutrina quer pela jurisprudência.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO dele se ocupou em seu Curso de Direito Civil. Seu escólio ao artigo 380 e parágrafo deve, entretanto, ser encarado

(1) Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado" — Vol. 1, pag. 192.

(2) "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro" — Vol. 36, pag. 164 — Pátrio Poder.

sub *judice*, segundo o entender de SADY CARDOSO DE GUSMÃO à página 166, volume 36, do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, verbis:

"Deve ser entendida com reserva a afirmação de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, de que "o poder é simultâneo, mas o exercício é do marido com a colaboração da mulher", visto como a lei pressupõe o exercício em comum, quando diz "divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder". Embora haja de prevalecer a decisão do marido, a mulher terá direito a recorrer ao juiz."

De qualquer forma, aos juristas restará apenas a interpretação dos limites da cooperação da mulher e nunca quanto ao relevo e necessidade da participação materna.

Vemos, assim, estar desajustada frente à moderna concepção de pátrio poder, a mencionada definição de CLÓVIS BEVILAQUA. Muito mais atualizado o pensamento de PONTES DE MIRANDA que, em síntese, conceitua o Instituto como sendo o conjunto de direitos concedidos aos pais, a fim de que graças a eles, possam desempenhar a sua missão protetiva em relação aos filhos. (3)

Mas nem sempre o *patria potestas* foi encarado desse modo. No antigo direito visava muito mais ao interesse do pai do que o do filho. Era exercido com requintes de arbitrariedade, prepotência e barbarismo. O pai tinha o direito de vida e de morte sobre os filhos, podendo até transferir o domínio pela *mancipatio* e aliená-los. Num rápido repasse sobre legislações antigas, verifica-se a que brutal expressão chegou o instituto.

Na Lei das Doze Tábuas encontravam-se perversas disposições como estas: devia ser morta toda criança que nascesse disforme e o pai tinha sobre ela o direito de lançá-la à prisão, flagelá-la e tê-la acorrentada nos trabalhos rústicos, vendê-la ou matá-la, mesmo quando o filho gerisse os mais altos cargos da república. (4)

GOLDSTEIN, "Derecho Hebreo", ensina que no Direito hebraico o pai era ao mesmo tempo, magistrado, sacerdote e senhor da vida e dos bens dos filhos. (5)

Entre os chineses, o poder do pai sobre o filho era muito grande, embora não fosse absoluto. (6)

O mestre LINO DE MORAIS LEME lembra, ainda, no seu excelente "Direito Civil Comparado", que a Lei das Sete Partidas de Castela permitia vender ou empenhar os filhos, e até comê-los.

Até o século sexto da era cristã, havia a permissão aos pais na venda de seus filhos, cabendo a CARACALLA e a DEOCLECIANO a declaração de ilicitude dessas transações.

Foi sob o influxo do Direito germânico que a antiga concepção romana de pátrio poder se modificou, passando o *pater familias* a perder, gradativamente, seus poderes absolutos. Com a influência das novas ordens morais e econômicas, foi se desenvolvendo o reconhecimento dos direitos dos filhos e a necessidade do amparo aos menores.

Aos direitos dos pais sobre os filhos, somaram-se proporcionais obrigações para com os mesmos. De instrumento tirano dos interesses paternos, transformou-se em escudo protetor dos interesses filiais, destinando a estes a tutela jurídica.

E chegou-se, assim, ao moderno conceito em que existe a bilateralidade, uma relação recíproca de direitos e obrigações, unindo pais e filhos.

Foi-se mais além. Permitiu-se ao Estado a intervenção na vida familiar, para impor aos pais — quando estes distorcerem as funções tutelares da instituição — o correto exercício de um poder não mais considerado discricionário. Pode, assim, o Estado, promover a inibição do pátrio poder, abrangendo essa expressão a suspensão e a perda deste.

No direito brasileiro houve uma constante evolução no sentido de se restringir, em benefício dos filhos, o pátrio poder. É o que nos ensina o autorizado LEMOS BRITO (7), estribando-se em comentários de JOÃO LUIZ ALVES, que assim escrevia:

"O Código Civil contém preceitos desenvolvidos e mais precisos que os

(3) Apud Sady Cardoso de Gusmão — "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", Vol. 36 — pág. 164.

(4) JORGE MUCCILLO, *O Menor e o Direito*, pág. 128 — 1961.

(5) Apud LINO LEME, *Direito Civil Comparado*, pág. 230 — Nota 2, rodapé.

(6) FREI JOÃO BATISTA, *Se Tsien Kaó, La Filosofia Social y Política del Confucionismo* — Apud Lino Leme, *obr. cit.*, loc. cit.

(7) Lemos Brito — "Obras Completas" — vol. I — pág. 259.

do Direito anterior. Este só admitia a suspensão do pátrio poder pela incapacidade física ou moral de quem o exercia ou por sua ausência prolongada em lugar incerto ou remoto."

O Código Civil é, realmente, muito mais explícito. Seu artigo 394 determina que "se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo, até, quando convenha, o pátrio poder".

E o seu parágrafo único amplia os casos de suspensão, preceituando que "suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder, ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão."

Mais rígido, ainda, o artigo 395 do Código Civil que prevê uma verdadeira *capitis diminutio maxima* contra os pais incapazes, isto é, a perda do pátrio poder como consequência da gravidade dos motivos ali enumerados.

Diz o citado artigo: "Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

- I — que castigar inoderadamente o filho;
- II — que o deixar em abandono;
- III — que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

O Código de Menores (Decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), como lei especial, tornou, no dizer de LEMOS BRITO, de certo modo ainda mais severos, por mais claros e pormenorizados, os dispositivos do Código Civil. E registra as palavras de ALDROVANDO FLEURY, em seus "Comentários ao Código de Menores", página 79:

"As medidas do Código Civil, principalmente as do artigo 395, foram ampliadas pela nova legislação, atendendo indiscutivelmente, de modo eficaz, às necessidades evidentes de ordem jurídica e social, do povo brasileiro." (1)

Todo o Capítulo V do Código de Menores é consagrado à inibição do pátrio poder e à remoção da tutela, desdobrando-se a matéria em 24 artigos e seus parágrafos. Naquele diploma o assunto foi desenvolvido e sistematizado,

enquanto que o Código Civil e o Código Penal limitaram-se a tratá-lo cada qual no campo de direito que lhe é adstrito.

O Código Civil ocupa-se, primeiramente, da suspensão do pátrio poder, e, em seguida, da sua perda. Inversamente o faz o Código de Menores.

Mas isso é indiferente, no dizer de BEATRIZ MINEIRO: "uma questão de método sem importância, pois tanto faz começar pelo mais grave como pelo menos grave". (2)

Não incursionaremos pelo campo dos códigos Penal e dos Menores. Estariamos ultrapassando os limites ditados pelo título da presente pesquisa. Fiquemos, portanto, com o pátrio poder tal qual está capitulado no Código Civil, passando agora ao estudo do raio de ação do instituto.

O artigo 384 determina as fronteiras da competência atribuída aos pais, no exercício do pátrio poder. Diz ele:

"Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I — dirigir-lhes a criação e educação;
- II — tê-los em sua companhia e guarda;
- III — conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV — nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder;
- V — representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI — reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII — exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição."

Assiste-lhes, ainda, mais um direito, que apesar de não constar expressamente dessa relação, emerge da redação do artigo 395. É o direito de castigar

(1) Cf. LEMOS BRITO, *op. cit.*, p. 79.

(2) Beatriz Mineiro, *Código dos Menores Comentado*, p. 37.

moderadamente os filhos. Nesse sentido, temos o pensamento de JORGE MUCILLO:

“Embora não conste do elenco o direito de castigar moderadamente os filhos, reconhece-se aos pais esse direito, tanto que o art. 395 determina a perda do pátrio poder ao pai ou mãe que “castigar imoderadamente o filho”, donde concluir-se que o castigo moderado é permitido.”

De idêntica opinião, BEATRIZ SOFIA MINEIRO afirma textualmente:

“Entre os direitos que a lei reconhece aos pais está o de corrigir os filhos; essa faculdade é um corolário do direito de lhes dirigir a criação e educação. Embora o nosso Código Civil não a mencione expressamente, ela se deduz da combinação do seu art. 384, n.º I, com o art. 395, n.º I; desde que é proibido ao pai e à mãe castigar imoderadamente o filho, lhes é lícito castigá-lo moderadamente.

A lei não se ocupa, e a nosso ver, com toda a razão, das pequenas punições domésticas infligidas pelos pais aos filhos para emenda moral destes. Só os pais podem conhecer bastante o caráter dos filhos, para saber quais os meios a empregar na correção; e um texto legal precisando esses meios, teria podido servir para encobrir muitos abusos; o papel do legislador em tal matéria deve limitar-se a impedir os excessos e reprimir a punição imoderada.” (10)

SADY CARDOSO DE GUSMAO, em síntese que, por sua clareza, identifica a pena inteligente do autor, equaciona o problema do exercício do pátrio poder subordinando-o a dois aspectos: quanto às relações pessoais e quanto às relações patrimoniais.

“O pátrio poder, em seu exercício, compreende os seguintes direitos e deveres para os pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos.

Quanto às relações pessoais, estas são enumeradas no art. 384: a) *dirigir-lhes* a criação e educação, dever que decorre também de outras disposições civis, penais e até constitucionais, compreendendo: a escolha da educação e instrução e respectivo mestres e educandários. Em caso de divergência entre os pais, cabe a intervenção do juiz. O processo será

o previsto para suprimento do consentimento pelo juiz de família, ou de menores, conforme o caso, ou aformal, se houver demanda entre os pais; b) *tê-los* em sua companhia e guarda, ressalvada a hipótese de separação, em se tratando de desquite, anulação do casamento, ou a *situação decorrente de reconhecimento*, ou, ainda, da separação de corpos, o que implica o *ius corrigendi*, desde que moderadamente exercido (Código Civil, art. 395, I, Código de Menores, arts. 32 e seguintes); c) *conceder-lhes*, ou *negar-lhes* consentimento para casarem, observadas as disposições dos arts. 185 e 186 do Código Civil, que não foram alteradas pela Lei n.º 4.121; d) *nomear-lhes* tutor, por testamento ou documento autêntico, valendo a nomeação do adotante, salvo se sobreviverem os pais naturais se puderem exercer o pátrio poder; e) *representá-los*, até os dezessete anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, até a maioridade ou emancipação, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; f) *reclamá-los* de quem ilegalmente os detenha, inclusive recorrendo ao *habeas corpus*, embora este possa ser impetrado por quem quer, e até pelo menor púbere, como se vê da lei; g) *exigir* que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e situação, sem excessos, porque tais excessos se reputam sevícia. Estes são de ajuda no domicílio, ou obsequiais, mesmo porque o Código de Menores proíbe ou restringe os serviços e o trabalho, em determinadas condições: com risco, ou perigo para a formação intelectual e moral do menor (arts. 26, 34) e fixa a idade de 12 anos, além de outras exigências em relação ao trabalho do menor.

Nessas relações patrimoniais deverão ter em conta, no interesse de pais e filhos, as disposições dos arts. 385 a 391 do Código Civil, tendo presentes as modificações trazidas ao instituto pela Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962.

Na forma do art. 385, o Código estabelece que o pai e, na sua falta, a mãe, são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, com ressalva do disposto no art. 225, ou seja, nos casos de infração do art. 183, XIII, relativo a impedimento impediante, implicando a perda do usufruto legal.

(10) Beatriz Mineiro, Obr. cit., pág. 55.

Este é inerente ao exercício do pátrio poder, de acordo com a ressalva supra (Código, art. 389)." (11)

Conforme determina o art. 392 do Código Civil, o pátrio poder extingue-se:

- I — pela morte dos pais ou do filho;
- II — pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art. 9.º, Parte Geral;
- III — pela maioridade;
- IV — pela adoção.

De clareza meridiana, este dispositivo não comporta maiores indagações. Apenas quanto ao item IV, não é inútil assinalar que a adoção extingue o pátrio poder do pai natural, art. 378, *in verbis*:

"Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo."

Mas, como vemos, o filho adotivo não fica por ela emancipado, permanece sob a autoridade do adotante, que poderá perdê-la desde que ocorra uma das circunstâncias enumeradas no art. 392, números I, II e III.

Cumpra observar que a Lei n.º 3.133, de 8 de maio de 1957, modificou a redação do Código Civil, permitindo a adoção aos maiores de trinta anos de idade e impondo a diferença mínima de dezesseis anos entre a idade do adotante e a do adotado. Aos casados, só depois de decorridos cinco anos de casamento permitiu-se a adoção.

Esta última norma não foi incorporada ao projeto do Novo Código Civil, o sendo, entretanto, as duas primeiras.

Vale mencionar, também, a Lei número 4.665, de 2 de junho de 1965, que permitiu a legitimação adotiva do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos, ou hajam declarado por escrito que aquele pode ser dado a outrem; bem assim do menor abandonado propriamente dito, até a idade de sete anos, e cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder, do órfão da mesma idade, não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover à sua criação.

Mais um caso de legitimação adotiva contempla essa lei, no parágrafo 1.º do art. 1.º: a do menor com mais de sete anos de idade, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem as condições exigidas.

O projeto do Novo Código Civil introduziu o instituto da legitimação adotiva no seu texto (arts. 236 a 238), e, justificando-a, disse a Comissão Revisora em seu relatório:

"A fim de proporcionar completa integração do adotado na família do adotante, exigindo se proceda conjuntamente pelos cônjuges sem filhos. Para tornar mais perfeita a *imitatio familiae*, corta os laços do legitimado com a família de origem. Sua incorporação ao direito pátrio parece aconselhável, não só pela evidente superioridade em relação à forma tradicional da adoção, como porque, preenchendo uma lacuna, evitará a prática em voga de atribuir-se a filho de criação, mediante falso registro, a condição de legitimidade."

O menor, ao atingir a maioridade, adquire o pleno gozo dos direitos civis, ficando o pátrio poder extinto por falta de finalidade, eis que não mais existe o incapaz, o mesmo sucedendo com a tutela.

A menoridade cessa, e com ela a incapacidade dos menores:

- a) ao completar vinte e um anos de idade;
- b) por concessão do pai, ou se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos;
- c) pelo casamento;
- d) pelo exercício de emprego público efetivo;
- e) pela colação de grau científico em curso de ensino superior;
- f) pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.

Para efeito do alistamento e do sorteio militar, cessará a incapacidade do menor que houver completado dezoito anos.

(11) Repert. cit., pág. 166.

II — INCAPACIDADE CIVIL

Incapacidade é, em Direito Civil, a falta de aptidão considerada pela lei imprescindível para praticar válidamente os atos da vida civil, por si ou por outrem.

A incapacidade pode ser absoluta ou relativa, de modo que, pela primeira, a pessoa, por falta de aptidão, não pode ter o exercício pessoal dos seus direitos civis; é a incapacidade de fato; relativamente incapazes são as pessoas que não podem exercer determinados atos da vida civil sem assistência e autorizações sob forma legal. (12)

Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, preceitua o art. 2.º do Código Civil Brasileiro. Acontece, porém, que alguns não podem exercê-la, devido a certas circunstâncias previstas em lei, como a menoridade, a loucura etc. Daí a distinção da capacidade de gozo e capacidade de exercício. Os incapazes têm somente a capacidade de gozo e os capazes têm esta e mais a de exercício.

Costuma-se classificar a capacidade da maneira que se segue:

- 1 — Capacidade de fato ou capacidade geral é a aptidão que tem o indivíduo de exercitar todos os seus direitos, podendo praticar todo e qualquer ato da vida civil por si só;
- 2 — capacidade de direito ou especial, assim se denominando aquela que é inerente a todas as pessoas. Compreende o gozo do direito, ainda que seu titular não possa exercê-lo por si só. O menor, por exemplo, tem capacidade de direito, isto é, a do gozo de direitos, mas não tem a de fato, ou geral, ou seja, a capacidade de exercer por si só os atos da vida civil. Devemos essa distinção ao genial TEIXEIRA DE FREITAS, que tratou do assunto nos arts. 21 e 25 do seu esboço.

A capacidade civil, essa de que nos fala o art. 2.º do Código, já citado, pelo qual todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, pode ser plena ou limitada:

- a) plena, a atribuída a todas as pessoas aptas para gozar e exercer os seus direitos, podendo praticar

por si só todos os atos da vida civil, sem restrição de espécie alguma;

- b) limitada ou relativa é aquela que sofre restrições, inerente às pessoas que, para a prática de certos atos, necessitam da assistência de seu representante legal, ou de sua autorização. Ex.: a capacidade do menor, a da mulher casada, a do sílvcola e a dos pródigos. (*)

A capacidade jurídica, ou como diz o Código Civil (art. 4.º), com mais propriedade, a personalidade civil do homem, começa do nascimento com vida. Mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. "Há quem afirme que a personalidade ou capacidade de gozo, longe de principiar com o nascimento e cessar com a morte, pode considerar-se independente da vida humana, pelo menos em certos casos, a saber: a) o nascituro ou concepturo pode ter direitos protegidos pela lei; b) o ausente, ainda que haja todas as probabilidades de ter morrido algures, continua a viver juridicamente e até pode adquirir heranças e outros direitos, durante a curadoria dos seus bens; c) as doações para casamento aproveitam aos filhos que os nubentes donatários ainda venham a ter; d) os fideicomissários são, quase sempre, pessoas futuras. Estes casos, porém, não autorizam a conclusão de que a personalidade é independente da vida humana, porque, no caso da ausência, enquanto não decorre o prazo, findo o qual o ausente se presume morto, há uma presunção de estar vivo e um curador que o representa. Nos outros casos a personalidade é condicionada, sujeita à condição suspensiva de o nascituro vir a nascer com vida e figura humana." (Cunha Gonçalves.)

A capacidade assume modalidades, conforme o fim para o qual se torne necessária. Assim, temos a capacidade política, a contratual, a processual, a matrimonial, capacidade de dispor, de testar, etc. (13)

(*) A Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, excluiu, dentre as pessoas enumeradas no art. 6.º do Código Civil, como incapazes relativamente, as mulheres casadas.

(12) Cf. Yara Muller Leite — Dicionário Jurídico Brasileiro.

(13) José Náfel — Novo Dicionário Jurídico Brasileiro — Vol. I, pág. 280.

Nosso Código Civil distingue, quanto à incapacidade, dois tipos de pessoas: as absoluta e as relativamente incapazes. Das primeiras, trata o artigo 5.º:

“São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I — os menores de 16 anos;
- II — os loucos de todo o gênero;
- III — os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;
- IV — os ausentes, declarados tais por ato do juiz.”

As segundas estão arroladas no artigo 6.º:

“São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n.º 1), ou à maneira de os exercer:

- I — os maiores de 16 e menores de 21 anos (arts. 154 a 156);
- II — os pródigos;
- III — os silvícolas.”

Com relação ao art. 5.º, CLÓVIS BEVILAQUA teceu as seguintes considerações:

“As incapacidades de que tratam este artigo e o seguinte, são de fato e não de direito. As pessoas aqui consideradas, por isso que o são, no sentido jurídico, têm direitos, mas não os podem exercer, ou de modo absoluto (artigo 5.º), ou relativamente a um certo número deles (artigo 6.º).

O n.º I d'este artigo, inclui, entre os absolutamente incapazes, de fato, os menores de 16 anos, equiparando-se os dois sexos. Diversamente dispunha o direito anterior por influência do romano e do canônico, que tomavam por base a puberdade, atribuída à mulher aos 12 anos e ao homem aos 14. Mas, em primeiro lugar, não é a aptidão para procriar, que nos deve servir de base, quando tratamos de examinar se o indivíduo está ou não em condições de tomar parte ativa nas relações da vida jurídica. É ao desenvolvimento mental, ao poder de adaptação às condições da vida social, à força de resistência contra os perigos, que a perversidade, profusamente, espalha na sociedade, que se deve atender, para afrouxarem-se os liames da tutela

da lei, e permitirem-se as experiências da atividade livre. O ponto de vista da capacidade genésica é limitado; o campo do direito civil é mais amplo, como reconheceu a inteligência perspicaz de Teixeira de Freitas (Esbôço, art. 63, nota).

Em segundo lugar, não há razão para distinguir os indivíduos, sexualmente, quando se trata de apreciar a sua aptidão para agir no círculo da vida civil, quando se examina se sua consciência das coisas já adquiriu certo desenvolvimento, se a sua vontade se afirma dirigida por uma inteligência normal, se a sua adaptação ao meio se efetua, satisfatoriamente.

Os menores de 16 anos não podem exercer por si só os atos da vida civil. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 82). As pessoas absolutamente incapazes são representadas por seus pais, tutores ou curadores (art. 84, primeira parte). Praticados por pessoas absolutamente incapazes, os atos jurídicos são nulos (art. 145, I). Todavia, se alguém, no cumprimento de uma obrigação anulada, tiver pago alguma coisa a um incapaz, poderá reclamar a restituição, provando que esse pagamento reverteu em proveito do incapaz (art. 157). Vejam-se ainda os arts. 1.259, 1.260 (empréstimos a menores) e 1.627, I (facção testamentária, ativa).” (14)

E, com respeito ao art. 6.º, comenta o mesmo renomado autor:

“Os menores entre dezesseis e dezoito ou vinte e um anos, como os púberes do direito anterior, e melhor do que eles, possuem certo discernimento, já adquiriram, no seio da família e no contato com a sociedade, certas noções de moral, de direito, e de prática da vida, que os habilitam a tomar parte direta nas relações jurídicas, ainda que não possam dispensar o auxilio e a autoridade dos pais ou dos tutores. São representados por seus pais ou tutores nos atos que o Código determina (artigo 84); as suas obrigações são anuláveis, quando não autorizadas por seus legítimos representan-

(14) Código Civil Comentado, Vol. I, pág. 193.

tes (art. 154). Vejam-se ainda os arts. 155 a 158, 387, 388, 390, 391, 424 a 428.

O maior de dezesseis anos pode ser mandatário extrajudicial (artigo 1.298); fazer testamento (artigo 1.627, I); contrair casamento, obtendo autorização da pessoa, sob cuja autoridade estiver (art. 183, XI), com a distinção estabelecida para a idade nupcial dos dois sexos, dezesseis anos para a mulher e dezoito anos para o homem (art. 183, XII); ser testemunha nos atos jurídicos (art. 142, III, e 1.650)."

BULHÕES DE CARVALHO, em seu excelente livro "Incapacidade Civil e Restrições de Direito", procura demonstrar que os menores de dezesseis anos, pelo próprio sistema do Código, têm, quando já capazes de falar (saídos da infância), capacidade mais ou menos restrita para a prática de certos atos jurídicos, isto é, têm capacidade relativa.

Aponta, ali, o insigne doutrinador, várias exceções quanto à incapacidade civil absoluta dos menores. Entre outras, podemos anotar as seguintes: o de realizar pequenos negócios jurídicos, comprar, vender jornais, executar serviços: engraxamento, fazer transporte remunerado, excluídos os trabalhos proibidos a menores de 14 anos pelo Código de Menores e Consolidação das Leis do Trabalho (*), aceitar doações puras, nos termos do art. 1.170 do Código Civil, requerer a nulidade do seu casamento, aceitar empréstimo dentro das forças do seu pecúlio (pecúlio castrense e quase-castrense) e numerosos outros.

Alongou-se, ainda, o autor, em oportunas considerações quanto à extensão da nossa lei aos absolutamente incapazes, demonstrando o problema resultante do artigo 5.º do Código Civil em combinação com os artigos 145 e 146.

Não há como discordar de **SADY GUSMAO**, quando — no seu verbete "Menoridade", repertório citado, vol. 33, pág. 174 — afirma que Bulhões de Carvalho, naquele livro, praticamente esgotou o assunto. Realmente, a obra é completa e a ela remetemos os interessados que quiserem se aprofundar na matéria.

Julgamos, entretanto, de bom alvitre transcrevermos aqui — pela clareza da síntese — as considerações em torno do

art. 6.º, feitas por Sady Gusmão no verbete mencionado:

"Os menores de vinte e um e maiores de dezesseis anos enumerados no art. 6.º, I, do Código Civil, são considerados incapazes relativos e por isso mesmo não são representados, mas assistidos por seus pais (aquele que exerce o pátrio poder) ou tutores nos atos da vida civil, embora o pai seja o chefe e representante da família e tenha a administração e o usufruto legal dos respectivos bens, ressalvados os enumerados nos arts. 390 e 391 do Código Civil e restrita a assistência ao direito de disposição e como suprimento no referente à capacidade. A lei lhes outorga outros direitos, independentemente de assistência de seus pais ou tutores, tais como o direito de petição e representação (Constituição, art. 141, § 37), (**), o de requerer *habeas corpus*, o de alistar-se no serviço militar ainda antes dos dezoito anos, e nesta idade alistar-se eleitor, inscrever-se em concursos públicos e estabelecimentos de ensino e hospitalares e outros permitidos a menores em geral.

Podem também contratar empréstimo, administrar pecúlio seu, ou seja, o conjunto de bens enumerados nos arts. 390 e 391 do Cód. Civil, nos limites supra e na conformidade do art. 1.260 do mesmo Código. Podem, ainda, contratar locação de serviços, aprendizagem, requerer carteira profissional, tudo de acordo com os arts. 402 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, ficando os menores de dezoito anos sujeitos não só à fiscalização do Ministério do Trabalho como também à do Juízo de Menores."

De passagem e na finalização deste subtítulo, deve-se registrar, ainda, que a idade núbil é a de 16 anos para a mulher e 18 anos para o homem, não se anulando, todavia, o casamento por defeito de idade, se do mesmo resultou gravidez,

(*) A Constituição de 1967 reduziu esse idade-limite para doze anos (art. 157, X).

(**) O autor se refere ali à Constituição de 1946. Esse direito, entretanto, subsistiu com o texto constitucional de 1967, art. 150, § 30: "É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade."

além de admitir-se o casamento para evitar a imposição de pena (Código Civil, arts. 214 e 215, os quais não se devem reputar revogados pela legislação especial de menores).

São consideradas sanções penais as que são impostas pelo Juiz de Menores, desde que haja restrição à liberdade, nos delitos sexuais.

III — RESPONSABILIDADE CIVIL

O princípio geral da responsabilidade civil está expresso no artigo 159 do Código Civil:

"Aquêle que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

A violação de um direito ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa é ato ilícito, portanto.

O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuizo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se êsse dever se funda em um contrato, a culpa é **contratual**; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é **extracontratual**, ou **aquiliana**.

Êstes os comentários de CLÓVIS (obra citada, pág. 449) ao artigo supracitado.

O dispositivo seguinte (art. 160), destaca atos que, embora possam parecer violações de direitos, não são atos ilícitos:

"Não constituem atos ilícitos:

I — os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II — a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente."

E o seu parágrafo único configura o abuso do direito, que, embora de aparência legítima, importa num desvio da ordem jurídica:

"Neste último caso, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente ne-

cessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo."

Assim, são três as figuras jurídicas que excluem a ilicitude do ato: legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito.

A legítima defesa, na observação de KOHLER (15) não é, em rigor, um direito distinto, e, sim, uma faculdade que emana, diretamente, da personalidade, e é da mesma categoria das faculdades de exercer o direito e dê-lo gozar. Se legítima desde que ocorram os seguintes requisitos:

- a) que a agressão seja injusta. Isto é, que constitua um ato contrário ao direito, porquanto **qui suo jure utitur neminem loedit**, contanto, é bem de ver, que êsse uso do direito seja regular;
- b) que seja atual e não uma apreensão do que possa ou vá acontecer, e, muito menos, o desforço de um mal já passado;
- c) que seja inevitável a agressão e impossível o socorro oportuno da autoridade;
- d) que a repulsa não exceda o necessário para efetuar a defesa.

O Estado de necessidade se retrata na situação em que o direito de um indivíduo se acha em conflito com o direito de outro, e o conflito se há de resolver pelo desaparecimento ou cessação transitória do direito menos valioso do ponto de vista ético e humano.

Pelo nosso diploma civil, art. 156, o menor, entre 16 e 21 anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que fôr culpado.

Na exegese dêsse artigo, CLÓVIS assim se pronunciou:

"O menor, que comete um crime ou causa um dano civil, deve responder pelos prejuizos causados a outrem, não em atenção à sua culpa ou a seu dolo, mas porque todo dano deve ser reparado por aquêle que lhe deu causa, agindo sem direito, contra o direito, ou abusando do seu direito. O Código usa da locução **em que fôr culpado**, não para fazer depender a

(15) Apud Clóvis, obr. cit., pág. 451.

responsabilidade da culpa, mas para estabelecer o nexo da causalidade, porquanto, se o menor não tem capacidade para agir licitamente, não a deve ter, em regra, para agir ilicitamente."

A capacidade do maior de 16 anos e menor de 21 anos é presumida. JOSÉ DE AGUIAR DIAS (16) ensina que "caberá ao representante de cada um (no caso, o representante do menor) provar que o representado não pode ser responsabilizado por lhe faltar o elemento que é a sua própria alma: a imputabilidade, o que, afinal, terá por efeito imediato a transferência, para o representante, da responsabilidade atribuída ao representado".

Resta-nos, finalmente, as considerações em torno do parágrafo único do artigo 1.518 e do art. 1.521, I e II:

"Art. 1.518 —

Parágrafo único — São solidariamente responsáveis com os autores, os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521."

"Art. 1.521 — São também responsáveis pela reparação civil:

I — os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II — o tutor e o curador, pelos pupillos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições."

Em escólio de ambos transcrevemos — por oportunas e atualizadas — as palavras de VICENTE SAGINO JÚNIOR: (17)

"Achando-se sob a guarda dos pais, responderão estes pelos atos ilícitos praticados pelo menor de dezesseis anos, solidariamente, segundo a regra do art. 1.518, combinado com o art. 1.521, n.º I, do Código Civil. Reza o último dispositivo: "São também responsáveis pela reparação civil: I — os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia."

O princípio é o mesmo quanto aos tutores e curadores, em relação aos atos praticados pelos seus pupillos ou curatelados (Código, art. 1.521, n.º II).

Para que essa responsabilidade se efetive, necessário se faz que o menor esteja sob o poder e em companhia dos pais, tutores ou curadores. Diz bem

PONTES DE MIRANDA que "o elemento de ligação é a guarda; se a guarda é indevida, ou quem devia guardar o menor não o guarda, ligado fica quem o devia guardar e não guardou, ou confiou, ou aquiesceu na guarda por outrem. E é possível que o guardador efetivo também fique responsável pelo ato ilícito do menor".

Responderá pelo dano civil causado pelo menor o progenitor que o tiver sob a sua guarda, conforme acórdão ou determinação judicial, ainda que o outro viva no mesmo lar. Em caso de desquite ou anulação do casamento, embora persista o pátrio poder, responderá o progenitor em cujo lar irá viver o filho (*). A regra é, pois, que a responsabilidade cabe ao progenitor que tem a guarda do filho menor, porque emana da culpa in vigilando daquele que o tem em sua companhia. Afigura-se esta a solução mais consentânea com o preceito do artigo 1.521, n.º I.

Como é natural, a regra admite exceções. Casos há de responsabilidade de ambos os pais: quando os filhos, por vontade dos pais, ou determinação do juiz, fiquem na companhia de outrem, para criar, ou como preposto ou empregado. A razão dessa responsabilidade está em que o progenitor que assim procede viola o dever legal de ter o filho consigo. (...)

A responsabilidade dos pais pelos atos nocivos dos filhos menores decorre da sua própria culpa, porque (a observação é de LUIS DA CUNHA GONÇALVES (18)) os atos ilícitos dos menores se presumem devidos à relação de disciplina.

Essa responsabilidade, porém, só diz com os filhos menores de dezesseis anos de idade, porque o menor entre dezesseis e vinte e um anos é equiparado, pelo Código Civil, art. 156, ao maior, quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que fôr culpado. Mas, os pais responderão solidariamente, se se provar que concorreram para o dano, por culpa ou negligência de sua parte (art. 1.523).

(*) A guarda dos filhos menores está regulada pelos arts. 325 a 329 do Código Civil, pelo Decreto-Lei n.º 9.701, de 3 de setembro de 1946 (em caso de desquite judicial) e pelo Código de Menores.

(16) Apud Jorge Mucillo, obr. cit., pág. 128.

(17) Direito e Guarda do Filho Menor, pág. 47.

(18) Cunha Gonçalves, Princípios de Direito Civil — Apud Vicente Sagino Júnior, obr. cit., pág. 49.

Distingue, assim, o Código a responsabilidade direta dos pais, tutores ou curadores pelo dano causado pelo menor absolutamente incapaz (art. 5.º, n.º I), que estiver sob a sua guarda e em sua companhia, ou na companhia de outrem mas a sua guarda, da resultante de ato danoso praticado por menor relativamente incapaz (art. 6.º, n.º I), sob a mesma guarda ou companhia, porque esta é uma responsabilidade solidária, com base na culpa *in vigilando*.

A propósito, não são unânimes os civilistas. Se, como entendeu Clóvis Beviláqua, a responsabilidade dessas pessoas se funda na culpa e deve ser objetivamente provada, pensam outros que tem origem na presunção *juris tantum* da culpa, a ser ilidida pelos meios competentes.

O Código dos Menores dirimiu a questão, em seu art. 68, § 4.º, estabelecendo a responsabilidade dos pais ou da pessoa incumbida legalmente de sua vigilância, enquanto não provarem que não houve culpa ou negligência de sua parte."

IV — O PROJETO DO NÓVO CÓDIGO CIVIL DE AUTORIA DO PROF. ORLANDO GOMES

O projeto estabelece novos limites à incapacidade. Fixa em dezoito anos a *venia aetatis* da maioridade (art. 5.º), fazendo cessar aos quatorze anos a incapacidade absoluta (art. 6.º) e aos dezesseis anos, a relativa (art. 7.º).

Segundo o projeto, somente serão anuláveis os atos praticados pelo menor relativamente incapaz, sem a devida assistência, se importarem prejuízo a seu patrimônio (art. 10); a emancipação ocorrerá aos dezesseis anos de idade, sujeito o ato à homologação do juiz, podendo ser cassado, se o menor emancipado demonstrar incapacidade de gerir os bens (art. 11).

A idade núbil passará a ser para o homem e a mulher, respectivamente, dezesseis e quatorze anos (art. 91); quem tiver a guarda de menor, responderá por sua direção, educação e vigilância (art. 303); aos estabelecimentos destinados à assistência e proteção da infância, conferir-se-ão funções tutelares (artigo 304).

Introduz o instituto da legitimação adotiva.

Essas as principais alterações constantes do projeto, que sistematiza a matéria em quatro livros: Pessoas, Família, Coisas e Sucessões.

As Obrigações não foram ali consignadas, por serem objeto de Código específico.

DISPOSITIVOS DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL DE AUTORIA DO PROFESSOR ORLANDO GOMES (Mensagem posteriormente retirada pelo Govêrno) E REAPRESENTADO PELOS DEPUTADOS NELSON CARNEIRO E JOSÉ MARIA RIBEIRO, EM JUNHO DE 1966, COMO DE SUA AUTORIA (Projeto n.º 3.771/1966)

LIVRO I

Das Pessoas

TÍTULO I — CAPÍTULO I

Art. 4.º — Capacidade de fato — A capacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil adquire-se com a maioridade, ou pela emancipação.

Art. 5.º — Maioridade — A maioridade começa aos dezoito anos.

Art. 6.º — Incapacidade absoluta — São absolutamente incapazes:

I — os menores de 14 anos;

II — os que, por enfermidade mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que não tiverem a livre disposição de sua pessoa e bens.

Art. 7.º — Incapacidade relativa — São incapazes relativamente à prática de certos atos, ou ao modo de exercê-los, os maiores de quatorze anos.

Art. 8.º — Representação legal — Os absolutamente incapazes podem exercer direitos ou contrair obrigações por intermédio de seus representantes.

Art. 9.º — Assistência — Os menores relativamente incapazes serão assistidos por seus pais, ou tutores, nos atos da vida civil.

Art. 10 — Atos do Menor sem Assistência — Só serão anuláveis os atos praticados pelo menor sem assistência, se lhe trouxerem prejuízo.

Art. 11 — Emancipação Voluntária — Cessará a incapacidade do menor que cumprir dezesseis anos, se lhe

fôr concedida pelo pai a emancipação, sujeito o ato à homologação do juiz.

§ 1.º — Se o menor estiver sob tutela, a emancipação só se dará por sentença, por iniciativa do tutor.

§ 2.º — O ato de emancipação pode ser cassado pelo juiz, a requerimento dos pais, ou tutores, quando o menor emancipado demonstre incapacidade de administrar os bens, resguardados os direitos de terceiros.

Art. 12 — Emancipação Legal — A emancipação ocorre de pleno direito pelo casamento.

LIVRO II

Do Direito de Família

TÍTULO I — CAPÍTULO II

Art. 91 — Incapacidade Matrimonial Absoluta — Não podem casar:

I — os homens menores de dezesseis anos;

II — as mulheres menores de quatorze anos;

III — os enfermos mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Parágrafo único — Será permitido o casamento de menor incapaz para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, com aprovação do juiz, ou para resguardo da honra da mulher que não atingiu a maioridade. Nesses casos o juiz poderá ordenar a separação de corpos até que os cônjuges alcancem a idade legal.

Art. 93 — Casamento de Menores— Os menores não podem contrair casamento sem autorização dos pais, ou do tutor.

§ 1.º — A autorização será concedida por escrito e apresentada ao oficial para que conste no processo de habilitação.

§ 2.º — A denegação do consentimento pode ser suprida pelo juiz.

TÍTULO II

Da Dissolução da Sociedade Conjugal

CAPÍTULO II

Art. 148 — Efeitos quanto aos Filhos no Desquite por Mútuo Consenti-

mento — No desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 149 — Efeitos quanto aos Filhos no Desquite Litigioso — Sendo o desquite litigioso, ficarão os filhos menores com a mãe, salvo inconveniência reconhecida pelo juiz.

Parágrafo único — A guarda dos filhos menores poderá ser deferida ao pai, ou a ascendente, ou a irmão de qualquer dos cônjuges, se assim o justificar o interesse daqueles.

Art. 150 — Podêres do Juiz — Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação dos filhos.

Parágrafo único — O juiz fixará a contribuição dos cônjuges para o sustento dos menores.

TÍTULO IV

Do Parentesco

CAPÍTULO V

Da Adoção

Art. 225 — Quem pode adotar — Qualquer pessoa de mais de trinta anos de idade pode adotar, sendo dezesseis anos mais velho do que o adotado.

Parágrafo único — Nenhum dos cônjuges pode adotar sem o consentimento do outro, salvo se fôr impossível obtê-lo.

E seguintes (até art. 235).

CAPÍTULO VI

Da Legitimação Adotiva

Art. 236 — Legitimação Adotiva — Os menores de sete anos de idade, cujos pais sejam desconhecidos ou estejam mortos, podem ser legitimados por adoção, desde que a promova, em juízo, um casal sem filhos, correndo o processo em segredo de justiça.

Art. 237 — Efeitos — A legitimação adotiva confere ao adotado os mesmos direitos e deveres do filho legítimo.

TÍTULO V

Do Pátrio Poder

CAPÍTULO I

Art. 239 — Sujeitos ao Pátrio Poder — Os filhos estão sujeitos, enquanto menores, ao pátrio poder, que será exercido em comum, pelos pais. E seguintes (até art. 256).

TÍTULO VII

Da Tutela e da Curatela

CAPÍTULO I

Art. 274 — Pessoas Sujeitas a Tutela — Se o menor não estiver submetido ao Pátrio Poder, será pôsto em tutela.

Art. 281 — Tutela Dativa — Na falta de tutor nomeado pelos pais, designado por lei, ou quando êstes forem excluídos, escusados ou removidos, o juiz nomeará pessoa idônea.

Art. 282 — Tutela de Menores Abandonados — Aos menores abandonados o juiz dará tutor ou serão êles recolhidos a estabelecimentos públicos a êsse fim destinados. Na falta de estabelecimento adequado, ficarão sob a tutela de pessoas que, voluntariamente, se encarregarem de sua criação.

CAPÍTULO II

Da Assistência aos Menores

Art. 303 — Disposições aplicáveis — A assistência aos menores abandonados e àqueles a cuja subsistência não possam prover os pais, regular-se-á por normas especiais e pelos preceitos constantes dêste título.

Parágrafo único — Quem tenha a guarda de menor, não sendo seu pai, mãe, ou tutor, responde por sua direção, educação e vigilância.

Art. 304 — Funções Tutelares — Os estabelecimentos destinados à assistência e proteção da infância exer-

cem, por seus órgãos administrativos, funções tutelares sôbre os menores recolhidos, regendo-lhes a pessoa.

Art. 305 — Guarda do Menor Abandonado — O menor abandonado será entregue, pela autoridade competente, a quem se encarregue de sua guarda, determinadas as condições julgadas úteis à sua saúde, segurança e moralidade.

Parágrafo único — No interesse do menor, pode a autoridade competente determinar o seu internamento em asilo, instituto de educação ou escola de preservação e reforma.

Além do projeto de Nôvo Código Civil, sem dúvida alguma a proposição que altera de maneira mais ampla a matéria pertinente aos menores, existem, ainda, em tramitação no Congresso, vários outros projetos que — embora de forma mais restrita — modificam também a legislação vigente.

São exemplos:

Proj. n.º 449/63 — (Dep. Gabriel Hermes) — DCN-12.6.63 — “Altera o art. 16 do Dec.-Lei n.º 3.200, de 19/4/41, que dispõe sôbre a guarda do filho natural, enquanto menor.”

Proj. n.º 1.917/64 — (Dep. Adylio Viana) — DCN-21/4/64 — “Dispõe sôbre o Instituto de Adoção do Pátrio Poder, e dá outras providências.”

Proj. n.º 2.337/64 — (Dep. Nelson Carneiro) — DCN-01-10-64 — “Dispõe sôbre a assistência à família, e dá outras providências.”

Proj. n.º 3.012/65 — (Dep. Jaeder Albergaria) — DCN-13.8.65 — “Modifica a Lei n.º 3.133, de 8/5/57, que atualiza o instituto da Adoção.”

Proj. n.º 351/67 — (Dep. Feu Rosa) — DCN-29/8/67 — “Altera o art. 9.º do Código Civil Brasileiro.”

V — ALGUMAS OPINIÕES

ALBERTO CAVALCANTI DE GUSMÃO, Juiz de Menores do Estado da Guanabara, em entrevista concedida ao jornal *Última Hora*, em 21 de outubro de 1965:

“Sou contra a diminuição do nível de idade para efeito de capacidade civil e de casamento, da maneira como foi proposta na reforma do nosso Código Civil.

Os argumentos dos juristas que elaboraram o anteprojeto de reforma, nos casos do rebalçamento de idade, são baseados na constatação de que o desenvolvimento intelectual dos jovens de hoje é muito mais acelerado do que em épocas passadas, e que a maturidade ocorre muito mais cedo. Isto é uma ilusão perigosa. A capacidade — seja ela civil ou criminal — assenta sobre a responsabilidade moral. E todos sabem que a formação moral do homem é mais lenta que a formação intelectual.”

Sobre a idade núbil, opina que “uma moça de 14 anos e um rapaz de 16 anos não têm condições de maturidade para poder casar. Mas é exatamente isso que o anteprojeto não reconhece, ao permitir a formação do lar em tais limites de idade. Considero verdadeiro absurdo que nos dias de hoje, e à luz dos modernos ensinamentos de psicologia, o legislador brasileiro venha a contribuir, ainda mais, para a insegurança, para a falta de estabilidade da periclitante instituição da família.

Se tal anteprojeto fôr transformado em lei, a consequência será o aumento de desquites, os desajustamentos de toda ordem com a procriação interinúvel dos menores abandonados que passam pelos gabinetes dos Juizes de Menores.

Parece que o anteprojeto do Código Civil levou em consideração apenas o desenvolvimento fisiológico, o início da puberdade no homem e na mulher. Se

assim foi, isto é o maior dos absurdos, porque o casamento é, principalmente, união moral ou espiritual, antes de ser união de corpos”.

Professor **EBER CHAMOUN**, da Faculdade Nacional de Direito, em palestra proferida num dos auditórios da Câmara dos Deputados, respondendo a uma interpelação do Deputado Ulisses Guimarães, disse, sobre a antecipação da idade núbil, de 14 anos para a mulher e 16 anos para o homem, que o problema não é apenas jurídico, mas, sim, biológico, social e psicológico. Esses limites propostos são os próprios limites do Direito Romano, e na família moderna dois são os fatores que precisam ser considerados para o casamento (idade nupcial): fator biológico e fator econômico. (19)

NICOLAU NAZO, catedrático aposentado de Direito Civil, da Faculdade de Direito da USP:

“O problema da capacidade matrimonial da mulher aos 14 anos, envolvendo, como envolve, a sua emancipação, é bastante complexo para ser resolvido assim como fez o projeto Orlando Gomes.

Alega-se que no Direito Canônico a idade matrimonial para a mulher era de 14 anos, justamente quando ela se torna púbere. Antes do Código Civil não havia restrição sobre a idade nupcial desde que a mulher tivesse mais de 14 anos. O problema é sério, principalmente no Brasil, onde há grande diversidade de cultura entre o centro urbano e o rural.” (20)

Pediatra **ROSA ALVES TARGINO DE ARAÚJO**:

“Sou contra o casamento da mulher aos 14 anos, muito menos dos ho-

(19) *Jornal do Brasil* de 16-6-1966 — 1.º cad. — pág. 15.

(20) *Jornal O Estado de São Paulo* de 20-4-66.

mens aos 16, embora os dois já estejam aptos biologicamente. Um casamento entre duas pessoas de 14 e 16 anos não teria base sólida nem condições para ser perfeito. Só posso admiti-lo quando é feito para corrigir "situações de fato". Nesse caso, a educação dos filhos ficaria a cargo dos avós." (21)

Socióloga **MARIA SÍLVIA JARDIM**:

"Numa sociedade cada vez mais complexa, como a nossa, o ideal seria dar, no mínimo, 20 anos para o indivíduo formar-se e adquirir a instrução que lhe servirá para o trabalho. Estimular o casamento à jovem de 14 anos é legalizar sua dependência, impossibilitá-la de adquirir a formação e experiência que lhe permitirão optar, e estabelece, como seu único destino, a reprodução." (22)

REGINALDO NUNES (Do IAB), sobre o art. 91:

"Que considerações teriam levado a Comissão a reduzir a idade matrimonial do homem e da mulher para 16 e 14 anos, respectivamente, quando os adolescentes ainda estão na primeira muda, a meio caminho de sua formação intelectual e apenas entrando na puberdade?"

O Brasil é um País cuja população menor de 21 anos atinge a 52% do todo.

Com esta antecipação da *venia aetatis* matrimonial, estaremos fornecendo meios para uma aceleração ainda mais rápida desse processo de rejuvenescimento nacional, principal aspecto segundo o qual Jacques Lambert considera o Brasil um país novo: — não tanto pela sua idade política, como pela composição extremamente jovem de sua população (Os Dois Brasis, pág. 51).

Este fenômeno tem conseqüências desfavoráveis no que toca à riqueza geral da Nação e à renda *per capita* dos que a compõem." (23)

CARLOS RAPOSO, Consultor Jurídico da Associação Comercial da Guanabara:

"A redução da idade mínima para o casamento, de 18 e 16 anos para o homem, e 16 e 14 para a mulher, não encontra em nenhum princípio de ordem jurídica, psicológica ou higiénica, base irrecusável para sua adoção.

A questão do casamento, seus efeitos e sua dissolução, estão solucionados dentro de teses que a tradição brasileira não comporta.

Entendemos que a própria democracia escuda-se na constituição da família e a sua democratização, como pretende o projeto, não pode encaminhar-se para a sua decomposição." (24)

SENADOR MILTON CAMPOS, na exposição de motivos que foi seguida do ofício do Sr. Presidente da República, ao enviar o projeto:

"Também não são mencionados pontos de controvérsia, como por exemplo, no Código Civil, a maioridade aos dezoito anos, a idade nupcial e o conceito de erro essencial para o desquite, em que a própria Comissão manifestou variedade de pontos de vista. Ficou tudo isso inalterado, a despeito da nossa discordância, para que, neste e noutros pontos discutíveis, entre tantas teses controvertidas, o debate e a decisão do Congresso Nacional fixem a opção final."

(21) Idem, Idem.

(22) Jornal O Estado de São Paulo de 20-4-66.

(23) Jornal do Comércio, de 26-6-66 — 3.º cad.

(24) Jornal Correio da Manhã, de 20-4-66.

DEPUTADO ARRUDA CÂMARA:

"O projeto reduz a maioridade para 18 anos e a idade núbil para 16 e 14 anos, respectivamente ao homem e à mulher.

Ora, tal inovação não parece aconselhável. É preciso ter certa maturidade — não é só o vigor físico — e a experiência para um ato jurídico de altíssima relevância, qual o casamento. E estas não se adquirem na idade propugnada.

Uma menina do interior, quase analfabeta, com 14 anos, que sabe ela da altitude do casamento, das suas finalidades, da sua importância, da sua irretratabilidade exceto pela morte?

A medida poderia aumentar o número de casamentos irrefletidos e pouco felizes, ocasionando desajustamentos sociais maiores." (25)

VI — ASPECTOS DA MENORIDADE, CAPACIDADE CIVIL, IDADE NÚBIL E ADOÇÃO, NO DIREITO ALIENIGENA

O DIREITO ESCANDINAVO

A maioridade é aos 21 anos na Suécia e na Noruega, e aos 25 na Dinamarca. Antes dessa idade só pelo casamento. Mas o menor com 18 anos completos, ou uma jovem que se tenha casado antes dessa idade, podem fazer contrato de trabalho, gerir uma empresa, com plena capacidade para explorá-la.

A adoção pode ser feita por quem tenha 25 anos. (26)

O DIREITO INGLÊS

A maioridade é aos 21 anos. Não há distinção entre menores púberes e impúberes.

É de 16 anos a idade mínima para casamento, desde 1929; antes, era de 14 e 12 anos, respectivamente, para o homem e a mulher.

A adoção é admitida desde 1928. O adotante deve ter 25 anos pelo menos, e 21 mais do que o adotado. Um homem não pode adotar pessoa do sexo feminino, a não ser em circunstâncias especiais. (27)

O DIREITO AMERICANO

A idade para casar é igual à de nosso Direito. (28)

O DIREITO RUSSO

A maioridade civil é fixada aos 18 anos, mas, desde a idade de 14 anos, o menor pode dispor de seu salário, e é responsável pelas obrigações decorrentes de atos ilícitos.

Aos 18 anos o indivíduo pode contrair casamento, apresentando prova de identidade — que pode ser feita por testemunhas —, a declaração, confirmada por assinaturas, de que contrai o casamento livremente, não havendo os impedimentos legais (arts. 66-69).

Únicamente os menores podem ser adotados, e no interesse deles. (29)

O DIREITO MUÇULMANO

O menor púbere pode dispor de sua pessoa, mas somente aos 25 anos pode gerir seus bens, salvo sendo reconhecido apto. A puberdade é presumida aos 15 anos, para ambos os sexos, no rito hanífita; aos 18, no malekita; aos 15 anos para os homens e aos 19 para as mulheres, no rito chiita. (30)

O DIREITO FRANCÊS

A idade para o casamento é a de 18 anos, para o varão, e de 15, para a mulher, podendo, no entanto, ser concedida dispensa, por motivo grave.

(25) DCN — SI — 10-3-1968 — pág. 868.

(26) Lino Leme — Direito Civil Comparado — pág. 72 — Ed. 1962.

(27) Idem, idem — págs. 65/66.

(28) Idem, idem — pág. 69.

(29) Idem, idem — págs. 81/82.

(30) Idem, idem — pág. 109.

Somente o pai exerce o pátrio poder, durante o casamento (Código Civil, artigo 373).

O adotante deve ter 40 anos, pelo menos, e mais 15 do que o adotado. É admitida a adoção por marido e mulher, conjuntamente. O parentesco resultante da adoção se estende aos filhos legítimos do adotado. O adotado sucede ao adotante, como os descendentes legítimos; não, porém, aos parentes do adotante.

A maioridade é aos 21 anos, mas, até os 25, o filho precisa de licença para casar-se.

São pupilos da nação (lei de 1917) os órfãos de pai, ou arrimo de família, que morreu na guerra, ou cujos pais ou arrimos morreram em consequência de ferimento ou doença resultante da guerra. (31)

O DIREITO AUSTRIACO

A maioridade se verifica aos 24 anos, extinguindo-se com ela, o pátrio poder e a tutela, que perduravam no Direito Romano, no antigo Direito germânico e no Direito prussiano (32). ALCINO PINTO FALCAO (33) informa, entretanto, que até lei de 6 de junho de 1919, na Austria, a menoridade ia até os 24 anos, passando por essa lei a maioridade a alcançar-se com os 21 anos.

O DIREITO ALEMÃO

A personalidade civil resulta do nascimento com vida, não se exigindo viabilidade, como no Código Francês; a maioridade é fixada aos 21 anos, permitindo-se a concessão da mesma aos 18 anos completos, ficando o emancipado equiparado ao maior, e não com capacidade restrita, como no Código Francês.

Os menores, após os sete anos, podem contratar, mediante o consentimento de seus representantes legais.

A idade para o casamento do varão é a de 21 anos, que pode ser reduzida a 18, se não estiver sob pátrio poder ou tutela.

Na Alemanha podem ser adotados também os filhos naturais (contra o Código grego, art. 1.569 e Código Italiano de 1942). O adotado tem os mesmos direitos à sucessão do adotante, que seus filhos, regra à qual fazem exceção o Direito espanhol e o de alguns países islâmicos. (34)

O DIREITO SUÍÇO

A maioridade é fixada aos 21 anos. O casamento emancipa. O menor com 18 anos cumpridos pode ser emancipado.

Os menores e interditos, capazes de discernimento, não podem agir sem o consentimento de seu representante legal, exceto para adquirir a título gratuito ou para exercer direitos estritamente pessoais.

A idade para o casamento é fixada em 20 e em 18 anos, podendo ser reduzida, em caso de força maior, a 18 e 17.

O adotante deve ter pelo menos 40 anos de idade e 18 mais do que o adotado, e a adoção não pode ser feita conjuntamente pelos esposos. (35)

O DIREITO LATINO-AMERICANO

A maioridade é fixada em 21 anos, nos Códigos argentino, uruguaio, peruano e mexicano; em 25 anos no Código chileno (no Código francês em 21, e, no espanhol, em 23); a viabilidade não é exigida, mas a figura humana o é, nos Códigos do Uruguai e da Argentina, seguindo o Código espanhol e o português

(31) Idem, idem -- págs. 153/154.

(32) Idem, idem -- pag. 161.

(33) Parte Geral do Código Civil - 1949 pag. 96.

(34) Lino Leme, Direito Civil Comparado, págs. 168, 169, 172 e 173.

(35) Idem, idem págs. 177/178

O Código peruano fixa em dezoito anos para a mulher e em vinte e um para o homem, a idade para o casamento, e considera o adotado como filho legítimo. (36)

O DIREITO PORTUGUÊS

O Novo Código Civil fixa a maioridade aos vinte e um anos de idade, para ambos os sexos (art. 122).

A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela, conforme se dispõe nos lugares respectivos (art. 124).

Reconhece a adoção como fonte das relações de família, suprimindo, assim, a omissão desse instituto no antigo Código de 1867. Conforme prescreve o artigo 1.974, a adoção apenas será decretada quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) apresentar reais vantagens ao adotando;
- b) ter o adotando menos de quatorze anos, ou menos de vinte e um e não se encontrar emancipado, quando desde idade não superior a quatorze anos tenha estado, de fato ou de direito, ao cuidado do adotante;
- c) ter o adotante mais de trinta e cinco anos de idade.

Quando o adotando tenha mais de quatorze anos, é ainda necessário o seu consentimento, a menos que ele não esteja no uso de suas faculdades mentais.

São impedimentos dirimentes absolutos para o casamento, as idades inferiores a dezesseis e quatorze anos, respectivamente para o homem e a mulher (37)

O DIREITO ITALIANO

Delle persone fisiche

Art. 2 — Maggiore età. Capacità di agire. — La maggiore età é fissata al compimento del ventesimo anno.

Com a maior idade si acquista a capacidade de cumprir todos os atos para os quais não seja estabelecida uma idade diversa.

Del matrimonio

Art. 84 — Non possono contrarre matrimonio l'uomo che non ha compiuto gli anni sedici, la donna che non ha compiuto gli anni quattordici.

Il (Re) o le autorità a ciò delegate possono per gravi motivi accordare dispensa, ammettendo al matrimonio l'uomo che ha compiuto gli anni quattordici e la donna che ha compiuto gli anni dodici.

Dell'adozione

Art. 291 — Condizioni — L'adozione é permessa alle persone che non hanno discendenti legittimi o legittimati, che hanno compiuto i cinquanta anni e che superano almeno di diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare.

Quando eccezionali circostanze lo consigliano, la corte di appello può autorizzare la adoção se l'adotante ha raggiunto almeno a idade de quarenta anos e se a diferença de idade entre o adotante e o adotando é de pelo menos dezesseis anos. (38)

O DIREITO DA REPÚBLICA DOMINICANA

A maioridade civil e matrimônio estão regulados pela Lei n.º 4.999, de 19 de setembro de 1958, que deu a seguinte redação aos artigos do Código Civil pertinentes à matéria:

"Art. 388 — Se entiende menor de edad el individuo de uno u otro sexo que no tenga dieciocho años cumplidos."

(36) Idem, Idem — págs. 202 e 206.

(37) Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos — Código Civil Português de 1966 — Livraria Almedina — Coimbra — 1966.

(38) Walter d'Avanzo — Manuale D'Udienza — I Quattro Codici — Edizione Aggiornata, Settembre 1963.

"**Art. 488** — Se fija la mayor edad en dieciocho años cumplidos y por ella se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil."

Pela mesma lei, os incisos 1, 2 e 5 do artigo 56 da Lei sobre Atos do Estado Civil, n.º 659, de 17 de julho de 1944, passaram a se redigir assim:

1) De los mayores de edad.

Los mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente sin tener que recabar el consentimiento paterno.

2) Menores de 18 años.

Los menores de 18 años no podrán contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres o del padre superviviente.

5) Impedimento para el matrimonio por motivo de menor edad, y dispensas que puede conceder el Juez de Primera Instancia.

El hombre, antes de los 16 años cumplidos y la mujer antes de cumplir los 15, no pueden contraer matrimonio; pero el Juez de Primera Instancia puede, por razones atendibles, conceder la dispensa de edad.

A Lei n.º 5.152, de 13 de junho de 1959, modificou as normas do Código Civil relativas à adoção, passando estas a ter a seguinte redação:

"**Art. 343** — La adopción, ya se haga en forma ordinaria o en forma privilegiada, no puede ser hecha sino cuando haya justos motivos que ofrezcan ventajas para el adoptado.

Art. 344 — Se requiere cuarenta años para poder adoptar. Sin embargo, la adopción puede ser pedida juntamente por dos esposos no separados personalmente, de los cuales uno tenga más de 35 años, si se han casado desde hace más de 10 años y no han tenido hijo de su matrimonio. Los adoptantes no deberán tener en el día de la adopción hijos

ni descendientes legítimos. La existencia de hijos adoptivos no constituye obstáculo a una subsiguiente adopción.

El adoptante deberá tener 15 años más que la persona que se propone adoptar, y si ésta fuese el hijo de su cónyuge, bastará con que la diferencia de edad entre ambos sea de 10 años, y aún podrá ser reducida por dispensa del Juez de Primera Instancia correspondiente." (39)

O DIREITO JAPONÊS

"MAJORITY

Article 3 — Majority is attained on the completion of full twenty years of age.

Minor's capacity

Article 4 — A minor shall obtain the consent of his legal representative for doing any juristic act, unless it is an act merely to acquire a right or to be relieved from a duty.
2. An act done in contravention of the preceding paragraph is voidable.

MARRIAGE

Article 731 — A man may not marry until the completion of his full eighteen years of age, nor a woman until the completion of her full sixteen years of age.

ADOPTION

Article 792 — Any person who has attained majority may adopt another.

Article 793 — No ascendant or person of older age may be adopted. (40)

(39) Plinio Terrero Peña — Código Civil de La República Dominicana Santo Domingo — 1961.

(40) The Civil Code of Japan — Eibun-Horei-Sha, Inc. Tokyo, Japan — 1962.