

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Daniela Corrêa Jacques Brauner

**IGUALDADE / DIVERSIDADE / VULNERABILIDADE: REVISITANDO O REGIME
DAS INCAPACIDADES RUMO AO DIREITO PRIVADO SOLIDÁRIO DE
PROTEÇÃO À PESSOA**

Porto Alegre

2018

DANIELA CORRÊA JACQUES BRAUNER

**IGUALDADE / DIVERSIDADE / VULNERABILIDADE: REVISITANDO
O REGIME DAS INCAPACIDADES RUMO AO DIREITO PRIVADO
SOLIDÁRIO DE PROTEÇÃO À PESSOA**

Tese elaborada e defendida como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, com ênfase em Fundamentos da Experiência Jurídica, sob a orientação da Professora Doutora Claudia Lima Marques, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Porto Alegre

2018

CIP - Catalogação na Publicação

Brauner, DANIELA CORREA JACQUES BRAUNER
Igualdade / Diversidade / Vulnerabilidade:
revisitando o regime das incapacidades rumo ao
direito privado solidário de proteção à pessoa. /
DANIELA CORREA JACQUES BRAUNER Brauner. -- 2018.
304 f.
Orientadora: Claudia Lima Marques.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Direito privado. 2. Capacidade. 3. Igualdade.
4. Vulnerabilidade. 5. Nulidade. I. Marques, Claudia
Lima, orient. II. Título.

DANIELA CORRÊA JACQUES BRAUNER

**IGUALDADE / DIVERSIDADE / VULNERABILIDADE: REVISITANDO
O REGIME DAS INCAPACIDADES RUMO AO DIREITO PRIVADO
SOLIDÁRIO DE PROTEÇÃO À PESSOA**

Tese elaborada e defendida como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, com ênfase em Fundamentos da Experiência Jurídica, sob a orientação da Professora Doutora Claudia Lima Marques, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Claudia Lima Marques
Orientadora

Professor Doutor

Professor Doutor

Professor Doutor

Professor Doutor

Dedico este trabalho aos meus maiores amores,
minha filha Laura e meu esposo Arcênio.

AGRADECIMENTOS

O curso de doutorado contou com apoio direto e indireto de diversas pessoas que participaram de minha trajetória até o momento final que é a elaboração e apresentação desta tese.

À minha orientadora, Prof. Dra. Cláudia Lima Marques, pelo exemplo a ser seguido, pela orientação segura, pelo apoio e amizade, cultivada há quase duas décadas.

Aos professores que compuseram a banca de qualificação, Dr. Bruno Miragem, Dr. Diógenes Faria de Carvalho e Dra. Sandra Regina Martini pelas valorosas sugestões e contribuições para o aprimoramento do trabalho.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, instituição pública, gratuita e de qualidade, a que devo minha formação acadêmica desde a graduação em Direito, Mestrado e, agora, Doutorado. Aos meus professores do curso pela disponibilidade ao debate jurídico sempre de alto nível, a quem se deve a reputação da Faculdade de Direito.

À Secretaria de Programa de Pós-Graduação em Direito, na pessoa da Sra. Rosmari de Azevedo, agradeço o tratamento atencioso e eficiente nas tarefas necessárias e à amizade conquistada ao longo dos anos.

À Universidade de Brasília, que me acolheu como aluna especial, permitindo cursar disciplinas necessárias à conclusão do curso, aprimorando meus estudos e possibilitando conhecer pessoas altamente qualificadas e vocacionadas à pesquisa, como foram meus professores naquela ocasião (2014/2 – 2015/1).

À Defensoria Pública da União, instituição vocacionada à defesa dos vulneráveis e das minorias, fonte de minha inspiração para a escolha do tema, por oportunizar a realização do curso concomitantemente ao meu ofício e permitindo meu afastamento temporário para a elaboração desta tese.

Aos queridos colegas que tive o prazer de conviver durante esses anos, pela amizade e pela troca constante de experiências, em especial aos membros do grupo de pesquisa da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques, Lúcia, Laís, Simone, Matheus, Sophia, Guilherme, Carlos, Vitor e tantos outros.

Aos meus pais por terem impulsionado o início de minha formação intelectual.

Às minhas amigas, doutoras Antônia Espíndola Longoni Klee, Fernanda Nunes Barbosa e Káren Rick Danilevicz pelo material emprestado, indispensável à elaboração da tese, e pela amizade proporcionada durante os estudos.

Ao Arcênio Brauner Júnior, meu marido, meu companheiro e melhor amigo, agradeço o amor durante todo o tempo, o suporte necessário para não fraquejar, a compreensão e, sobretudo, o olhar atento e crítico ao meu trabalho para o meu crescimento profissional.

Porto Alegre, RS, 10 de fevereiro de 2018.

“ Tolerância não é Igualdade
Eu sou contra a tolerância, porque ela não basta. Tolerar a existência do outro e permitir que ele seja diferente ainda é pouco. Quando se tolera, apenas se concede, e essa não é uma relação de igualdade, mas de superioridade de um sobre o outro. Sobre a intolerância já fizemos muitas reflexões. A intolerância é péssima, mas a tolerância não é tão boa quanto parece. Deveríamos criar uma relação entre as pessoas da qual estivessem excluídas a tolerância e a intolerância. ”¹.

¹ AGUILERA, Fernando Gomes. (Org.). **As palavras de Saramago**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. “José Saramago: Um ateu preocupado com Deus”. O Globo. Rio de Janeiro, 27 de junho de 1993. Entrevista a Sandra Cohen.

RESUMO

A tese propõe o estudo crítico do regime de incapacidade, delineado no Código Civil de 1916 e 2002, a partir das considerações a respeito da igualdade, diversidade e vulnerabilidade, no contexto do direito privado contemporâneo de viés solidário e de proteção à pessoa com a proposição, ao final, de uma alteração legal no instituto. Analisa, na primeira parte, o regime clássico de incapacidade, cada uma das categorias construídas historicamente que diferenciavam os sujeitos incapazes da prática de atos na vida civil, sob a consideração de que todos, de forma geral e abstrata, são iguais perante a lei. Como proteção à liberdade (de realizar contratos) e a igualdade formal que marcaram o direito privado do século XIX e XX, a lei distinguia os sujeitos que não possuíam capacidade, segundo categorias previamente delimitadas: menores, loucos, surdos-mudos, ausentes, mulheres casadas, pródigos, silvícolas. Sob a justificativa de proteção, fulminava de invalidade os atos praticados pelos incapazes por ausência de vontade, pressuposto essencial, na teoria do negócio, para a realização de contratos obrigatórios. A vontade que não é livre e não é igual é marcada pela nulidade ou anulabilidade, conforme determinado pelo Código Civil de forma a não preencher validamente os planos do negócio jurídico. Na segunda parte, defende uma transformação do direito privado de cunho individualista para um direito privado solidário que leve em conta a proteção da fraternidade, no contexto do pluralismo, para a construção de uma igualdade material. O método se renova, abandoando-se a hermenêutica dedutiva clássica, construída na segurança do positivismo jurídico para um método funcional que leve em conta a finalidade dos institutos, os valores do ordenamento, principalmente sob a ótica constitucional e dos direitos humanos, a partir de um diálogo de fontes, repudiando soluções clássicas na construção da norma no caso concreto. Neste aspecto, propõe-se a superação do paradigma da incapacidade, respeitando a diversidade na sociedade plural, mas sem deixar de se preocupar com a proteção dos sujeitos. Estuda-se, a partir do conceito de vulnerabilidade e diversidade, os sujeitos antes incapazes, defendendo que, por meio do reconhecimento da vulnerabilidade, obtém-se uma proteção mais adequada de modo a não afastar completamente o indivíduo da prática de atos da vida civil. Nesse sentido também, a teoria das invalidades ganha uma perspectiva mais funcional e não apenas como ausência de requisito do negócio jurídico. A partir da construção de uma ordem pública de proteção ao vulnerável é possível que o intérprete afaste dispositivos por meio da nulidade em razão de contrariedade com os valores do ordenamento. De outro lado, reconhece-se efeitos jurídicos da vontade dos vulneráveis de forma a atender maior visibilidade desses sujeitos na ordem social. Em sede de conclusão, apresenta uma proposta de alteração legislativa que pretenda promover uma revisão no regime de incapacidade clássico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado. Regime de incapacidade civil. Vulnerabilidade. Diversidade. Igualdade. Teoria das invalidades. Ordem Pública.

ABSTRACT

This thesis proposes the critical study of the legal incapacity established in the 1916 Brazilian Civil Code and 2002 Brazilian Civil Code, based on the considerations regarding equality, diversity and vulnerability, in the context of contemporary private law. At first, it analyzes each one of the historically categories of legal incapacity that distinguished the incapable subjects, under the consideration that all individuals are equal before the law. Based on the protection of freedom (to execute contracts) and the formal equality that marked the nineteenth and twentieth centuries, the law distinguished the subjects that would not have legal capacity, according to categories previously delimited: minor, mentally handicapped person, deaf-mute, absent, married women, prodigal and Indians. All the acts practiced by the incapable were invalid according to the law under the pretext of protection. In the second part, it is proposed a transformation in private law: from an individualist characteristic to a private law of solidarity, that takes into account the protection of fraternity, in the context of pluralism, for the construction of a material equality. The method changes, leaving aside the classic deductive hermeneutics, built on the security of legal positivism for a functional method that takes into account the purpose of the institutes, the values of the legal order, mainly from the constitutional and human rights perspective. Therefore, there is the importance of “dialogue of laws ” method. In this aspect, it is suggested to overcome the paradigm of legal incapacity, respecting diversity in plural society. The paper studies the subjects that once were incapables arguing that, through the recognition of vulnerability and diversity, a more adequate protection is obtained. Thus, the individual does not depart completely from the practice of legal acts. In this sense, the theory of invalidity gains a more functional perspective and not only as absence of elements of the contract. A public policy for the protection of the vulnerable must be considered in order to avoid contracts that are contrary to legal values such as human rights. On the other hand, it is proposed to recognize juridical effects of the will of the vulnerable person in order to reach greater visibility of these subjects in society. In conclusion, the paper proposes a legislative amendment that intends to promote a revision in classic legal incapacity.

KEY WORDS: Private Law. Legal incapacity. Vulnerability. Diversity. Equality. Invality of legal acts. Public order

RÉSUMÉ

La thèse propose l'étude critique du régime d'incapacité juridique dans le Code Civil brésilien de 1916 et 2002, fondé sur les considérations d'égalité, de diversité et de vulnérabilité, dans le contexte du droit privé contemporain de caractère solidaire et de protection à la personne humaine de sorte que, à la fin, cette recherche suggère de modifier la législation. Dans la première partie, Il est procédé à une approche classique du régime d'incapacité juridique en examinant toutes ses catégories qui différencient les sujets incapables de la pratique des actes de la vie civile, sous la considération que tous sont égaux devant la loi. Fondé sur la protection de la liberté (de faire des contrats) et l'égalité formelle qui a marqué le droit privé des XIXe et XXe siècles, la loi a distingué les sujets qui n'auraient pas la capacité, selon les catégories précédemment délimitées: les mineurs, les personnes souffrant de troubles mentaux, les sourd-muets, les absents, les femmes mariées, les prodiges, le peuple autochtone. Sous la justification de la protection, la loi fulminait d'invalidité les actes pratiqués par les incapables en raison de l'absence de volonté, présupposition essentielle, dans la théorie des contrats. La volonté qui n'est pas libre et qui n'est pas égale est marquée par la nullité ou l'annulation, conformément au Code Civil. Dans la seconde partie, la thèse préconise le passage du droit privé d'une caractéristique individualiste, à un droit privé de solidarité qui prenne en compte la protection de la fraternité, dans le contexte du pluralisme, pour la construction d'une égalité matérielle. La méthode est renouvelée, laissant de côté l'herméneutique déductive classique, construite sur la sécurité du positivisme juridique pour une méthode fonctionnelle qui prend en compte le but des instituts, les valeurs de l'ordre juridique, principalement du point de vue constitutionnel et des droits de l'homme, en particulier en utilisant "le dialogue des sources". Dans cet aspect, il est proposé de surmonter le paradigme d'incapacité juridique, en respectant la diversité dans la société plurielle, mais sans se soucier de la protection des sujets. On étudie les sujets jugés incapables, en défendant que, par la reconnaissance de la vulnérabilité et de la diversité, on obtient une protection plus adéquate pour ne pas aliéner complètement l'individu de la pratique des actes de la vie civile. En ce sens, la théorie de l'invalidité gagne une perspective plus fonctionnelle et pas seulement comme maque de volonté, mais en tant que protection des valeurs de l'ordre juridique. D'autre part, il est reconnu les effets juridiques de la volonté des vulnérables afin d'atteindre une plus grande visibilité de ces sujets dans l'ordre social. En conclusion, la thèse présente une proposition d'amendement législatif visant à promouvoir une révision du régime d'incapacité juridique.

MOTS-CLÉS : Droit privé. Régime de l'incapacité civile. Vulnérabilité. Diversité. Égalité. Théorie de l'invalidité des actes juridiques. Ordre public.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag.	Agravo
AGU	Advocacia Geral da União
art.	Artigo
CC	Código Civil
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador(a)
DPU	Defensoria Pública da União
Dr.(a).	Doutor(a)
EC	Emenda Constitucional
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
inc.	inciso
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
n°	número
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
p. ex.	por exemplo
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
Prof.	Professor(a)
Rel.	Relator(a)
REsp.	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJ/RS

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJ/SP

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 AUTONOMIA DA VONTADE E A IGUALDADE FORMAL DOS SUJEITOS: CAPACIDADE E NULIDADE COMO PROTEÇÃO DA LIBERDADE NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO INDIVIDUALISTA.....	24
2. 1 A igualdade como ideal: apontando diferenças, construindo incapacidades.....	31
2.1.1 A igualdade no horizonte: sujeitos invisíveis e substituídos – o regime dos absolutamente incapazes.....	34
2.1.1.1 Os menores de dezesseis anos.....	35
2.1.1.2 Os loucos de todo o gênero/Os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.....	41
2.1.1.3 Os surdos-mudos que não puderem exprimir vontade.....	47
2.1.1.4 Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.....	48
2.1.1.5 Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.....	49
2. 1.2 A um passo da igualdade: os sujeitos ofuscados e assistidos – o regime dos relativamente incapazes.....	55
2.1.2.1 Os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos/menores de dezoito anos.....	55
2.1.2.2 As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.....	58
2.1.2.3 Os pródigos.....	66
2.1.2.4 Os silvícolas.....	72
2.1.2.5 Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental tenham o discernimento reduzido. Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.....	77
2. 2 Os planos do negócio jurídico e a capacidade na teoria das invalidades.....	79
2.2.1 A invalidade como ausência de requisitos do negócio jurídico: nulidade para a proteção do incapaz.....	84

2.2.2 A distinção entre nulidade e anulabilidade no Código Civil: anulabilidade pela vontade viciada.....	85
2.3 Conclusão parcial.....	98
3 AUTONOMIA PRIVADA E IGUALDADE MATERIAL DOS SUJEITOS: VULNERABILIDADE E PLURALISMO COMO PROTEÇÃO DA FRATERNIDADE - RUMO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO PRIVADO SOLIDÁRIO.....	103
3.1 (Hiper)Vulnerabilidade e diversidade: superando o paradigma da capacidade para a proteção da pessoa.....	115
3.1.1 Vulnerabilidade e diversidade “por fatores naturais”	125
3.1.1.1 Crianças e adolescentes.....	125
3.1.1.2 Idosos.....	131
3.1.1.1.3 Pessoas com deficiência e os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada.....	150
3.1.2 Vulnerabilidade e diversidade “por fatores sociais e econômicos”	183
3.1.2.1 Indígenas.....	183
3.1.2.2 Mulheres.....	190
3.1.2.3 Consumidores (superendividados).....	199
3.2 Por uma nova leitura da teoria dos planos do negócio jurídico a partir da tutela da vulnerabilidade.....	217
3.2.1 A invalidez como tutela de uma ordem pública de proteção da vulnerabilidade.....	225
3.2.2 O reconhecimento dos efeitos jurídicos da vontade dos sujeitos: a visibilidade dos vulneráveis.....	235
3.3 Conclusão parcial.....	246
4 CONCLUSÃO FINAL.....	250
REFERÊNCIAS.....	258

1 INTRODUÇÃO

O texto que inicia esta tese é um convite a refletir sobre um dos princípios mais festejados do início do Iluminismo que se esteira na igualdade de todos os homens (Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). De forma crítica, Saramago expõe toda a complexidade do mundo contemporâneo, não apenas para “tolerar” a diversidade, mas para a promoção de uma convivência harmônica, em que a igualdade seja reconhecida em todas as suas expressões, vencendo diferenças que discriminem e tutelando vulnerabilidades que debilitem.

A partir dessas considerações, o estudo parte de uma nova perspectiva no Direito Privado: a noção de vulnerabilidade² e de diversidade³ na sociedade a superar o paradigma moderno de igualdade entre os sujeitos de direitos, fundado no ideal individualista e voluntarista, cuja a única exceção foi a admissão do regime incapacidade.⁴ Tem como inspiração a obra dos professores doutores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, “O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis”⁵, em um contexto de pluralismo e de atenção à diferença propagado por Jayme, no que denominou de Pós-Modernidade, em que a ciência jurídica se volta à proteção dos direitos humanos.⁶

O papel dos direitos humanos nem sempre teve essa característica. Grear⁷ demonstra que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 teve como fundamento ideológico a

² Vide, por todos, MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Autonomia dos vulneráveis no direito privado brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima, BENICKE, Christoph; JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). **Diálogo entre o direito brasileiro e o direito alemão: fundamentos, métodos e desafios de ensino, pesquisa e extensão em tempos de cooperação internacional**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016, p. 44-45.

³ JAYME; Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Doordrecht, 1995, p. 41 et seq. Essa diversidade vem expressa na Constituição como objetivo da República: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 18 jan. 2018.

⁴ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 14.

⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, passim.

⁶ JAYME; Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Doordrecht, 1995, vol. 2 e _____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, Edição Especial Dr. honoris causa, v. I, n. 21, mar. 2003, p. 59-67.

⁷ GREAR, Anna. **Redirecting humans rights: facing the challenge of corporate legal humanity**. Basingstoke (U.K.): Palgrave Macmillan, 2010, p. 102.

necessidade de garantir o ideal do liberalismo, assegurando a centralidade do direito de propriedade e liberdade. No plano internacional, segue o discurso do homem abstrato da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 para o humano abstrato da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1949.⁸ Levi-Strauss salienta que esses instrumentos contêm, ao mesmo tempo, a força e a fraqueza de enunciar um ideal, muito frequentemente esquecido, em razão do fato de que o homem não realiza a sua natureza em uma humanidade abstrata, mas sim dentro de culturas tradicionais, em que, mesmo mudanças as mais revolucionárias, deixarão sempre subsistir integralmente formas antigas de pensar e sentir que encontram explicação em função de uma situação estritamente definida no tempo e no espaço.⁹

A dedicação conferida aos grupos vulneráveis se fez necessária para que aqueles direitos universais de natureza individual e social encontrassem instrumentos jurídicos hábeis a torná-los eficazes. Assim, instrumentos internacionais específicos foram sendo editados para dar conta dessa diversidade:¹⁰ Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1962; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, entre outros. Nesse sentido, especiais comitês das Nações Unidas se dedicaram a apontar e enfatizar a necessidade de particular atenção a grupos vulneráveis, como o Comitê Econômico e Social e o Alto Comissariado para Direitos Humanos. Para afirmação desses direitos, tem sido essencial o papel desempenhado pelas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos no reconhecimento do conceito jurídico de grupos vulneráveis.¹¹

No âmbito interno, o Código Civil também não daria conta da proteção da diversidade de pessoas para além do sujeito abstrato, em situações de vulnerabilidade.¹² O Direito Privado

⁸ GREAR, Anna. **Redirecting humans rights**: facing the challenge of corporate legal humanity. Basingstoke (U.K): Palgrave Macmillan, 2010, p. 105.

⁹ LEVI-STRAUSS, Claude. **Race et histoire**. Paris: Gonthier, 1961, p. 23.

¹⁰ PERONI, Lourdes; TIMMER, Alessandra. Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 4, out. 2013, p. 1063.

¹¹ PERONI, Lourdes; TIMMER, Alessandra. Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 4, out. 2013, p. 1063; BESSON, BESSON, Samantha. La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour Européenne. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Européens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 60 e ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La vulnérabilité saisie par la Cour Interaméricaine. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Européens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 105-110.

¹² Os autores salientam a historicidade da utilização do termo vulnerabilidade (abandonando termos como exclusão, marginalização, pobreza) como própria desse início do século XXI e o grande alcance em obras jurídicas e não-jurídicas, nas Cortes nacionais e internacionais. Vide SOULET, Marc-Henry. La vulnérabilité, une ressource a manier avec prudence. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Européens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 7.

moderno foi desenvolvido em função do paradigma da igualdade perante a lei,¹³ sendo o Código Civil a verdadeira Constituição do homem comum.¹⁴ Em razão do princípio da igualdade e da liberdade, os indivíduos poderiam realizar contratos e se obrigarem, tendo o Estado como garantidor de que os pactos seriam cumpridos (*pacta sunt servanda*). O contrato era concebido como o encontro das igualdades. Essa igualdade formal fortalece a função jurígena da vontade sobre certos padrões sociais estabelecidos a partir dos institutos da família, da autonomia privada e da propriedade.¹⁵

A lei tratou de distinguir aqueles que poderiam contratar e cujo efeito da vontade poderia produzir contratos válidos, daqueles que não poderiam exercer a autonomia privada e, portanto, não participar dos atos da vida civil. Para esses, estabeleceu o instituto da incapacidade, fulminando de invalidez os negócios jurídicos por esses indivíduos praticados sem que fossem corretamente representados ou assistidos.

Nesse sentido, o estudo das incapacidades vai demonstrar a maneira pela qual o Código Civil excluía esses indivíduos da realização de atos na vida civil para proteger o princípio da liberdade na sociedade. O Código elegia determinados grupos que não deveriam possuir capacidade de fato, conforme entendia que não teriam autonomia ou discernimento ou que a sua vontade deveria ceder em determinadas circunstâncias, como o caso da mulher casada. Com o tempo, o instituto da incapacidade foi se modificando, sendo que a primeira alteração veio com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 1962), conferindo-lhe capacidade que havia sido negligenciada pelo então Código de 1916. A principal alteração ocorreu apenas nessa década com o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 - que incorporou, no Brasil, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007:¹⁶ um novo paradigma de inclusão e respeito a sua autonomia.

Além disso, o Direito Civil clássico entendeu por proteger a vontade do sujeito que não era capaz por meio do reconhecimento da invalidez dos atos por ele praticados. A teoria das invalidades tratou de identificar a ausência de vontade livre e hígida no suporte fático do

¹³ JACQUES, Paulino. **Da igualdade perante a lei**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, passim.

¹⁴ Assim Miguel Reale na apresentação do Projeto de Código Civil ao Ministro da Justiça em 1984. *Apud* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: _____; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 20.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso: 21 jan. 2018.

negócio jurídico e, portanto, sem provocar efeitos no ordenamento civil. Essa perspectiva levava em consideração um paradigma de proteção: o patrimônio do incapaz.¹⁷ Para assegurar essa proteção, era necessário que o sujeito fosse interdito. A interdição significava o afastamento do sujeito de qualquer participação nos atos da vida civil.

A perspectiva de alteração do foco do Direito Civil clássico para a proteção da pessoa enquanto tal, abandonando o viés meramente individualista e patrimonialista¹⁸ e, portanto, como pessoa concreta,¹⁹ não significou o afastamento do paradigma de proteção. Esse paradigma de proteção é desenvolvido no princípio da vulnerabilidade, reconhecendo as diferenças entre os indivíduos e conferindo proteção legal na medida de suas diferenças. Conforme acentuam Marques e Miragem,²⁰ trata-se da incorporação do princípio da igualdade de Aristóteles: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.” Refletindo sobre o tema, Mello questiona: “quem são os iguais e quem são os desiguais?”²¹

Essa é a grande questão do Direito Civil contemporâneo: abandonar a igualdade meramente formal para atingir uma igualdade material. A vulnerabilidade se contrapõe à análise tradicional do modelo liberal de igualdade,²² com ênfase no Código Civil. O novo paradigma é pautado por princípios constitucionais, não apenas de proteção ao patrimônio, mas de proteção à pessoa, seus atos existenciais,²³ guiado pela influência dos direitos fundamentais.²⁴ Reconhece-se a diversidade enquanto valor na sociedade e, na diversidade, tutela-se as vulnerabilidades. A diversidade responde à premissa de liberdade, como fundamento do direito de ser diferente e ao respeito à diferença.²⁵

¹⁷ Nesse sentido o predomínio do direito patrimonial em todo o ordenamento jurídico. Vide MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1.

¹⁸ Vide FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 77 et seq.

¹⁹ RODATÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Milano: Edizione Scientifica, 2007, passim. No mesmo sentido, GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton de Moraes et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 165.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 10.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 11.

²² FINEMAN, Martha Alberston. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, 2008, p. 1.

²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 17, 1999, p. 21 et seq.

²⁴ Vide TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, passim. SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado**: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**. Porto Alegre/Brasília: Orquestra Editora, 2012, p. 35-58.

²⁵ MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 68.

A ideia de vulnerabilidade não é totalmente nova no Direito, tendo sua aparição no Direito positivo inicialmente no Direito Penal, tanto como forma de agravante como na forma de elemento do tipo penal.²⁶ Essa vulnerabilidade se expande para todo o Direito Privado, levando em conta a proteção da pessoa em um ambiente voltado não tanto para o individualismo de outrora. Trata-se, como expõe Marques, de uma busca para um Direito Privado mais solidário, em que a solidariedade está no meio do caminho entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*), com o seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*).²⁷

Se todos são iguais na forma, é preciso reconhecer suas diferenças concretas que merecem uma tutela de vulnerabilidade do Direito Privado. Esse golpe no Direito Civil clássico quanto à permanência do postulado da igualdade formal entre os indivíduos já vinha sendo desferido pelo Direito do Consumidor,²⁸ em que a vulnerabilidade desse agente é determinada e reconhecida tanto por lei como pela própria Constituição Federal. Reconhece-se a insuficiência do paradigma voluntarista da liberdade formal, eis que contratantes em posição de inferioridade econômica, premidos por suas necessidades, eram levados a celebrar contratos desvantajosos, cabendo ao ordenamento, independentemente, ou mesmo contra a vontade das partes, intervir para proteger a parte mais fraca da relação.²⁹

No Direito de Família, o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90) reconhece a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento a merecer proteção especial. Posteriormente, outras leis marcaram o reconhecimento de diversidade e vulnerabilidade, como o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), e mais recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) que modificou profundamente o regime das incapacidades.

Também a interpretação jurídica tem provocado essa mudança no Direito Privado clássico. Esse viés solidário tem despontado em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem expressamente a necessidade de proteger alguns indivíduos

²⁶ GARONNAIRE, Jean-Eric; PICOT, Florent. L'aide a la personne. In: COMBRET, Jacques et al. **Les personnes vulnérables**. Strasbourg, 102e. Congres des Notaire de France, 2006, p. 24.

²⁷ MARQUES, Claudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro. In: GRUNDMANN, Stefan, et al. **Direito privado, constituição e fronteiras**. Porto Alegre/Brasília: Orquestra Editora, 2012, p. 122.

²⁸ Vide, por todos, MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. (livro eletrônico). 2. ed. (e-book) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, passim.

²⁹ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, maio /jun. 2015, p. 104.

socialmente estigmatizados ou excluídos,³⁰ que simplesmente não são iguais na sociedade contemporânea, demonstrando que o papel do Direito³¹ deve se atentar para o seu reconhecimento enquanto pessoas e sua proteção enquanto vulneráveis.

O que se propõe, nessa tese, é estudar de que forma as pessoas precisaram se tornar iguais (igualdade perante a lei) para se reconhecerem diferentes. Conforme aponta Galindo, “em nossos dias, parece que é necessário defender a diferença para que a igualdade seja factível em suas potencialidades.”³²

Nessa perspectiva, sugere-se a superação do instituto da incapacidade tal qual delineada nas codificações para uma perspectiva *in concreto* da proteção à pessoa a partir do conceito de vulnerabilidade e diversidade no Direito Privado. Trata-se da “repersonalização”³³ ou “personalização”³⁴ desse regime das incapacidades, por isso a referência no título à proteção das pessoas, em um ambiente de prevalência da dignidade humana, uma verdadeira constitucionalização e funcionalização do regime das incapacidades.³⁵

As incapacidades que definiam o sujeito em abstrato, retirando qualquer produção de efeito de sua vontade no mundo jurídico, passam por uma nova leitura no contexto de pluralismo jurídico. É preciso reconhecer a autonomia da pessoa no mundo civil, considerando suas vulnerabilidades e diversidades decorrentes quer sejam de “fatores naturais”, como idade ou deficiência, quer sejam de fatores socioeconômicos, como gênero, etnia e posição econômica. A autonomia do Direito Privado, hoje, deve ser pensada em função da vulnerabilidade.³⁶ Mas nem sempre foi assim, no passado, a exceção à autonomia ocorria

³⁰ Entre outras decisões, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009.

³¹ LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito**. 2. ed. Trad.: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, passim.

³² GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

³³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14

³⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43. O uso da expressão, segundo os autores, serve para “permitir a modulação de seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude.”

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 708. Vide também PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 168. Nessa obra, o autor desafia: “uma releitura constitucional seja dos limites à incapacidade estabelecidos de forma rígida, seja daqueles que impedem atos e atividades, ou daqueles interruptivos, constitui uma tarefa a ser cumprida.”

³⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEDIA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 46.

apenas pelo regime de incapacidade. Por isso a tese trata, nas suas duas partes estruturantes, da autonomia privada, em um primeiro momento no paradigma da igualdade formal e, na segunda parte, no alcance da igualdade material.

Os incapazes de ontem – menores, loucos de todos os gêneros, surdos-mudos, mulheres casadas, silvícolas, pródigos – passam a ser reconhecidos, no Direito Privado, enquanto pessoas, cuja autonomia deve ser preservada e protegida, sem, no entanto, deixar de reconhecer suas vulnerabilidades e diferenças. De um estado que decorria da “natureza das coisas” passa-se a um estado em que a vulnerabilidade e diversidade são reconhecidas como resultado da vida em sociedade.³⁷

Não obstante, são recategorizados, levando-se em conta a necessidade de proteção enquanto pessoas vulneráveis ou simplesmente diferentes: crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, mulheres, indígenas e consumidores, especialmente na categoria de superendividados, fazendo um paralelo com a prodigalidade do Direito Civil clássico. A metodologia empregada para fazer essa transição no Direito Privado leva em conta a análise da doutrina estrangeira e nacional a respeito do conceito de vulnerabilidade no Direito Civil contemporâneo de forte viés constitucional e solidário. Examinam-se as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, a partir de um verdadeiro diálogo³⁸ com a legislação nacional, demonstrando a influência exercida por esses diplomas no próprio conceito de grupos vulneráveis a serem examinados. Trata-se do uso de uma metodologia histórica e dialética, que propõe revisitar o histórico regime das incapacidades, confrontando suas categorias à atualidade.

Para demonstrar a necessidade de readequação do Direito Privado, buscou-se uma incursão nos indivíduos considerados incapazes do início das codificações para promover sua reinserção na sociedade contemporânea enquanto capazes, mas merecedores de tutela especial na medida de suas vulnerabilidades ou, ainda, em alguma hipótese, preservando a incapacidade deixada pela legislação às crianças e adolescentes apenas, mas com uma nova leitura constitucional em que a vontade desses sujeitos passa a ser valorizada pelo ordenamento. Essa vulnerabilidade não é inerente ao sujeito, nem permanente, nem contínua, ela se apresenta como intermitente e descontínua, dependendo de uma situação determinada.³⁹ Em alguns pontos, a

³⁷ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 18.

³⁸ Vide, por todos, MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____ (Org.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, passim.

³⁹ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 18.

vulnerabilidade é estrutural, como é a desigualdade na sociedade, a merecer uma vigilância permanente do Estado.⁴⁰ Portanto, o método proposto analisa também alguns julgados que servirão de balizamento para a verificação dessa transição, demonstrando a crescente aceitação dessa premissa de vulnerabilidade e diversidade na prática judiciária.

Assim, não significa que os grupos analisados esgotem a consideração de vulnerabilidade para o Direito Privado. Servem apenas de análise demonstrativa para a proposição da tese de superação da igualdade formal, delineada pelo Direito Civil clássico. É possível identificar outros grupos vulneráveis como a doutrina⁴¹ e a jurisprudência⁴² têm fortemente demonstrado, mas que serão apenas ligeiramente mencionados como superação do paradigma formal de igualdade perante a lei. Tampouco a capacidade é totalmente abandonada, pois serve à função e proteção das crianças e adolescentes, porém convivendo com autonomia e respeito à consideração de pessoa em desenvolvimento. O regime de incapacidade, de outro lado, deixa de ser considerado enquanto categoria apriorística de sujeitos, do qual a lei afasta da prática de atos da vida civil, como loucos, menores, mulheres, etc.

A consequência se reflete na teoria das invalidades, uma vez que não se considera a vontade livre e com discernimento enquanto suporte fático do negócio jurídico, mas se reconhece a produção de efeitos da vontade proferida por essas pessoas. A invalidade será

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 68.

⁴¹ Na obra “O direito privado e a proteção dos vulneráveis”, os autores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem abordam também o grupo dos analfabetos e das futuras gerações. Vide MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 164 et seq. No direito estrangeiro, vide GHESTIN, Jacques; FONTAINE, Marcel. **La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges**. Paris: LGDJ, 1996. Outras obras também se dedicam ao estudo de grupos vulneráveis no ordenamento jurídico. Vide FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. Reconhecendo a vulnerabilidade econômica com o mesmo status de vulnerabilidade intelectual ou física, vide COMBRET, Jacques et al. **Les personnes vulnérables**. Strasbourg: Crédit Agricole Partenaire des Notaires, 2006. Vide também PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴² Nesse sentido, o precedente citado do Superior Tribunal de Justiça que referencia a necessidade de reconhecimentos dos doentes celíacos como vulneráveis e merecedores de tutela diferenciada. No voto do Min. Herman Benjamin: [...]“afastá-los da cobertura da lei, como pretexto de que são estranhos à generalidade de pessoas é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem em sociedade. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp. 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009. No direito da seguridade social, cita-se o exemplo do enunciado da súmula 78 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, ao considerar a estigmatização social da AIDS e não apenas o aspecto médico: “Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.” BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula n. 78. 2014.

reconhecida enquanto ordem de proteção dos valores erigidos pelo ordenamento jurídico na perspectiva de tutela da pessoa. A invalidade merece análise no confronto de uma ordem pública de proteção, tal qual estabelecida pelas cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor.⁴³ Veja-se que essa perspectiva finalista é reconhecida no Código de Processo Civil de 2015, ao dispor que não se reconhecerá nulidade quando a decisão de mérito favorecer a parte cuja nulidade deveria ser decretada.⁴⁴ Também os efeitos dos atos praticados pelos vulneráveis não passam despercebidos pela ciência jurídica, como outrora, pugnava-se em relação aos sujeitos incapazes.

Dessa forma, renovam-se também os institutos de proteção: da exclusão do sujeito da prática dos atos civis (morte civil) à sua inclusão e integração.⁴⁵ Como exemplo desse renascimento e participação da pessoa, propõe-se a análise de uma nova perspectiva para a curatela e a da tomada de decisão apoiada para o caso das pessoas com deficiência e uma nova abordagem para as pessoas que se encontram em dívidas, aprovando-se uma modificação legislativa para o tratamento ao superendividamento como superação do paradigma da interdição por prodigalidade e da insolvência civil, que alija o sujeito da administração de seus bens, submetido a *capitis diminutio* até a extinção de suas obrigações.⁴⁶

Nessa tese, apresenta-se, em um primeiro momento, o estudo das incapacidades em um contexto marcado pelo ideal moderno de igualdade dos sujeitos perante a lei. Por meio do instituto da incapacidade, a lei fulminou de invalidade os atos praticados por esse sujeito com viés protetivo em relação ao seu patrimônio, assinalando a necessidade de que sua vontade, e, portanto, seu papel na sociedade, fosse substituído por seu representante legal. Na segunda

⁴³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. (livro eletrônico). 2. ed. (e-book) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 e NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: PELLEGRINI, Ada et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 466 et seq.

⁴⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 282: [...]§ 2º. Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.” Ainda, o CPC reconhece o paradigma de vulnerabilidade para decretação de nulidade dos atos, como se observa no seguinte dispositivo: “Art. 190: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164-165. O autor compara a disciplina da interdição à morte civil: “A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’.”

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil**: execução por quantia certa contra devedor insolvente. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 61.

parte, a proposição de um Direito Privado de proteção à pessoa, marcado por um viés solidário, abandonando o dogma da incapacidade com substituição do sujeito e da nulidade enquanto ausência de perfectibilização do negócio jurídico. Propõe-se a consideração a respeito da vulnerabilidade da pessoa tal qual o papel diferente que exerce na sociedade e a possibilidade de produção de efeitos jurídicos. Procura-se analisar as vulnerabilidades de hoje a partir do significado que possuíam na vida civil moderna enquanto incapacidades, em que a igualdade era estabelecida como dogma. A grande revolução⁴⁷ ocorre com o advento da Lei de Inclusão, Lei 13.146/2015, que fulmina o instituto da incapacidade tal qual delineado no Código Civil até então, cabendo à dogmática entender e (re)sistematizar o papel do Direito de proteção à pessoa.⁴⁸

⁴⁷ O termo revolução é proposital por expressar a mudança de paradigma no que tange ao instituto das incapacidades para as pessoas com deficiência. Vide TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015 – altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 418.

⁴⁸ MORAES, Maria Celina de. Professores ou juízes? Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em <www.civilistica.com>. Acesso em: 7 nov. 2017.

2 AUTONOMIA DA VONTADE E A IGUALDADE FORMAL DOS SUJEITOS: CAPACIDADE E NULIDADE COMO PROTEÇÃO DA LIBERDADE NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO INDIVIDUALISTA

A igualdade, no Direito Privado, está elencada logo no primeiro artigo do Código Civil “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”,⁴⁹ seguindo a tradição dos Códigos modernos em conferir personalidade jurídica a totalidade dos indivíduos. Segundo Azevedo, trata-se de um verdadeiro manifesto da igualdade, querendo significar, todo o homem, toda mulher, toda criança, todo idoso.⁵⁰ Essa personalidade jurídica se traduz na capacidade genérica de ser titular de direitos e deveres, participando de uma relação jurídica.⁵¹ O sujeito moderno, o contratante, é também o bom pai de família que analisa o seu ato com toda a lucidez que é necessária para agir com liberdade, de acordo com a sua vontade.⁵²

Conforme ressalta a doutrina clássica, a própria noção do termo jurídico pessoa estava atrelada à noção de vontade:

[..] não é possível, portanto, atribuir direito a quem não faz parte daquela sociedade e nem possui essa vontade. Só o homem, em última análise, pode ser sujeito de direito, quer seja isoladamente (pessoa natural), quer seja em coletividade ou agremiação (pessoa jurídica).⁵³

⁴⁹ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

⁵⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: _____; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 20.

⁵¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214. Posteriormente, Tepedino aponta também para outra noção de capacidade, relacionada ao conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 inaugura a tutela dos direitos de personalidade. Vide TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 29. Também disponível em <https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁵² BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d’une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 31.

⁵³ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

Segundo Dantas, a incapacidade vem de um fato natural que é a insuficiência de vontade, do qual o direito é obrigado a reconhecer e a dar-lhe consequência jurídica.⁵⁴

A maioria dos autores assimila o conceito de pessoa com o de sujeito de direito a integrar uma relação civil.⁵⁵ Aponta Prata a historicidade desse conceito, relacionando o sujeito à propriedade: “a atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial, encontra-se estritamente vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade.”⁵⁶ O Código napoleônico veio a dar satisfação ideológica na concepção abstrata dos direitos originários dos indivíduos, na ampla tutela do direito de propriedade como projeção natural da personalidade do homem sobre o mundo exterior.⁵⁷ A afirmação da personalidade se vincula a ideia de titularidade.⁵⁸

Tanto é assim que Dantas salienta que o conceito de pessoa no Direito romano era distinto, “pois o escravo não tinha a personalidade, faltava-lhe o *status libertatis* e, por conseguinte, ele não era uma *persona*.”⁵⁹ Para Szaniawski, no entanto, o termo *caput* não se confundiria com capacidade jurídica, nem com pessoa, possuindo personalidade o escravo ao nascer, pois não decorrente de lei.⁶⁰ Como sua liberdade era confiscada, a sua capacidade de direito estava extremamente limitada.⁶¹ Esse também era o pensamento de Teixeira de Freitas para quem, inclusive o escravo era pessoa, pois tinha aptidão para adquirir direitos.⁶² Foi a

⁵⁴ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 174.

⁵⁵ Vide DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 169. Em sentido contrário: EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 28: “o sujeito de direito jamais poderia, como quer a doutrina tradicional, igualar-se à pessoa, visto que esta última traduz apenas o ente que participa em concreto de certa relação jurídica: em um caso pode-se ter como sujeito de direito uma pessoa natural, em outro, uma pessoa jurídica.”

⁵⁶ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982, p. 7.

⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: MORAES e BARROS et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 502.

⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 94.

⁵⁹ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 169. Eberle salienta, no entanto, que essa concepção veio no período pós-clássico do direito romano. Nas institutas de Gaio, o termo pessoa serviria como sinônimo de *caput* para o homem em geral, inclusive os escravos. A partir de então, só detinha o estado de pessoa aquele que, nascido vivo de mulher, possuísse forma humana e ainda fosse livre e cidadão romano. Haveria uma distinção entre a noção de pessoa e ser humano que somente viria a cindir com a influência da doutrina cristã, da dignidade do homem enquanto filho de Deus. Vide EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 31.

⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20.

⁶¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

⁶² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil: Esboço**. V. I. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 14-15.

influência do Cristianismo que abandonou essa discriminação,⁶³ trazendo uma noção de dignidade como uma substância racional, que irá identificar-se com a liberdade.⁶⁴

A Modernidade é responsável por introduzir o valor liberal da igualdade formal pela via indiscriminada de personalidade civil, mediante o tratamento legislativo paritário a todos os indivíduos. Esse salto qualitativo, conforme esclarece Rosenvald, permitiu o acesso ao estatuto das titularidades e difusão de uma ordem de mercado.⁶⁵

Ao lado da igualdade, estava o postulado da liberdade como ideal moderno, firmado na exigência jusnaturalística. Uma liberdade identificada com o liberalismo econômico, decorrente da tradução de regras jurídicas das relações de força mercantis.⁶⁶ No âmbito privado, traduziu-se na autonomia,⁶⁷ do ponto de vista do sujeito, de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.⁶⁸ Segundo Amaral Neto, a autonomia privada constituiu-se em um espaço de atuação que é conferido pelo direito imperativo para que se pudesse regular a sua atividade jurídica. Essa regulação ocorreria conforme a atuação desses particulares na vida privada, diretamente ligada ao direito de propriedade, dentro de um sistema de mercado, em que o negócio jurídico fosse o instrumento.⁶⁹

Esses postulados também se refletiriam na teoria das invalidades. O princípio fundamental por trás da validade e eficácia vinculante dos contratos seria a liberdade de contratar. Essa liberdade, todavia, era apreendida sob uma perspectiva puramente formal: se o contratante manifestara a vontade livremente, estaria adstrito ao contratado (*pacta sunt servanda*), mas se essa manifestação de vontade fosse perturbada de alguma forma, o ordenamento intervinha para liberá-lo dos efeitos daquele negócio e assegurar sua autonomia. Tratava-se de um Direito contratual fundado sobre o dogma da autonomia da vontade.⁷⁰

⁶³ GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**: Les personnes. Paris: LGDJ, 1989, p. 14.

⁶⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 93.

⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

⁶⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982, p. 10.

⁶⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como fundamento da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, abr./jun. 1999, p. 207-230. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 29 maio 2017, p. 212.

⁶⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como fundamento da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, abr./jun. 1999, p. 207-230. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 29 maio 2017, p. 221.

⁷⁰ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, maio /jun. 2015, p. 104.

Miragem distingue o conceito de autonomia privada de autonomia da vontade, o primeiro como “a capacidade ou esfera individual reconhecida pelo Direito para que as pessoas autorregulem parcela de seus interesses de acordo com sua vontade, em espaço de liberdade delimitado pelo ordenamento jurídico.”⁷¹ Já a autonomia da vontade estaria ligada à noção de livre-arbítrio erigida na modernidade, segundo o ideal de liberdade, como escolhas derivadas da razão pura.⁷²

Na ciência jurídica do século XIX, a vontade era a pedra angular de todo o sistema. A concepção de vínculo contratual, desse período, está centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual.⁷³

Salienta-se a correlação entre negócio jurídico e autonomia privada, dizendo-se que se a autonomia privada é o poder de autodeterminação, o negócio jurídico é o instrumento através do qual o poder de autodeterminação se concretiza.⁷⁴ Conforme Betti, a sua noção está estritamente ligada à iniciativa privada e a atividade do sujeito como expressão da própria liberdade.⁷⁵ Nesse contexto, a importância do desenvolvimento da filosofia racionalista de Kant e a noção do sujeito como ser racional, livre e capaz de se comportar de acordo com essa vontade racionalizada.⁷⁶ Kant denomina de autonomia da vontade o princípio pelo qual o homem se torna legislador universal de suas próprias normas a fim de, como ser racional, buscar “um reino dos fins.”⁷⁷

Pierlingieri aponta que, desde a teoria voluntarista à teoria preceptiva e normativa de Betti do negócio jurídico, tem-se ainda o dogma da vontade.⁷⁸ No primeiro caso, prevalece a tutela de quem manifesta a vontade; no segundo, a confiança do destinatário se realiza sobre aquilo que o declarante manifestou ao exterior, não sobre o que ele desejou.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 138.

⁷² O autor cita Kant para afirmar “o direito é o conjunto das condições pelas quais o arbítrio de cada um pode harmonizar-se com o arbítrio dos demais, segundo uma lei universal de liberdade.” Vide MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139.

⁷³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 59.

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 240.

⁷⁵ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 44.

⁷⁶ KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45 et seq.

⁷⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcelona, 2009, p. 257.

⁷⁸ PIERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340.

Na concepção clássica de negócio jurídico, a vontade estaria tanto na essência que qualquer vício deveria acarretar nulidade e não simplesmente anulabilidade. Essa concepção estava adequada à primeira metade do século XIX, em que a proteção de terceiros não era objeto de consideração na teoria do negócio jurídico, ou pelo menos, não tinha essa orientação grande número de seguidores.⁷⁹ A proteção a terceiros levou a que cada vez mais se restringisse a possibilidade de invalidar o negócio em decorrência do erro do emitente na declaração ou mesmo em razão de coação (*vis compulsiva*).

A percepção em relação ao papel da vontade reflete diretamente nas disposições que tratam do problema da invalidade. Parte da doutrina⁸⁰ denomina esses defeitos como vícios de consentimento, relativamente às causas que distorcem a vontade. Esses vícios integram a anulabilidade para o ordenamento jurídico brasileiro, refletindo um grau mais ameno de invalidade. Para Betti, o fundamento da anulabilidade não encontra respaldo em razões estritamente lógicas, mas em razão de oportunidade prática, valorizada do ponto de vista político-legislativo.⁸¹ Couto e Silva, ao analisar a afirmação de Betti, expõe que o negócio jurídico para esse autor obedece também a uma conveniência prática, sendo a vontade algo que pertence ao passado e os efeitos do negócio dependentes da ordem jurídica em conformidade com a sua função.⁸² Pode-se verificar que a “ausência” de vontade ou a vontade viciada terão consequências na teoria dos planos do negócio jurídico, podendo gerar inexistência, nulidade ou anulabilidade.

A centralização do negócio jurídico como manifestação da vontade decorreu da implantação do modo de produção capitalista e a necessidade de universalização dos conceitos: “todos passam necessariamente a ser proprietários ou de bens que lhe permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam. Por isso, todos passam a ter capacidade negocial.”⁸³ A personalidade passa a afirmar a possibilidade de o sujeito ter liberdade na economia liberal, afirmando a ideologia de mercado.

Conforme acentua Schmidt Neto, difunde-se o paradoxo de que todos são absolutamente iguais e merecedores de idêntico tratamento por parte da lei. O discurso é repetido tantas vezes

⁷⁹ COUTO e SILVA, Clóvis. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p. 238-270, jan. /mar., 1985, p. 259.

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 364.

⁸¹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 30 e seq.

⁸² COUTO e SILVA, Clóvis. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, v. 37, jan. /mar. 1985, p. 255.

⁸³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982, p. 9.

que passa a fazer parte do senso comum imaginário. E como, talvez, nesse quadro da História, fosse mesmo melhor sentir-se igual ao outro, depois de tantos séculos de discriminação por não ter nascido em família nobre, o sonho da igualdade foi vivido por muitos.⁸⁴ O beneficiário da subjetividade foi o homem burguês, maior, alfabetizado e proprietário. A subjetividade dos demais humanos era cancelada, com a sua conseqüente exclusão da esfera pública e redução da capacidade patrimonial, garantindo a liberdade na tutela da propriedade e convertendo o direito em guardião da ordem econômica do mercado.

Mas embora, em tese, todos sejam iguais e livres na sociedade, a própria lei civil distinguiu aqueles que podem ou não praticar atos jurídicos, diferenciando a capacidade de direito da capacidade de fato. A capacidade de direito, ou simplesmente jurídica, advém da personalidade como uma aptidão genérica de adquirir direitos.⁸⁵ A capacidade de fato ou exercício, embora pressuponha a primeira, diz respeito ao exercício da autonomia do sujeito, ou seja, ao exercício da autonomia privada de forma independente.

A doutrina clássica, de tradição francesa, distingue o gozo (*jouissance*) com o exercício dos direitos civis.⁸⁶ Essa distinção era percebida, no Direito romano, no sentido de que a “manifestação da personalidade” requer como a capacidade de fato, “o compreender, o querer e o poder.” (*Homo autem constate x animo et corpore; et est nosse, vele, et quidem posse tum animum, tum corpore, quia utroque constat*).⁸⁷ Teixeira de Freitas assinalava algumas proibições legais como incapacidade de direito, distinguindo os graus de capacidade:

[...] quando os atos são diretamente proibidos, as pessoas são incapazes de direito; quando não são diretamente proibidos, mas há impedimento de praticá-los, as pessoas são incapazes de fato. Os pais não podem dispor em testamento além da sua terça; eis uma incapacidade de direito, havendo capacidade de fato. Os menores não podem comprar bens, mas por eles os pode comprar o tutor autorizado pelo juiz: eis uma incapacidade de fato, havendo capacidade de direito.⁸⁸

⁸⁴ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

⁸⁵ EBERLE aponta que para a maioria dos doutrinadores elas seriam categorias idênticas. No entanto para ASCENSÃO, “a personalidade é qualitativa, enquanto que a capacidade é quantitativa desse atributo.” Vide EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 46.

⁸⁶ Citando Demolombe, vide CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. V. 2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 519. Vide também GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil: Les personnes**. Paris: LGDJ, 1989, p. 24.

⁸⁷ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 231.

⁸⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Apud CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. V. 2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 522.

Para Teixeira de Freitas, personalidade e capacidade de direitos eram conceitos distintos.⁸⁹ A personalidade como conceito absoluto – de pessoa, sendo que a capacidade de direito como “grau de aptidão”. Todas as proibições dirigidas às pessoas constituíam para o autor diminuição na capacidade de direito e se apresentavam em algum momento da vida.⁹⁰

Outros autores trazem a capacidade de direito como absoluta,⁹¹ decorrente da própria personalidade. Essa similitude entre personalidade e capacidade teria sido atribuída à Savigny para quem toda a relação jurídica se dá com pessoas capazes.⁹² Beviláqua também assimila personalidade e capacidade.⁹³ Para Pereira, há uma relação de complementariedade entre ambos institutos: “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele.”⁹⁴ A restrição legal a determinado exercício de direito não importa em incapacidade jurídica.⁹⁵ Distinguiu-se, na doutrina, a incapacidade que diz respeito a todos os atos, da legitimidade, uma espécie de capacidade específica para o ato.⁹⁶

Mas além dessa divisão, a doutrina entendia também que, na teoria do negócio jurídico, a capacidade de agir poderia se dividir em

⁸⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas – superação e permanência. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

⁹⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas – superação e permanência. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

⁹¹ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 172.

⁹² CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: O estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

⁹³ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, p. 53. Ao comentar o art. 2º do Código Civil de 1916, afirma: “aqui o Código define, antes a personalidade, que equivale à capacidade de direito.”

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 225.

⁹⁵ Vide PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 232: Não se confunde também com a incapacidade a proibição que a lei estabelecer a que certas pessoas realizem certos negócios jurídicos, como, por exemplo, fazer contratos com outras pessoas determinadas, ou quanto a bens a elas pertencentes. A lei proíbe o tutor adquirir bens do pupilo (art. 1749 do Código Civil); interdiz, sob pena de anulação, aos ascendentes vender aos descendentes, sem o expresse consentimento dos demais descendentes (art. 469 do Código Civil). Tais casos, e outros previstos expressamente, importam em impedimento para determinado ato jurídico, mas não traduzem incapacidade do tutor ou ascendente, que conservam poder livre do exercício dos direitos civil.”

⁹⁶ Segundo Venosa: “A legitimação consiste em averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda a pessoa tem capacidade para comprar ou vender. Contudo, o art. 1.132 do Código Civil estatui: ‘os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.’ Desse modo, o pai, que tem capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos.” VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2001, p. 139. A referência do artigo é do Código Civil de 1916, atual art. 496 do CC 2002.

[...]a.a) a capacidade negocial, (a.b) a capacidade de praticar ato jurídico *stricto sensu*, (a.c) a capacidade de praticar ato-fato jurídico, (a.d) a capacidade de praticar ato ilícito civil (a.d.a) relativo e (a.d.b) absoluto, (ato ilícito *stricto sensu*) e (a.e) a capacidade para obrigar-se por ato ilícito; (b) a capacidade para comerciar.”⁹⁷

A partir da construção dessas categorias foi possível manter a estrutura da teoria do negócio jurídico na concepção clássica das pessoas designadas no Código Civil como capazes ou incapazes. A capacidade para praticar ato-fato, como pintar um quadro, caçar ou pescar poderia ser exercida pelos sujeitos incapazes como os loucos e menores, já que não há vontade no suporte fático da ação.⁹⁸

O conceito de capacidade visa a distinguir os sujeitos conforme essa possibilidade de exercício e se firmou para proteger aqueles que não conseguem manifestar vontade,⁹⁹ ou cuja vontade não constitui suporte do ato jurídico, ou ainda, que não deve ter valor, como no caso das mulheres casadas. Costumava-se dizer que a capacidade é a medida da personalidade, pois para alguns ela é plena e para outros, limitada.¹⁰⁰

2. 1 A igualdade como ideal: apontando diferenças, construindo incapacidades

No contexto do Direito Civil moderno, reconhecia-se uma igualdade teórica e abstrata entre os sujeitos. Essa igualdade era partilhada por todos os sujeitos como ideal, e tal qual, inatingível para alguns. A subjetividade dos demais indivíduos era cancelada com a consequente exclusão. Em razão de “imperfeições”, fraquezas de determinados sujeitos, a eles era destinado um regime especial: o direito das incapacidades.¹⁰¹ O sistema neutro do Direito Civil clássico se desinteressa pelas singularidades, revelando que os diferentes devem possuir um sistema protetivo próprio: serem submetidos ao regime da incapacidade civil. Assim, explica Fachin em relação à capacidade: “A incapacidade, ao contrário do que possa parecer, não é apenas um conceito técnico, mas também ideológico, que tem um valor situado no momento anterior à definição jurídica.”¹⁰²

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das incapacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, jul./set. 2000, p. 10.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

⁹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro, 1949, p. 45.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104. Vide AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 284.

¹⁰¹ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 16.

¹⁰² FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 180.

Nesse âmbito do Direito Civil, os defensores do primado da igualdade perante a lei enfatizaram a necessidade de que o Direito destinasse proteção especial a determinadas pessoas.¹⁰³ Assim, construiu-se o instituto da capacidade que, conforme refere Pereira, nasce “de uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável.”¹⁰⁴ Além da hipótese de deficiência, a incapacidade também visa a assegurar a dominação do chefe da família, de forma a colocar sob o seu poder tanto os menores como as mulheres.¹⁰⁵

O regime de incapacidade foi construído a partir de uma concepção metafísica capaz de cancelar a realidade fragmentária e conflituosa da vida por conceitos técnicos, legitimando sob o viés jurídicos dicotomias como certo e errado; bem e mal,¹⁰⁶ e, portanto, apontando e identificando os diferentes. Por isso, diz-se da capacidade um juízo de tudo ou nada.¹⁰⁷

A doutrina abraçou tal distinção como fonte de proteção, conforme salienta Eberle:

Se tal procedimento é discriminatório, não traz ele, porém, qualquer prejuízo aos que se encontrem submetidos ao regime especial de incapacidade de exercício: contrariamente, ao instituir esse sistema, a lei apenas atesta que certas limitações fáticas podem efetivamente comprometer o livre exercício dos direitos, de modo que o cerceamento à atuação dessas pessoas se impõe como medida necessária a proteção de seus próprios interesses.¹⁰⁸

A capacidade de fato, também denominada de capacidade de exercício ou de ação, é conceituada pela doutrina como a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil.¹⁰⁹ Incapacidade, nesse sentido, é restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei, aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.¹¹⁰

¹⁰³ JACQUES, Paulino. **Da igualdade perante a lei**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 170.

¹⁰⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 230.

¹⁰⁵ BRUN, Anne-Sophie; GALLIARD, Camille. La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée: évolution historique de 1804 à nos jours. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 149.

¹⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 94.

¹⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54.

¹⁰⁸ EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 138.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. I, 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61, VENOSA, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2003, p. 139 e GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil I**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 105.

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 113.

O instituto da capacidade se divide em incapacidade absoluta e relativa. No primeiro caso, considera determinados sujeitos “inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participação no comércio civil;”¹¹¹ de outro lado, os que são “mais adequados à vida civil, portadores de um déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável.”¹¹²

Os absolutamente incapazes são representados, ou seja, terceiros agem por seu nome. Sua vontade não é considerada no âmbito jurídico. O Direito afasta-os da atividade jurídica por acreditá-los sem o necessário discernimento, o que lhe impede a manifestação de vontade;¹¹³ nas palavras de Santos, sem a “necessária aptidão.”¹¹⁴ Os representantes agem em seu nome, “falam, pensam e querem por eles.”¹¹⁵ Já os relativamente incapazes são assistidos por terceiros, mas sua participação no ato é indispensável.

Interessante observar que a doutrina, baseada no Código Civil de 1916, já considerava determinados atos insuscetíveis de representação ou assistência, distinção essa que muitos autores contemporâneos irão defender para sustentar a autonomia das pessoas, ainda que incapazes, como será tratada na segunda parte desta tese. Isso porque a incapacidade é sempre vista do ponto de vista patrimonial, pois o sujeito é quem atua na economia de mercado. Interessante o posicionamento de Santos nesse sentido: “certos direitos existem, que, por exceção, não podem ser exercidos senão pelas próprias pessoas a quem são atribuídos. Tais são os direitos de casar ou dispor de seus bens por testamento.”¹¹⁶

Trabalhando de forma crítica o regime de incapacidade, Rosenvald assinala que sua gradativa classificação se apresenta “em três níveis – do céu ao inferno, passando pelo purgatório da incapacidade relativa.”¹¹⁷ Nessa perspectiva, a abordagem do regime das incapacidades trata, em um primeiro momento, de uma igualdade no horizonte, aquela longe e

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 233.

¹¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 233.

¹¹³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 284.

¹¹⁴ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 252.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

¹¹⁶ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 232.

¹¹⁷ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 95.

inacessível, mas que permanece visível como objeto de desejo, cuja consequência para os sujeitos (absolutamente) incapazes, que se encontrem nesse rol, é de torná-los invisíveis, substituídos, por esse ideal de igualdade. Na segunda parte, serão tratados aqueles que não estão invisíveis, mas ofuscados, pelo ideal de igualdade. Estão a um passo dessa igualdade, mas como todo ideal, seu alcance, embora próximo, é sempre inatingível; como se esse passo se renovasse a cada momento de finalizá-lo, demonstrando-se mais distante do que aparentemente se apresenta.

2.1.1 A igualdade no horizonte: sujeitos invisíveis e substituídos – o regime dos absolutamente incapazes

Primeiramente, deve-se salientar que toda a incapacidade decorre de lei, ou seja, cabe ao Código Civil definir as hipóteses de *capitis diminutio*,¹¹⁸ denunciando, por isso mesmo uma variação, no tempo, daquelas pessoas consideradas capazes ou não.

Na redação original, o Código Civil de 1916¹¹⁹ elencava as seguintes pessoas como incapazes:

Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I. Os menores de dezesseis 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.

Já Código Civil de 2002¹²⁰ dispunha quanto aos absolutamente incapazes:

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.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 232.

¹¹⁹ BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹²⁰ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

Os elencados nesse rol pelo Código Civil são apartados da realização de negócios jurídicos, não participam direta ou pessoalmente de qualquer ato. Devem ser representados, e a prática do ato sem representação gera nulidade absoluta (art. 166, I, do Código Civil).¹²¹

O Código Civil elencou os fatores de incapacidade: a idade, a loucura (posteriormente, a enfermidade ou deficiência mental), a surdo-mudez, a ausência; essas duas últimas no âmbito do Código de 1916 e, no Código de 2002, acrescentou ainda a impossibilidade de exprimir vontade mesmo por causa transitória.

2.1.1.1 Os menores de dezesseis anos

Os primeiros na lista são as crianças e adolescentes até os 16 anos. Veja-se que essa incapacidade é repetida no Código Civil de 2002. Esse critério biológico, conforme salienta Pereira, é arbitrário pelo legislador e aplicado, de acordo com o princípio da igualdade, a todos na mesma situação, mesmo que pudesse ser possível encontrar alguns com maturidade mais desenvolvida. Além disso, esse limite atenderia a estabilidade das relações sociais.¹²²

No Direito pré-codificado, levava-se em conta a puberdade para distinguir a menoridade. Eram absolutamente incapazes os menores impúberes: o varão de menos de 14 anos e a mulher de menos de 12, porque privados de aptidão para procriar.¹²³ Dantas¹²⁴ salienta que, no Direito romano, a incapacidade dos menores tinha uma razão muito diversa, vez que só o *pater familias* tinha um patrimônio. Assim, o *filius familias* não tinha capacidade jurídica, pela simples razão de que ele não tinha patrimônio próprio. Portanto, não decorria, de modo algum, da imaturidade do seu arbítrio, mas pelo fato de estar sob a *patria potestas* do patrimônio familiar.¹²⁵ Esse poder em relação aos filhos era quase ilimitado, fundado na maior dignidade no seio da família, abrangendo, inclusive, a faculdade de alugar ou vender os filhos.¹²⁶

No Direito codificado, o menor nasce com capacidade jurídica e possui, desde o nascimento, patrimônio próprio. Importa salientar que, para esse Direito Civil, o patrimônio

¹²¹ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

¹²⁴ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 174.

¹²⁵ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 174.

¹²⁶ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 78.

constitui uma abstração,¹²⁷ enquanto um “conjunto das relações jurídicas economicamente apreciáveis”.¹²⁸ A união entre patrimônio e personalidade foi essencial para essa concepção, conceituando patrimônio como a “projeção da personalidade jurídica”,¹²⁹ apta a realizar contratos, daí ser consequência não se admitir a pessoa sem patrimônio.¹³⁰ Dessa noção também se originou a possibilidade de direitos subjetivos patrimoniais e extrapatrimoniais.¹³¹

No Direito moderno, como estudado, a incapacidade está relacionada à vontade, cerne do negócio jurídico. Assim, como nem todas as pessoas podem usar a sua vontade em pé de igualdade com os demais indivíduos, o Direito os concebe como incapazes, classificando esses sujeitos em categorias de incapazes. A questão da vontade, no que tange aos menores de 16 anos, ainda está relacionada à experiência, ao discernimento e à prudência necessária para a condução de seus negócios.¹³² Foi justamente essa incapacidade da criança, no sentido da consciência de suas particularidades em relação ao adulto, que construiu o primeiro sentimento de infância, embora encarado em uma perspectiva negativa.¹³³ Assim, as crianças, por não possuírem capacidade de exercício, não podem deixar de ficar submetidas à autoridade do pai, que suprirá a ausência de razão do filho.

O critério para fixação do termo da incapacidade absoluta em razão da idade é arbitrário, sendo que a diversidade das legislações é patente e mostra como a iniciativa do legislativo se faz sentir de forma variegada.¹³⁴ A doutrina admite que poderá haver uma distância entre a

¹²⁷ Para alguns autores (Aubry e Rau, *Droit Civil*, vol. IX), essa abstração poderia subsistir por si mesma, sem atenção aos seus componentes, o que teria sido aceito no Código Civil de 1916, no art. 57, que o definia como uma universalidade subsistente por si mesma, independente dos objetos materiais. Caio Mario critica essa concepção, pois teria de haver sempre “a aliança entre a ideia de patrimônio, a noção de seus valores integrantes, e a pessoa, sem que aquele se erija em uma unidade abstrata.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 338.

¹²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro, 1949, p. 210.

¹²⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 403.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 336.

¹³¹ Segundo Amaral, os direitos patrimoniais, avaliáveis em dinheiro e transmissíveis em sua generalidade, salvo estabelecidos *intuito personae*, como os de uso e habitação. Os segundos, intrasmisíveis e inalienáveis, como o estado as pessoas, as relações de parentesco e pertinentes aos direitos personalíssimos. Vide AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 403-404.

¹³² GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**: Les personnes. Paris: LGDJ, 1989, p. 321.

¹³³ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80. Essa perspectiva negativa é demonstrada na filosófica de John Locke que concebe as crianças como seres iguais em direitos como os adultos, mas desprovidas de entendimento, o que determina que estejam impedidas de exercê-los.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

realidade e a ficção legal, no entanto, em prol da estabilidade das relações determina o critério etário vigente.¹³⁵

No Direito francês clássico, não havia distinção entre os graus de incapacidade para os menores, o que levava ao juiz a decisão de apreciar, em cada caso, o grau de discernimento e de inteligência do menor.¹³⁶ Os dispositivos legais (arts. 1.124, 1.125 e 1.305) declaravam a possibilidade de anulação ou rescisão dos atos praticados pelos menores, devendo por eles serem comprovados, além da incapacidade, o seu prejuízo.¹³⁷ Mas o próprio Código traria diversos regimes especiais entre a menoridade e a maioridade para o sistema, podendo ser citada a possibilidade de dispor de bens por testamento ou mesmo do casamento.¹³⁸

Interessante a alteração promovida, naquele sistema, pela lei 14 de dezembro de 1964, nos artigos 389-3 e 450 do Código Civil francês, permitindo a prática de atos “usuais” pelos menores sem necessidade de representação.¹³⁹ O artigo se manteve na reforma do Código Civil de 2015 com a seguinte redação: “*Article 388-1-1. L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes.*”¹⁴⁰ Assim, para esse ordenamento, os atos usuais praticados pelos menores são válidos, pois não necessitam de representação. Dessa forma, não poderão ser anulados em razão de serem realizados por menores. Discute-se a possibilidade de lhes aplicar

¹³⁵ Vide GOUBEUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**: Les personnes. Paris: LGDJ, 1989, p. 321, PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

¹³⁶ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. V. II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 819.

¹³⁷ “Art. 1124: *Les incapables de contracter sont, Les mineurs, Les interdits, Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi, Et généralement tous ceux auxquels la loi a interdit certains contrats.* Art. 1125: *Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté.* Art. 1305. *La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions ; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.*” FRANÇA. **Code Civil**, 1804. Disponível em: <http://f-oll.s3.amazonaws.com/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf> Acesso em: 24 jan. 2018. Em tradução livre: Os incapazes de contratar são. Os menores, Os interditados, As mulheres casadas, nos casos estabelecidos pela lei. E, de forma geral, todos aqueles que a lei proíbe para certos contratos. Art. 1125. O menor, o interditado e a mulher casada somente podem atacar, por causa da incapacidade, seus compromissos, nos casos previstos em lei. As pessoas capazes de se vincularem não podem opor a incapacidade do menor, do interditado ou da mulher casada, com os quais tenham contratado. Art. 1305. A simples lesão tem lugar à rescisão em favor do menor não emancipado, contra todos os tipos de convenções e em favor do menor emancipado contra todas as convenções que excedam os limites da capacidade, determinados a título de Menoridade, Tutela e de Emancipação.

¹³⁸ Vide GOUBEUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**: Les personnes. Paris: LGDJ, 1989, p. 323.

¹³⁹ Vide BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 56.

¹⁴⁰ Em tradução livre, “o administrador legal representa o menor em todos os atos da vida civil, salvo os casos em que a lei ou os costumes autorizam os menores a agir por eles mesmos.” FRANÇA. **Code Civil**, version consolidée au 3 janvier 2018. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s3?idSectionTA=LEGISCTA0000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

o regime da lesão em razão do desequilíbrio contratual, mas não por uma questão de incapacidade.¹⁴¹

Os menores que não estariam sob o pátrio poder, no Código Civil brasileiro, haveriam de estar sob tutela. Conceitua-se a tutela como a representação legal de um menor, relativa ou absolutamente incapaz, cujos pais tenham sido declarados ausentes, falecidos ou hajam decaído do poder familiar.¹⁴² O instituto foi concebido para a proteção dos bens dos menores, o que fica demonstrado pela leitura do art. 1.741 do Código Civil,¹⁴³ com a incumbência também de lhes providenciar o sustento e a educação (art. 1.740).¹⁴⁴ Com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90),¹⁴⁵ fica evidenciado que a tutela é forma de colocação em família substituta (arts. 28 a 52), com exceção da tutela avoenga, com vistas a atender ao melhor interesse do tutelado, inclusive com derrogação da ordem de nomeação do tutor estabelecida legalmente.¹⁴⁶

Além de elencar as hipóteses em que o menor deveria estar sob proteção, o legislador considerou que determinados atos seriam incompatíveis com o regime de incapacidade, elegendo casos de emancipação legal, instituto proveniente do Direito romano— *venia etatis*,¹⁴⁷ além da possibilidade de emancipação pelos próprios pais. O Código Civil distingue a emancipação voluntária (pelos pais, por escritura pública), judicial (procedimento judicial no caso de menor sob tutela) e legal (pelo casamento, pela colação de grau em ensino superior, pelo emprego público efetivo e pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de

¹⁴¹ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 62.

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1408.

¹⁴³ “Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹⁴⁴ “Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁴⁶ Ementa: “Civil. Recurso Especial. Ordem de nomeação de tutor. Art. 409, do CC/1916. Art. 1.731 do cc/2002. Tutela em benefício do menor. - A ordem de nomeação de tutor, prevista no art. 409, do Código Civil/1916 (art. 1.731 do Código Civil/2002), não inflexível, podendo ser alterada no interesse do menor. - Na falta de tutor nomeado pelos pais, podem os tios serem nomeados tutores do menor, se forem os mais aptos a exercer a tutela em benefício desse. Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 710.204/AL, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Recorrente: Banco do Nordeste do Brasil S/A, Recorrido: Simone Luiza Rocha de Melo julgado em 17/08/2006, DJ 04/09/2006.

¹⁴⁷ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 175.

relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completo, tenha economia própria.)¹⁴⁸ O Código de 1916 autorizava a emancipação apenas pelo estabelecimento civil ou comercial com economia própria, além das hipóteses elencadas.¹⁴⁹

Para as legislações civis, a prática desses atos os tornariam sujeitos plenamente capazes com o mesmo *status* de igualdade com as demais pessoas no parâmetro legal do bom pai de família. As hipóteses, em realidade, são totalmente arbitrárias pelo legislador, confirmando a teoria de que o instituto da incapacidade não é totalmente adequado para a proteção de determinados indivíduos.

Toma-se como exemplo o casamento. Pesquisas revelam que o Brasil é o quarto país no mundo em casos de casamento infantil, principalmente em áreas de acentuada pobreza e pouca escolaridade.¹⁵⁰ O levantamento feito pelas Nações Unidas¹⁵¹ demonstra que 23% da população feminina na América Latina e no Caribe se casa antes dos 18 anos, sendo que, para o órgão, trata-se de violação de direitos humanos e uma ameaça à vida das crianças e adolescentes.

Em algumas regiões dessas localidades, 7% das meninas se casam antes mesmo dos quinze anos.¹⁵² Ainda que a legislação brasileira proíba o casamento antes dos 16 anos (a partir dos 16 anos com consentimento dos pais), ele é permitido em caso de gravidez precoce, com autorização do juiz,¹⁵³ sem contar que muitas dessas relações não são formalizadas, permanecendo como uniões estáveis. De absolutamente incapazes, passam a sujeitos com plena

¹⁴⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 5º. [...] Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”

¹⁴⁹ BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018. “Art. 9º. [...] V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.”

¹⁵⁰ AGÊNCIA BRASIL. **Brasil é o quarto país no ranking global de casamento infantil**. Publicado em: 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/brasil-e-quarto-pais-no-ranking-global-de-casamento-infantil>>. Acesso em: 28 de set. 2017.

¹⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Na América Latina e Caribe, 23% dos casamentos aconteceram quando um dos parceiros era menor de idade**. Publicado em: 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/na-america-latina-e-caribe-23-dos-casamentos-aconteceram-quando-um-dos-parceiros-menor-idade/>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

¹⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Na América Latina e Caribe, 23% dos casamentos aconteceram quando um dos parceiros era menor de idade**. Publicado em: 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/na-america-latina-e-caribe-23-dos-casamentos-aconteceram-quando-um-dos-parceiros-menor-idade/>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

¹⁵³ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”

capacidade, responsáveis pela criação dos filhos e manutenção do lar, afastando-se do ensino formal e mais propensas à violência doméstica e estupro. Cabe recordar, nessa seara, que, em passado não muito remoto, o casamento era fator de extinção de punibilidade de crimes sexuais praticados.¹⁵⁴

No mesmo sentido, as questões relativas à realização de contratos de trabalho, em que divergem capacidade civil dos 18 anos para capacidade de trabalho aos 16, sendo que, muitas vezes, a realidade demonstra a prática laboral por crianças e adolescentes menores dessa faixa etária. Em relação à capacidade de trabalho, ela poderá, inclusive, ensejar capacidade civil caso haja possibilidade de sustento próprio. A inclusão dessa hipótese legal é bastante divergente na doutrina. Não bastaria o contrato de trabalho (que deverá ser assinado com assistência, posto que menor de 18 anos), mas também economia própria. Conforme Gagliano e Pamplona Filho, a carteira de trabalho, devidamente assinada, seria o documento legal para comprovar a emancipação, desde que não se tratasse de aprendiz ou de contrato de trabalho por tempo parcial.¹⁵⁵ Esse inciso revelaria que o adolescente trabalhador (normalmente de maior vulnerabilidade social) poderia ser considerado capaz pelo simples fato de estar trabalhando com renda de um salário mínimo. Mesmo no Direito francês essa divergência aparece, sendo que, para alguns autores, é necessária a autorização do representante legal para o contrato de trabalho, para outros, o menor poderia contratar sozinho, sem que haja uma unanimidade nesse aspecto.¹⁵⁶

¹⁵⁴ BRASIL. Código Penal, Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1948. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018. Art. 107, VII do Código Penal foi revogado pela Lei 11.106 de 2005. Ainda há defensores dessa possibilidade para determinados delitos sexuais com aplicação do dispositivo do perdão da vítima. Vide BEZERRA, Herison de Oliveira. Casamento da vítima com o autor do delito ainda leva à extinção da punibilidade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande. Publicado em: set. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2306>. Acesso em: 28 set. 2007.

¹⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65. Em sentido oposto: “Um jogador, jovem de 17 anos, tem contrato profissional assinado, e recebe salário mensal de aproximadamente 40 mil reais. De acordo com a Lei, ele automaticamente estaria emancipado. Indubitavelmente, pensa-se que realmente ele está emancipado. Convém fazer uma análise mais aprofundada da situação. Observando-se a situação sob a ideia que “economia própria” possui aspectos ou elementos objetivos e subjetivos, pode-se afirmar que a partir do momento da assinatura do contrato profissional de trabalho o menor torna-se empregado, percebendo valores, auferindo rendimentos, satisfazendo desta maneira o aspecto objetivo do termo “economia própria”. Com isso pode-se dizer que teoricamente uma pessoa com 16 anos possui economia própria. Analisando o aspecto subjetivo, ou seja, valores intrínsecos da pessoa como: a capacidade intelectual, moral, psicológica, pode-se indagar se a Lei pode ser aplicada de forma absoluta, visto que a pessoa (menor emancipado) tem rendimentos, muitas vezes consideráveis (superior ao um salário mínimo) mas pode não ter capacidade de administrar de forma madura, sensata e responsável seu patrimônio, recorrendo de qualquer forma ao seu pai, mãe ou algum parente que tenha convivência e confiança.” GUIMARÃES, Alessandro de Araújo. Reflexos no Direito do Trabalho da emancipação civil do menor decorrente da existência de relação de emprego. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no 199. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1583>> Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁵⁶ Vide BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d’une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 41.

As proibições legais no que tangem ao casamento e emprego deveriam servir de escudo para a proteção dos vulneráveis. Por isso, um contrato nulo por envolver trabalho de adolescente ou criança não pode ensejar a sua desqualificação para benefícios legais advindos dessa relação. A consideração a respeito da vulnerabilidade, diversamente da capacidade e nulidade dos pactos, passa justamente por uma abordagem judicial que leve em conta esse fator em favor de uma maior proteção legal.¹⁵⁷

Essa visão a respeito da autonomia das crianças e adolescentes, sem olvidar de sua especial condição como pessoa em desenvolvimento, foi abarcada pela publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90. Esse diploma legal alterou profundamente a compreensão a respeito da proteção conferida a essas pessoas, abandonando a doutrina menorista,¹⁵⁸ e reconhecendo a sua vulnerabilidade sem descuidar da sua autonomia, em conformidade com os diplomas internacionais e com a Constituição Federal.

2.1.1.2 Os loucos de todo o gênero/ Os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos

O segundo inciso do Código Civil de 1916 se referia aos “loucos de todo o gênero”. Na época, havia uma dificuldade muito grande de classificar aqueles que não poderiam exprimir a

¹⁵⁷ Ementa: “Previdenciário. Recurso Especial. Salário-maternidade. Trabalhadora rural menor de 16 anos. Atividade campesina comprovada. Art. 11, VII, c, § 6o. da lei 8.213/91. Caráter protetivo do dispositivo legal. Norma de garantia do menor não pode ser interpretada em seu detrimento. Imperiosa proteção da maternidade, do nascituro e da família. Devida a concessão do benefício. Recurso especial do INSS desprovido. 1. O sistema de Seguridade Social, em seu conjunto, tem por objetivo constitucional proteger o indivíduo, assegurando seus direitos à saúde, assistência social e previdência social; traduzindo-se como elemento indispensável para garantia da dignidade humana. 2. A intenção do legislador infraconstitucional ao impor o limite mínimo de 16 anos de idade para a inscrição no RGPS era a de evitar a exploração do trabalho da criança e do adolescente, ancorado no art. 7o., XXXIII da Constituição Federal. 3. Esta Corte já assentou a orientação de que a legislação, ao vedar o trabalho infantil, teve por escopo a sua proteção, tendo sido estabelecida a proibição em benefício do menor e não em seu prejuízo, aplicando-se o princípio da universalidade da cobertura da Seguridade Social. 4. Desta feita, não é admissível que o não preenchimento do requisito etário para filiação ao RGPS, por uma jovem impedida a trabalhar antes mesmo dos seus dezesseis anos, prejudique o acesso ao benefício previdenciário, sob pena de desamparar não só a adolescente, mas também o nascituro, que seria privado não apenas da proteção social, como do convívio familiar, já que sua mãe teria de voltar às lavouras após seu nascimento. 5. Nessas condições, conclui-se que, comprovado o exercício de trabalho rural pela menor de 16 anos durante o período de carência do salário-maternidade (10 meses), é devida a concessão do benefício. 6. Na hipótese, ora em exame, o Tribunal de origem, soberano na análise do conjunto fático-probatório dos autos, asseverou que as provas materiais carreadas aliadas às testemunhas ouvidas, comprovam que a autora exerceu atividade campesina pelo período de carência exigido por lei, preenchendo todos os requisitos para a concessão do benefício. 7. Recurso Especial do INSS desprovido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1440024/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social, Recorrido: Linéia da Silva, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015.

¹⁵⁸ Sobre o menorismo, vide BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 13 et seq.

sua vontade em razão de problemas psíquicos. Essa dificuldade de abranger em uma só expressão toda a larga escala dos estados psicopatológicos e psiquiátricos provocou discussão sem fim no momento da escolha da linguagem que o legislador deveria usar na designação da incapacidade por insanidade mental.¹⁵⁹ Segundo aponta a doutrina, quando o Código Civil de 1916 fazia referência à loucura, não queria limitar àqueles casos de distúrbio mental que faziam do enfermo um furioso, mas a toda espécie de desequilíbrio das funções cerebrais, sejam as que provinham de uma qualquer malformação congênita, sejam as que fossem subsequentes a uma enfermidade geral ou específica, sejam as que decorressem de um acidente.¹⁶⁰ Quanto a esse aspecto, no seu alcance, compreendiam toda enfermidade, vício ou lesão que afetasse o comportamento psíquico do indivíduo na sua vida de relação com a sociedade.¹⁶¹

A doutrina da época criticou a expressão por considera-la extremamente restritiva: “refere-se, unicamente à ‘loucura’ que é moléstia mental, como se abrangesse a invalidez mental (imbecilidade ou idiotia) e a simples anormalidade física (estados sonambúlicos, de embriaguez, etc.). Esqueceu a psicopatia.”¹⁶² Outros louvam o emprego da expressão: “A verdade, porém, é que *loucos de todo gênero* diz muito bem o que o legislador quis dizer. Podem os médicos discutir o que seja um louco, mas os leigos sabem bem o que é um louco, um desassissado, um homem fora do seu juízo perfeito, [...]”¹⁶³ Na França, a reforma de 1968 se referiu à expressão “são de espírito” em substituição à imbecilidade, demência, loucura.¹⁶⁴

Interessante observar como a doutrina discutiu, sob a égide do Código Civil de 1916, diversas patologias mentais e comportamentais no rol das incapacidades. Santos traz a exame a figura dos alienados, das “aberrações de espírito, extravagâncias e excentricidades de caráter”, dos moribundos, dentre outros.¹⁶⁵ Em obra dedicada exclusivamente ao tema, Molinas, em 1948, advertia: “*Podemos decir con verdad que, no hay código que no sea criticado por la forma en que en él, se legisla la matéria que atañe a las personas faltas de normal sanidad*

¹⁵⁹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 254.

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 236.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 236-237.

¹⁶² CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. V. II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 827. Em crítica à expressão, vide também SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 254.

¹⁶³ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 177.

¹⁶⁴ SIMON, Odile. La nullité des actes juridiques pour trouble mental. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 72, année 1974, p. 709.

¹⁶⁵ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 252 e segts.

mental.”¹⁶⁶ É sempre enfatizado pelos autores o critério unicamente biológico¹⁶⁷ para a aferição da insanidade, tratando-se de uma “questão médica que incumbe ao perito esclarecer”.¹⁶⁸

Esse exame médico para definir a loucura coincide com o período da Renascença em que “a loucura torna-se uma forma relativa à razão ou melhor, loucura e razão entram numa relação eternamente reversível que faz com que toda loucura tenha sua razão que a julga e controla e toda razão sua loucura na qual ela encontra sua verdade irrisória.”¹⁶⁹ O Iluminismo “medicalizou” e cientificou a loucura, cujo papel anterior cumpria à religião, prescindindo das pessoas com deficiência seja por um modelo eugenésico (Grécia e Roma) ou um modelo de marginalização (Idade Média), no qual a exclusão das pessoas tidas como “diferentes” era a única resposta social aceitável.¹⁷⁰

No século XVII, criaram-se vastas casas de internato, destinados aos loucos, mas também aos pobres, desempregados, correcionários, insanos.¹⁷¹ A loucura é percebida como impossibilidade de integrar-se no grupo; momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade.¹⁷² A internação passa a ser local natural para aqueles desprovidos da razão, acabando por influenciar a condição jurídica do sujeito incapaz, fazendo da interdição a exigência indispensável para todo o internamento:

O internamento do homem social preparado pela interdição do sujeito jurídico significa que pela primeira vez o homem alienado é reconhecido como incapaz e louco; sua extravagância de imediato percebida pela sociedade, limita – porém sem obliterá-la – sua existência jurídica. Com isso, os dois usos da medicina são reconciliados – o que tenta definir as estruturas mais apuradas

¹⁶⁶ MOLINAS, Alberto J. **Incapacidad civil de los insanos mentales**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, p. 7. Em tradução livre, “Podemos dizer com verdade que não há um Código que não seja criticado pelo modo como é legislado a matéria que diz respeito a pessoas que não possuem saúde mental normal.”

¹⁶⁷ MOLINAS, Alberto J. **Incapacidad civil de los insanos mentales**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, p. 15.

¹⁶⁸ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 258.

¹⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 30.

¹⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 93.

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 48. Mais adiante, acrescenta o autor (p. 78): “A internação é uma criação institucional própria do século XVII. Ela assumiu, desde o início, uma amplitude que não lhe permite uma comparação com a prisão tal como esta era praticada na Idade Média. Como medida econômica e precaução social, ela tem valor de invenção.”

¹⁷² FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 78.

da responsabilidade e da capacidade, e o que apenas ajuda a pôr em movimento o decreto social do internamento.¹⁷³

No século XIX, a medicina e a psicologia dedicavam-se, cada vez com mais aprofundamento científico, ao estudo da loucura, definindo os critérios daqueles que estariam com plenas faculdades mentais: “Desde o século XIX, foram os médicos que se encarregaram de vigiar a fronteira e montar guarda na cancela. Afixaram o rótulo ‘doença mental’, indicação que vale como internação.”¹⁷⁴ Na literatura, Machado de Assis muito bem descreve o poder que o personagem alienista, Dr. Bacamarte, dedicado ao estudo da mente humana, exercia na cidade de Itaguaí, determinando os cidadãos que, por ele diagnosticados, deveriam ser encaminhados ao manicômio Casa Verde.¹⁷⁵

Os diagnósticos médicos foram tantos que, em 1851, foi proposto pelo dr. Cartwright, na Louisiana, a referência à drapetomania, termo advindo do grego drapetes que significa fugitivo, mania de fuga, em alusão a um mal que acometia os escravos negros que insistiam em escapar das fazendas escravocratas do sul dos Estados Unidos.¹⁷⁶

Lobo salienta que, durante aquele século, com base no diagnóstico de incurabilidade, a medicina constituiu graus de degenerescência, sendo a primeira distinção entre o louco e o idiota, no sentido de possibilitar à loucura uma evolução e a idiotia uma característica definitiva.¹⁷⁷

No Brasil, em 1852, é criado, no Rio de Janeiro, o primeiro Hospital Público (Pedro II), inaugurando-se aí a política oficial de tutela e segregação do doente mental no país.¹⁷⁸ O modelo médico buscou a reabilitação/cura do indivíduo na sociedade. A filosofia de segregação vigorou até a década de 1940, em que tais pessoas eram consideradas inválidas e socialmente inúteis.¹⁷⁹ A partir da Primeira Guerra Mundial, com um grande contingente de pessoas feridas/mutiladas,

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 132.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 132.

¹⁷⁵ MACHADO DE ASSIS. **O alienista**. São Paulo: LPM, 1998.

¹⁷⁶ SCLIAR, Moacyr. Diagnósticos em debate. **Jornal Zero Hora**. Publicado em 21 de outubro de 2010, p. 3. Conforme esclarece o autor, não havia tratamento, “mas poderia ser evitado com a aplicação de chicotadas a escravos rebeldes e também com a amputação – isso mesmo, a amputação – dos dedos dos pés.”

¹⁷⁷ LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015, p. 57

¹⁷⁸ MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. Interdição civil: uma exclusão oficializada? **Revista virtual textos & contextos**, Florianópolis, nº 5, nov. 2006, p. 6. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801>>. Acesso em: 26 out. 2017.

¹⁷⁹ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos as pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 70.

a deficiência começou a ser definida como uma falta, uma insuficiência, que necessitava de reparação. Por isso, a justificativa para mecanismos próprios de reabilitação, assistência social e locais especializados ou exclusivos como escolas especiais. Caberiam a essas pessoas buscarem se integrar na sociedade, por meio da sua cura ou normalização.¹⁸⁰

Apenas no século XX, mais precisamente na década de 1970, dissipou-se o pensamento de necessidade de afastamento das pessoas com transtornos mentais da sociedade com um movimento que ficou conhecido como Reforma Psiquiátrica.¹⁸¹ A Reforma Psiquiátrica tem como objetivo a inclusão do paciente portador de transtornos mentais na sociedade, assegurar sua igualdade e liberdade,¹⁸² sem discriminação nem segregação, que exige ações afirmativas do Estado em prol desse objetivo. A essa altura, os manicômios já teriam demonstrado sua saturação, tendo como exemplo próximo o Instituto São Pedro, na cidade de Porto Alegre, que chegou a ter quase 6 mil doentes internados, cinco em cada leito.¹⁸³ Importante marco legislativo, nesse sentido, foi a edição da Lei 10.216/01, buscando a desinstitucionalização das pessoas com deficiência mental, passando para um modelo que visa a restringir a internação involuntária. Logo no art. 1º está fixado o marco para a igualdade e não-discriminação.¹⁸⁴ A internação ainda aparece na legislação, o que foi objeto de críticas por parte de autores que participam da luta antimanicomial,¹⁸⁵ mas com previsão subsidiária, apenas para casos excepcionais.

Esses movimentos foram importantes para uma mudança na concepção da loucura, no reconhecimento de que a razão iluminista é apenas uma das modalidades possíveis de

¹⁸⁰ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos as pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 71.

¹⁸¹ BRITO, Emanuele Seicenti; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./out. 2012, p. 42.

¹⁸² GABLE, Lance; VÁSQUEZ, Javier; GOSTIN, Lawrence O.; JIMÉNEZ, Heidi V. Mental health and due process in the Americas: protecting the human rights of persons involuntarily admitted to and detained in psychiatric institutions. **Revista Panamericana de Salud Pública/Pan Am J Public Health**, Washington, v. 18, n. 4-5, oct./nov. 2005, p. 366 et seq. Os autores estudam a questão das pessoas com transtornos mentais a partir de uma visão dos direitos humanos, reconhecendo a necessidade de os países da América e Caribe promoverem a desinstitucionalização dessas pessoas.

¹⁸³ SCLIAR, Moacyr. O drama da doença mental. **Jornal Zero Hora**. Publicado em 02 de junho de 2009, p. 3.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei n. 10.216 de 06 de abril de 2001. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018. “Art. 1º. Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.”

¹⁸⁵ AMARANTE, Paulo. Rumo ao fim dos manicômios. **Revista Mente e Cérebro**, São Paulo, ed. 164, set. 2006. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/rumo_ao_fim_dos_manicomios.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

subjetividade.¹⁸⁶ A literatura desenvolvida em torno da doença mental, dentre os quais Foucault, Goffman e Castel, contribuiu para um novo olhar em relação ao tratamento e designação das doenças mentais e para o indivíduo portador de diagnóstico nesse sentido.¹⁸⁷

Neste contexto, o Código Civil de 2002 alterou a nomenclatura para enfermidade ou deficiência mental. Pereira assinala que a expressão enfermidade mental vem do Projeto de 1965, sendo posteriormente adicionada a expressão deficiência mental, o que, para o autor, seria desnecessário, pois a deficiência seria uma forma de enfermidade.¹⁸⁸ Percebe-se que, embora o Código tenha abandonado a expressão “loucos de todo o gênero” que trazia uma discriminação muito forte, a polêmica em torno da nomenclatura ainda persistiu.

Coincidem a incapacidade legal com incapacidade natural.¹⁸⁹ No entanto, mostra-se necessário o processo de interdição judicial com a nomeação de um curador, que substituirá a vontade do incapacitado. A sentença de interdição configurará presunção *juris et de jure* da incapacidade natural,¹⁹⁰ devendo serem provados os atos anteriores praticados pelo incapaz sem discernimento. Além disso, o modelo estabelecido pela lei conferia amplos poderes para o magistrado, inclusive afastar o sujeito do convívio social: “Ao decretar a interdição de um louco, o juiz deverá determinar o seu internamento em estabelecimento adequado, sempre que parecer inconveniente ou arriscado conservá-lo em casa, ou quando seu tratamento o exigir.”¹⁹¹

A consequência era de se reputarem nulos os atos praticados pelos sujeitos dessa categoria. Em relação aos atos praticados anteriormente à sentença de interdição, a doutrina não é unânime quanto à sua qualificação, variando da nulidade à ineficácia.¹⁹²

¹⁸⁶ MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. Interdição civil: uma exclusão oficializada? **Revista virtual textos & contextos**, Florianópolis, nº 5, nov. 2006, p. 10. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801>. Acesso em 26 de outubro de 2017.

¹⁸⁷ MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. Interdição civil: uma exclusão oficializada? **Revista virtual textos & contextos**, Florianópolis, nº 5, nov. 2006, p. 7. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801>. Acesso em 26 de outubro de 2017.

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237.

¹⁸⁹ EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 156.

¹⁹⁰ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 262.

¹⁹¹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 420.

¹⁹² Vide SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 263, para quem o ato é anulável. Vide também PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 238 para quem o ato é ineficaz. Clóvis Beviláqua afirmava que tais atos apenas poderiam ser anulados por vício de vontade, pois a incapacidade ainda não fora declarada. BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro, 1949, 446.

2.1.1.3 Os surdos-mudos que não puderem exprimir vontade

No Código Civil de 1916, ainda aparecia a figura do surdo-mudo. Para Beviláqua, a impossibilidade de se manifestar conferia ao surdo-mudo equiparação com a alienação mental.¹⁹³ O próprio Código se referia à impossibilidade de exprimir vontade, no sentido de que esses indivíduos, por tal razão, estariam fora do convívio social.

A doutrina se referia também a surdo-mudez de “vontade habilitada”¹⁹⁴ como meio de expressão. Se for “educado” não estaria sujeito à curatela ou estaria sujeito a uma curatela limitada.¹⁹⁵ Assim, não seria a surdo-mudez congênita que acarretaria a incapacidade, mas sua impossibilidade de comunicação, de se fazer entender.

Interessante observar que o Código Civil argentino ainda mantém referência à surdo-mudez como causa de incapacidade.¹⁹⁶ A simples categorização desses indivíduos como incapazes não leva em conta a grande diversidade de identidade nessa comunidade,¹⁹⁷ o avanço de novas tecnologias e o desenvolvimento da linguagem LIBRAS. Um dos grandes estigmas que vem sendo repellido por meio de campanhas de divulgação é justamente a designação surdo-

¹⁹³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro, 1949, p.49.

¹⁹⁴ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 177.

¹⁹⁵ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 177 e SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 268.

¹⁹⁶ ARGENTINA. Código Civil. **Ley 26.994**. Decreto 1795/2014. Disponível em: < <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2018. “Art. 153. *Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito. Art. 154. Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procederse como con respecto a los dementes; y después de la declaración oficial, debe observarse lo que queda dispuesto respecto a los dementes.*”

¹⁹⁷ No campo da identidade surda, categoriza-se pelo menos oito tipos: identidades políticas, identidades surdas híbridas, identidades surdas flutuantes, identidades surdas embaçadas, identidades surdas de transição, identidades surdas diásporas e identidades intermediárias. Vide ATIVIDADE DE JANA. **Libras – o silêncio que fala**. Publicado em: 14 jun. 2012. Disponível em: <<http://atividadejana.blogspot.com.br/2012/06/deficiencia-auditiva-ou-surdez.html>>. Acesso em: 10 out. 2017. Ainda importante destacar que a ideia de identidade surda passa pela ruptura da surdez como deficiência, como patologia: “Distantes dos discursos do “corpo danificado” e dos compêndios da medicina, muitos sujeitos surdos lutam hoje pelo reconhecimento da surdez como uma, entre outras tantas, formas de estar no mundo – assumindo os conflitos e a complexidade que esta frase, de aparência ingênua, apresenta. Em inúmeras comunidades surdas, uma luta comum se desenha no dia-a-dia: a luta pelo reconhecimento da surdez como diferença. [...] Assim, por uma ruptura epistemológica, a surdez ultrapassa o campo discursivo das deficiências, da patologia e dos vários enunciados biomédicos para ocupar um lugar privilegiado no campo dos estudos da cultura, das ciências sociais, da linguística e da educação, como um objeto novo a suscitar cada vez mais interesse por parte de militantes e investigadores. Para além de narrativas clínicas e de postulados médicos, falar e sinalizar sobre a surdez é adentrar por questões de identidades, expressões culturais, diferenças, lutas por conquistas e efetivações de direitos. EIJ, Hugo. **Identidades Surdas. Cultura Surda**. S/D. São Paulo. Disponível em: <<https://culturasurda.net/identidades-surdas/>>. Acesso em: 20 jan. 2018. Vide também PERLIN, Gladis. **Identidades surdas**. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez – um olhar sobre as diferenças**. Porto Alegre: Mediação, 2005. p. 51-73.

mudo para todos os casos de surdez e a exclusão desses indivíduos do seio social.¹⁹⁸ A referência à incapacidade reforçou, durante muito tempo, o estigma social e a dificuldade de inclusão dessas pessoas na sociedade.

O Código Civil de 2002 afastou essa hipótese, inserindo, na categoria de deficiência, conforme o grau de dificuldade de exprimir vontade.¹⁹⁹ Foi um passo importante para o afastamento da discriminação sofrida por esses sujeitos, passo esse que, mais tarde, seria dado a todo o rol de pessoas com alguma deficiência pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.1.1.4 Os ausentes, declarados tais por ato do juiz

Ainda no rol dos incapazes, o Código Civil de 1916 tratava dos ausentes. De forma bastante confusa, Carvalho Santos distinguia os ausentes dos “não-presentes”:

A não presença é o afastamento da pessoa de seu domicílio, mas cuja existência não é posta em dúvida, de modo que, apesar de viva, não está presente em seu domicílio, por um motivo qualquer. A ausência propriamente dita só se verifica quando não haja notícias da pessoa, na incerteza de sua morte, uma vez verificadas as condições dos arts. 469 e segts. do Código Civil.²⁰⁰

A doutrina criticava essa inclusão por não haver uma incapacidade na ausência, mas uma necessidade de resguardo dos interesses patrimoniais daquele que se ausenta. Segundo Dantas, “a única razão pela qual se o inclui aí foi porque o ausente também tem curadores; também se dá representante ao ausente, não porque seja incapaz, mas porque não estando presente para cuidar de seus interesses, forçoso é que outro lhe represente.”²⁰¹ Moreira Alves aduz que não são incapazes, pois “gozam de plena capacidade de fato no lugar onde eventualmente se encontrem.”²⁰² Por esse motivo, o Código Civil de 2002 não mais reproduziu o termo, tratando do instituto da ausência em apartado.

¹⁹⁸ Com o logan “Surdo-mudo: apague essa ideia!” Vide PALAVRA GESTUAL. **Surdo-mudo**: apague esta ideia. 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://palavragestual.blogspot.com.br/2012/07/surdo-mudo-apague-esta-ideia.html>> Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237.

²⁰⁰ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 268.

²⁰¹ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 177.

²⁰² MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 71.

No caso da ausência, a proteção conferida pela lei é para o seu patrimônio e não propriamente à sua pessoa. Assim, não se nomeará curador, se não houver bens.²⁰³ Essa percepção estaria de acordo com ideia central patrimonialista do Código Civil de 1916 e de substituição, por meio do instituto da incapacidade, do sujeito por um terceiro; no caso, o curador da ausência.

Há uma aproximação da ausência com o caso de interdição do Código de Processo Civil de 1973, ambos tratados como previsões de procedimentos de jurisdição voluntária, sendo, precipuamente, o cônjuge ou o companheiro designados como curadores. Pelo instituto da ausência, nomeia-se curador, mas sem qualquer estado de incapacidade. Essa dissociação entre capacidade e curadoria foi o primeiro passo do Código Civil de 2002 rumo a uma nova conformação do instituto das incapacidades e de proteção conferidos pela Lei 13.146/2015. Com razão, portanto, o Código de 2002 retirou do rol dos incapazes a figura dos ausentes.

2.1.1.5 Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade

Por fim, o Código Civil de 2002 acrescentou à hipótese dos absolutamente incapazes aqueles que, por causa transitória, não puderem exprimir vontade. A doutrina dá como exemplo a “embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, além de outras, tais como um descontrole emocional significativo, estado de coma, transe mediúnic, efeito de drogas.”²⁰⁴

Conforme afirma Vilella, a origem estaria no Direito romano que admitia os intervalos lúcidos, configurando a ideia do *mente captus*, ou seja, daquele que, embora mentalmente hígido, possa encontrar-se momentaneamente privado de discernimento.²⁰⁵ Os intervalos lúcidos sempre foram desconsiderados pelos ordenamentos jurídicos, uma vez constatada a incapacidade do sujeito,²⁰⁶ tendo sido apontado pelo nosso Direito pré-codificado como remissão da moléstia, atribuindo, as Ordenações, eficácia aos negócios então efetuados.²⁰⁷

²⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 194.

²⁰⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 240.

²⁰⁵ VILLELLA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 359.

²⁰⁶ GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil: Les personnes**. Paris: LGDJ, 1989, p. 530.

²⁰⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 238.

Pretendeu o Código Civil de 2002 dar tratamento às causas transitórias, relegadas no Código de 1916.

No entanto, ao alocar como causa de incapacidade, tornou-se incongruente com a forma de tratamento conferida no que toca à instituição de curatela. Seria uma espécie de incapacidade sem curador, justificando tão somente a ausência de vontade hígida. Isto porque, ao tratar do estado de incapacidade, a utilização do verbo *ser* remete a um estado de permanência que não se compatibiliza com uma *causa* transitória.

Assim também o disposto no Código Civil de 2002, quanto às hipóteses de curatela, não se encaixava com a previsão da causa de incapacidade absoluta. Isso porque o art. 1.767 tratava dos sujeitos à curatela “aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (inciso I) ou “aqueles que por causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade” (inciso II).²⁰⁸ A causa duradoura era incompatível com a causa transitória. O Código de Processo Civil de 2015 alterou o dispositivo, prevendo também que estariam sujeitos à curatela aqueles que “por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a vontade.” Nessa hipótese, poderia se pensar na interdição do incapaz do então art. 3º, III, do Código Civil do Código Civil de 2002.

Por outro lado, a própria ideia de transitoriedade não se coaduna com o procedimento judicial de curatela que se perdura no tempo. Ao se analisar as hipóteses retratadas pela doutrina, a única possibilidade de uma causa transitória se perpetuar no tempo seria uma causa médica por um acidente ou doença em que a pessoa está em coma. Nesse caso, ter-se-ia, antes do advento da alteração promovida pela Lei 13.146, uma causa de enfermidade do inciso II do art. 3º do Código Civil.²⁰⁹

Ora, se não seria possível interditar uma pessoa em razão de uma causa transitória a não ser no caso do coma, como visto, qual seria a razão para a sua disposição no rol dos incapazes? O único efeito de considerar atos praticados por absolutamente incapazes, nessa hipótese, seria a identificação de nulidade com *efeitos ex tunc*, pela ausência da vontade no suporte fático. Nesse sentido são as soluções encontradas pelos Códigos Civis francês e alemão.

²⁰⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. Posteriormente, o artigo foi revogado pela Lei 13.146/15.

²⁰⁹ Com o advento da Lei 13.146/15, o dispositivo foi alocado no art. 4º do Código Civil: “Art. 4º [...]. III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

Para o BGB, uma causa transitória não determina a incapacidade, mas poderá ensejar a nulidade da declaração da vontade caso ela não puder ser determinada.²¹⁰ Dispõe o § 104, 2, que é incapaz quem se encontre em estado de perturbação patológica da vontade, a não ser que se trate de uma anomalia passageira.²¹¹ Uma perturbação ou inconsciência poderá ensejar a nulidade da declaração, conforme dispositivo seguinte § 105, 2.²¹²

O Código Civil francês possui uma regra bastante ampla quanto à validade dos atos jurídicos: “*Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte*” (art. 414-1).²¹³ Não trata de incapacidade, mas de validade do ato praticado por aquele que não está são de espírito. Não atrela necessariamente a uma situação de permanência. É possível invalidar o ato sem afetar o estado de capacidade.

Veja-se que, no caso da legislação francesa, ela própria traz a previsão do ônus da prova para quem alega a ausência de sanidade, em atenção à confiança que deve existir no trato negocial. Poderia haver, na prática, colidência da proteção daquele que não puder exprimir vontade com o resguardo do direito de terceiros de boa-fé, como por exemplo, na hipótese de negócio jurídico celebrado por pessoa embriagada.

Somente no caso concreto, seria possível ao magistrado avaliar se seria o caso de nulidade do pacto. O resguardo da vontade viciada seria confrontado com os demais princípios do Direito Privado, como decorrentes da boa-fé objetiva e, nesse sentido, da proibição do *venire*

²¹⁰ VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 358.

²¹¹ ALEMANHA. **BGB** (2002). “§ 104. *A person is incapable of contracting if [...]2. he is in a state of pathological mental disturbance, which prevents the free exercise of will, unless the state by its nature is a temporary one.*” Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0312>. Acesso em: 18 jan. 2018. Em tradução livre: Uma pessoa é incapaz de contratar se se ela estiver em estado de perturbação mental patológica, o que impede o livre exercício da vontade, a menos que esse estado, por sua natureza, seja temporário.

²¹² ALEMANHA. **BGB** (2002). “§ 105. [...]2. *Also void is a declaration of intent that is made in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance.*” Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0312. Acesso em: 18 jan. 2018. Em tradução livre: “Também é nula uma declaração de intenção que é feita em um estado de inconsciência ou perturbação mental temporária” VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 357.

²¹³ FRANÇA. **Code Civil, version consolidée au 3 janvier 2018**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926>. Acesso em: 26 jan. 2018. Tradução livre: “Para praticar um ato válido, é necessário estar são de espírito. Aqueles que aleguem nulidade por essa causa, devem comprovar a existência de um distúrbio mental no momento do ato.”

contra factum proprium e confiança despertada.²¹⁴ Essa solução também está em acordo com uma leitura sistemática do Código Civil de 2002, elevando princípios como boa-fé objetiva e confiança para a realização dos negócios jurídicos. Assim, não se pode concluir de pronto que um ato realizado por um incapaz nessa situação ensejaria uma nulidade, sem confrontar com todo do ordenamento, como se verá na segunda parte dessa tese.

Villela defende também que as hipóteses abarcadas pelo então inciso III do art. 3º do Código Civil seriam a dos indivíduos que estariam sem condições de exprimir vontade em razão de uma ausência temporária, como no caso de trabalhadores que fiquem presos no interior de uma mina ou nos casos de sequestros ou sequestro-relâmpago.²¹⁵ Nessa hipótese, o próprio autor reconhece a sua aproximação com o instituto da ausência como incapacidade, elencada no então Código Civil de 1916, aferindo que, em ambos os casos, ter-se-ia “uma impossibilidade de a vontade alcançar o nível de expressão.”²¹⁶ Para o autor, inclusive para o caso de ausência, manter-se-ia a figura da interdição na hipótese do art. 1.767, II do Código Civil (aqueles que por causa duradoura não puderem exprimir vontade).

No entanto, essa tese encontraria resistência no próprio conceito de incapacidade como a impossibilidade de exprimir vontade, ligada a ausência de discernimento.²¹⁷ Não se trata do isolamento do sujeito ou do seu desaparecimento no sentido de não se poder reconhecer a sua vontade. Para esses casos, melhor seria a aplicação da figura da gestão de negócios²¹⁸ ou mesmo do próprio instituto da ausência tal qual delimitado no Código Civil atual. Villela sustenta que o termo curador se refere à pessoa do ausente por conta da expressão literal do art. 22²¹⁹ e não a seus bens (como disposto no título da seção I do capítulo III – “Da ausência”). Contudo, se

²¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, passim.

²¹⁵ VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 357.

²¹⁶ VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira e CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 360.

²¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 233.

²¹⁸ “Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

²¹⁹ “Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

essa fosse uma argumentação válida, vale ressaltar que o Código de Processo Civil dispõe justamente em sentido contrário no art. 744,²²⁰ referindo-se à curadoria *dos bens* do ausente.

O entendimento que deve se fazer atualmente é o da compatibilidade do instituto da curatela com o da capacidade, como se pretende demonstrar na segunda parte dessa tese. Assim, embora se trate de uma espécie de representação, não significa que o curatelado seja efetivamente um incapaz. Dessa forma, à ausência se dará curador porque é necessário um administrador para o patrimônio,²²¹ relacionado a uma causa mais duradoura do que simplesmente a gestão de negócios, daí as razões dos prazos longos para a sucessão provisória e permanente no caso de ausência.

As causas transitórias foram retiradas do rol dos absolutamente incapazes do Código Civil de 2002 pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) para realocá-la no rol dos relativamente incapazes. A hipótese tampouco foi feliz. As previsões de capacidade relativa dizem respeito ao discernimento reduzido ou higidez da vontade diminuída, o que não se compatibiliza com a impossibilidade (que sempre será total) de exprimir vontade.²²²

O Projeto de Lei N. 757/2015 do Senado Federal²²³ pretende a repristinação do referido dispositivo no rol dos absolutamente incapazes. A doutrina corrobora esse entendimento, no sentido de afirmar a impossibilidade de prolação da vontade,²²⁴ acrescentando que seria o caso de adicionar ao então dispositivo a causa definitiva, sendo absolutamente incapazes “os que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir vontade.”²²⁵

O que se deve buscar, nesse diapasão, é a causa de incapacidade para aquele sem discernimento ou que não possa exprimir vontade, seja por que motivo for, transitório ou permanente, relacionado ou não a uma deficiência ou a uma enfermidade. Por isso, o acerto na inclusão da alteração promovida pelo PL 757/2015.

²²⁰ “Art. 744. Declarada a ausência nos casos previstos em lei, o juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhes-á curador na forma estabelecida na Seção VI, observando-se o disposto em lei.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

²²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 77.

²²² Vide as críticas de SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 7 ago.2017.

²²³ BRASIL. Projeto de Lei n. 757 de 2015. **Senado Federal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²²⁴ TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015 – altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 420.

²²⁵ TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015 – altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 364.

Dessa forma, ter-se-ia um dispositivo que incluísse no instituto de incapacidade toda a gama de pessoas (não apenas os deficientes mentais, surdos-mudos, etc.) que estejam impossibilitados de exprimir vontade, incluindo também aquelas pessoas em estado de coma, normalmente indicadas pela doutrina como tuteladas por esse dispositivo. Para esse fim, deve ser promovida a curatela com sentença que reconheça esse estado com efeitos *ex nunc*, mas com repercussão declaratória quanto ao estado de incapacidade, como tem sido reconhecido pela jurisprudência.²²⁶

Estados transitórios de ausência de discernimento (como por exemplo embriaguez ou efeito de drogas) não ensejariam uma incapacidade civil com instituição de curatela, mas mereceriam tratamento tal qual disposto no Código Civil francês, podendo ser invalidados caso demonstrado que o sujeito não poderia exprimir vontade com higidez mental no momento da celebração do ato. Trata-se de uma hipótese em que a incapacidade não gera curatela, mas serve para apreciação da nulidade sob a forma do art. 166, I, do Código Civil.²²⁷

A redação do art. 3º do Código Civil de 2002 manteria, como absolutamente incapazes, os menores de 16 anos, nesse caso, para atribuir-lhes um instituto de proteção legal, mesmo que isso não signifique ausência de consideração jurídica para toda e qualquer vontade ou negócio praticado pela criança e adolescente nessa situação, como será estudado na segunda parte desta tese. Também incluiria dispositivo que englobasse a totalidade de pessoas que não pudessem exprimir vontade. Nesse caso, diferentemente da hipótese anterior, em que a lei confere presunção absoluta de incapacidade para os menores de 16 anos, é necessária decisão judicial para o reconhecimento da situação de incapacidade do maior, determinando, essa decisão, a extensão de seus efeitos. Tal proposição será também analisada na segunda parte dessa tese.

²²⁶. Ementa: “Processual Civil. Administrativo. Agravo interno nos embargos de declaração no Recurso Especial. Reforma de militar. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Alienação mental. Incapacidade. Efeitos da sentença de interdição. Declaratória. 1. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte de que a suspensão do prazo de prescrição para os indivíduos absolutamente incapazes ocorre no momento em que se manifesta a sua incapacidade, sendo a sentença de interdição, para esse fim específico, meramente declaratória. 2. ‘A interdição judicial declara ou reconhece a incapacidade de uma pessoa para a prática de atos da vida civil, com a geração de efeitos *ex nunc* perante terceiros (art. 1.773 do Código Civil), partindo de um ‘estado de fato’ anterior, que, na espécie, é a doença mental de que padece o interditado.’” (REsp 1.469.518/PE, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 4/9/2014, DJe 22/9/2014). 3. Agravo interno da União desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1171108/RS, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Recorrente: Margleydson Ferreira de Oliveira, Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016.

²²⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

2. 1.2 A um passo da igualdade: os sujeitos ofuscados e assistidos – o regime dos relativamente incapazes

Em relação às incapacidades relativas, previa o Código de 1916:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos.
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

Posteriormente, o Código foi alterado pelo Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/1962-, passando a seguinte redação:

Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

- I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos.
- II - Os pródigos.
- III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

O Código de 2002 trouxe nova propositura:

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.

2.1.2.1 Os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos/ menores de dezoito anos

Em relação à idade, o Código de 1916 estabeleceu o período de 16 a 21 anos como sendo de incapacidade relativa, necessitando de assistência. O Código de 2002 reduziu a maioridade civil para os 18 anos, muito embora alguns atos possam ser realizados sem assistência,²²⁸ o que

²²⁸ “Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos. [...] Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação

revelaria que esse critério não é absoluto pelo ordenamento civil. Veja-se que, entre os atos possíveis de serem praticados pelo maior de 16 anos, está o de “ser testemunha”. Isso significa que haverá compromisso pelo menor, muito embora ele não possa ser responsabilizado penalmente em caso de crime de falso testemunho, eventualmente por ato infracional. Mas o Código de Processo Civil admite que o juiz possa ouvir “incapazes”, nesse rol “testemunhas menores” e levar em conta suas manifestações para o livre convencimento,²²⁹ o que não era aplicado para o interdito por enfermidade ou deficiência mental, sendo alterado apenas por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência.²³⁰ Esses dispositivos vêm ao encontro do entendimento de que o estabelecimento de uma idade rígida para efeitos de segurança jurídica nem sempre reflete falta de discernimento para o ato e que o próprio ordenamento jurídico pode eventualmente afastar esse limite justo para a produção de efeitos.

Permitiu-se, de outro lado, aos menores de 18 anos, exercerem a faculdade de escolher os representantes do governo por meio do voto²³¹ ou realizar contrato de trabalho.²³² Além

contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores. [...]. Art. 1.860. [...]. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

²²⁹ “Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º. São incapazes: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. [...] § 4º. Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. § 5º. Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

²³⁰ “Art. 228. [...] § 2º. A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.” A Lei 13.146/15 revogou os incisos II e III do art. 3º do Código Civil que se referiam às pessoas com enfermidade ou retardamento (II) e cegos e surdos (III). O Código de Processo Civil foi publicado posteriormente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência dispondo a respeito da impossibilidade de figurar como testemunha tais pessoas. No entanto, a Lei 13.146/15 tem fundamento na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que foi internalizado pelo Brasil com status de emenda constitucional, assegurando sua participação como testemunhas no art. 13: “1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.” Vide, no capítulo desta tese destinado às pessoas com deficiências, as antinomias entre o Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

²³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 14. [...] § 1º: O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: (...)c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 8º. [...] XXXIII –“ proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

disso, considerou que, aos 16 anos, teria o indivíduo condições plenas para casar (art. 1.517 do Código Civil²³³), embora necessite autorização dos pais para tanto.²³⁴ Essa idade está relacionada às condições biológicas necessárias à reprodução humana, reforçando uma ideia tradicional da finalidade do matrimônio.²³⁵ Como visto no capítulo anterior, relativamente aos menores de 16 anos, a fixação da capacidade núbil aos 16 anos não tem protegido eficazmente as crianças e adolescentes de se submeterem ao matrimônio de forma precoce, tendo como consequência a plena capacidade civil.

Os autores apontam a necessidade de discussão em relação ao afastamento do paternalismo, no sentido de alijar os indivíduos de gerir seu corpo e sua vida e de configurar infantilismo.²³⁶ Ao considerar as opiniões e livre desenvolvimento da personalidade dos adolescentes, deve-se conferir uma amplitude de atuação principalmente aos atos relacionados à dignidade, à liberdade, ao corpo, à intimidade.

Não há distinção, no Código, quanto aos atos existenciais ou patrimoniais. Os primeiros, denominados por Meireles de “situações jurídicas subjetivas existenciais, servem imediatamente ao desenvolvimento da personalidade, o que corresponde ao principal interesse social do ordenamento jurídico, que é a promoção da dignidade humana.”²³⁷ Exemplo da inversão do estado das coisas está que, no Código Civil, tanto de 1916 quanto de 2002, as questões relacionadas à sexualidade parecem estar mais em conformidade ao instituto do casamento do que a uma idade apropriada ao exercício de relações sexuais.

Também os atos patrimoniais merecem uma reflexão em relação à forma com a qual o Código Civil trata da incapacidade dos menores. Se é certo que o Código elencou alguns direitos que poderiam ser exercidos sem assistência para os maiores de 16 anos, é necessário que se proceda a uma análise crítica do critério etário para a realização dos negócios patrimoniais, pois

²³³ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.”

²³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98.

²³⁵ SCHIOCCHET, Taysa. Sexualidade e reprodução de adolescentes na encruzilhada do direito: a capacidade civil entre os discursos de proteção e interdição. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 464. Conforme relata a autora, “no direito romano era feito um exame individual acerca do desenvolvimento biológico-corporal dos sujeitos. Por uma questão de ‘decência’, deixou-se de fazer essa inspeção nos corpos das meninas, optando-se pela idade mínima de doze anos para o casamento. Para os rapazes, a idade foi fixada aos quatorze anos. O Direito Canônico adotou a mesma regra.”

²³⁶ SCHIOCCHET, Taysa. Sexualidade e reprodução de adolescentes na encruzilhada do direito: a capacidade civil entre os discursos de proteção e interdição. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 459.

²³⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 45.

também esses se relacionam com aspectos essenciais da pessoa humana.²³⁸ Essa análise será procedida na segunda parte desta tese.

2.1.2.2 As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal

O Código Civil de 1916 elencava, como incapacidade relativa, o fato de a mulher estar casada. A incapacidade vigorava em função do casamento e enquanto subsistia a sociedade conjugal. Era defendida em razão da necessidade de ter a sociedade conjugal uma chefia e, como esta competia ao homem, a mulher era tratada como incapaz relativamente ao modo de exercer os direitos. Incapacidade esta que se cobria pela autorização e não pela assistência.²³⁹ Para evitar manifestações de vontade distintas, apenas valeria a manifestação de vontade do cônjuge varão que era o chefe da sociedade conjugal.

Beviláqua, ao comentar o assunto, relata que o Projeto primitivo do Código Civil de 1916 não trazia tal disposição, “mas a Comissão Revisora, nomeada pelo Governo, recusou a inovação, aliás, sem a discutir.”²⁴⁰ Santos, à época, também censurava o dispositivo:

Em que consiste, de fato, essa incapacidade? Responde o art. 242: ‘a mulher não pode sem autorização do marido...’, mas se é isso o que constitui a incapacidade dela, o marido, nesse caso, também será relativamente incapaz, porque aí temos o art. 235, que também dispõe: ‘o marido não pode, sem o consentimento da mulher...’²⁴¹

O tema era tratado como afirmação da hierarquia conjugal:

“A verdade é que, por amor à hierarquia conjugal, não se diz que ele precisa de assistência da mulher, diz-se que ele precisa da outorga uxória, da concordância da mulher, pois que no instituto da assistência entra na ideia de uma supremacia do assistente sobre o assistido, e a mulher apenas colabora, não tem supremacia, pois a supremacia, quem a tem, é o chefe da sociedade conjugal.”²⁴²

²³⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 57.

²³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 247.

²⁴⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, p. 154.

²⁴¹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 270-271.

²⁴² DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 179.

Pontes de Miranda enfatizava a hierarquia do marido, colocando o lugar da mulher como “sócia do homem, e não de escrava, nem de mulher *loco sororis* do Direito romano,” salientado que a vontade do marido deveria prevalecer na condução da sociedade conjugal.²⁴³ Interessante a referência histórica trazida pelo autor nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título 36, § 1 e Título 95, § 4º, que davam ao homem o direito de castigar a sua companheira, demonstrando que a mulher estaria sob um verdadeiro poder.²⁴⁴ Para o jurista, o fundamento da incapacidade não estaria, como outrora, ligado à inferioridade da mulher, mas à necessidade de representação da família por seu chefe, devendo, portanto, ser mantido o instituto, mas por fundamento diverso.

Mesmo que a doutrina e a própria legislação afirmassem que apenas determinados atos necessitavam de autorização marital, a prática teria demonstrado que se tratava de rotina, mesmo quando desnecessária, visando a evitar qualquer anulabilidade que o ato praticado por relativamente incapaz pudesse acarretar.²⁴⁵ Isso levou ao afastamento cada vez maior da mulher da prática de atos civis e participação na vida pública.

A origem da ideia de incapacidade da mulher é antiga, proveniente da própria noção de inferioridade da mulher em relação ao homem.²⁴⁶ Nesse sentido, interessante observar que Aristóteles que muito trabalhou a isonomia como o dever de tratar os iguais na medida de sua igualdade, pugnava, como era comum em todo o pensamento da época,²⁴⁷ a natureza superior do homem: “*El hombre, salva algunas excepciones contrarias a la naturaliza, es el llamado a mandar más bien que la mujer...La fuerza del hombre estriba el mando; la de la mujer, em la*

²⁴³ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. VIII. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p 116: “O marido é o chefe da sociedade conjugal (Código Civil, art. 233). Compete-lhe, assim, como corolários morais de sua situação no seio da família: I- O direito de ser atendido pela mulher, devendo essa, no que seja justo e honesto, moldar suas ações pela vontade dele. A situação atual da mulher é a de sócia do homem, e não de escrava, nem a da mulher *loco sororis* do direito romano. A civilização moderna completa a obra do Cristianismo e igualou, em sua situação recíproca, a mulher e o marido. [...] II – A guarda da honestidade e bons costumes do lar. III – A decisão de casos domésticos que se apresentem, como por exemplo, o assentimento para matrimônio de filhos, em que prevalece, contra a da mulher, a sua vontade (Código Civil, art. 186).”

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. V. II. 3. ed. São Paulo: Max Limond, 1947, p. 34.

²⁴⁵ BUENO, Ruth. **Regime jurídico da mulher casada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 15 e 16.

²⁴⁶ Vide ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 13.

²⁴⁷ TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 95.

submisión.”²⁴⁸ Também Pitágoras afirmava que “*hay un principio bueno que ha creado el orden, la luz y el hombre y un principio malo que ha creado el caos, las tinieblas y la mujer.*”²⁴⁹

O Direito romano reforçava esse pensamento, dispondo que a mulher estaria sob tutela permanente, ou do pai ou do marido.²⁵⁰ Esse pensamento de inferioridade da mulher perante o homem foi reproduzido nos séculos seguintes e reforçado com o sacramento do matrimônio nas doutrinas cristãs²⁵¹ e, mesmo após a Revolução Francesa, muitos filósofos como Comte e Schopenhauer partilhavam do entendimento de que “pela natureza” a mulher deve obediência ao homem, quem lhe garante proteção.²⁵² Inclusive no século XX, com o avanço das ciências médicas, não faltaram estudos para justificar tal inferioridade feminina no menor volume e peso do cérebro, por exemplo.²⁵³

Mesmo as reflexões de Tobeñas que contestam essa inferioridade natural, estariam de acordo com a ideia de que a mulher seria um ser intuitivo, enquanto o homem muito mais reflexivo.²⁵⁴ Apenas no final do milênio, conforme explicam as autoras Pimentel, Di Giorgi e Piovesan, “constata-se, a partir de pesquisas científicas – biológicas, antropológicas,

²⁴⁸ ARISTÓTELES. Política, I, Cap. V. Apud TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 95. Em tradução livre: “O homem, exceto por algumas exceções contrárias à natureza, é o chamado ao comando e não a mulher ... A força do homem está no comando; o da mulher, na submissão.” Também Platão esboçava pensamento idêntico: “*Quieres conocer en qué consiste la virtud de una mujer? Es fácil de definirla. El deber de una mujer consiste en gobernar bien su casa, vigilar todo lo interior y estar sometida a su marido.*” Em tradução livre da autora: “Queres saber em que consiste na virtude da mulher? É fácil de a definir. O dever de uma mulher consiste em governar bem a sua casa, vigiar todo o interior e estar submetida a seu marido.” TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 95.

²⁴⁹ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, María. **Derecho constitucional de familia**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 361. Em tradução livre: “existe um bom princípio que criou a ordem, a luz e o homem e um mau princípio que criou o caos, a escuridão e a mulher.”

²⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. V. II. 3. ed. São Paulo: Max Limond, 1947, p. 35.

²⁵¹ BUENO, Ruth. **Regime jurídico da mulher casada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 109. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 50.

²⁵² TOBEÑAS traz extrato da obra dos dois autores: Comte (Cours de Philosophie positive. 2. ed. Paris, 1864, p. 405) a partir de um ponto de vista evolucionista, afirma que o matrimônio consiste na subordinação da mulher perante o homem que teria se reproduzido em todas as idades da civilização. Schopenhauer afirmava: “*Es evidente, disse, que por naturaliza la mujer está destinada a obedecer, y prueba de ello que la que está colocada en esse estado de independencia absoluta, contrario a su naturaliza, se liga en seguida, no importa a qué hombre, por quien se deja dirigir y dominar, porque necesita un amo.*” Em tradução livre: “É evidente, disse, que por natureza, a mulher está destinada a obedecer e a prova disso é que a colocada nesse estado de independência absoluta, contrária à sua natureza, liga-se, em seguida, não importa a que homem, por quem se deixa dirigir e dominar, porque necessita de um amo.” SCHOPENHAUER. El amor, las mujeres y la muerte, Traducción de López Whiete. Valencia: Sempere, p. 85. Apud TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 96.

²⁵³ Vide estudos produzidos por TOBEÑAS, citando principalmente MOEBIUS, *La inferioridad mental de la mujer*. Mesmo para os autores a que TOBEÑAS considerava feministas justificavam o tamanho inferior do cérebro da mulher em razão da sua atrofia histórica. Vide TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 9-21.

²⁵⁴ TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 22.

psicológicas e sociológicas – que a subalternidade social e política da mulher não advém de fatores naturais: ela foi construída historicamente.”²⁵⁵ Como já dizia Beauvoir “ a mulher não nasce mulher, ela se torna mulher’.”²⁵⁶

Com base na inferioridade é que teve origem o regime de incapacidade da mulher casada, positivando costumes advindos do Direito comum francês do século XVI,²⁵⁷ nos primeiros Códigos Civis, justificando, o Código francês de 1804, o dever de obediência da esposa ao marido (art. 213: “*Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.*”²⁵⁸). No Direito romano, como tratado no item relacionado aos menores, todos da família estariam sob o poder do *pater familias*, o que não significava uma ausência de autonomia. A ideia de inferioridade era presente à época, não exatamente como uma incapacidade, mas como uma necessidade de proteção.²⁵⁹ A inspiração no Direito romano, no ideal de inferioridade e, em alguns casos, na especial tutela para a tomada de decisões (uma espécie de aconselhamento ante a inexperiência natural da mulher), influenciaram os dispositivos modernos.

Assim, estabeleceu-se o princípio da hierarquia do homem na sociedade conjugal como decorrência lógica da situação de inferioridade imposta à mulher, dita como menos dotada intelectualmente que o homem, bem assim sem a experiência necessária para a condição de dirigente.²⁶⁰ O regime dotal, que no Direito romano significava uma proteção à mulher,²⁶¹ também reproduzia o peso econômico representado pela esposa nos Códigos modernos, reforçando a necessidade do marido no seu sustento e a obediência da mulher ao chefe da família: “Ou seja, o dote seria a compensação financeira pelo ônus da manutenção da

²⁵⁵ PIMENTEL, Silvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 22-23.

²⁵⁶ BEUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo: fatos e mitos**. 4. ed. Trad.: Sérgio Millet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 7 et seq.

²⁵⁷ Os Costumes de Orleans traziam em seu art. 194: “*La mujer casada no puede donar, enajenar, disponer ni de modo alguno contratar entre vivos sin autorización y consentimiento de su marido.*” Vide TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 119-120.

²⁵⁸ FRANÇA. **Code Civil, 1804**. Disponível em: <http://f-oll.s3.amazonaws.com/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018. Tradução livre: “O marido deve proteção a sua mulher; a mulher deve obediência a seu marido.” Na exposição de motivos, Portalis justificou redação não afirmando uma inferioridade, a qual teria sido direcionada a crítica ao dispositivo, mas pela diferença de aptidão, um grau de incapacidade física, intelectual ou moral para reger-se por si mesma. TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 121.

²⁵⁹ TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 119-120.

²⁶⁰ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 50.

²⁶¹ Lex Julia impedia o marido de alienar os bens provenientes do dote. Vide TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 119. No direito moderno, o autor salienta que esse regime agravou a situação de incapacidade da mulher, ainda que tenha representado uma proteção por meio da instituição da hipoteca legal.

mulher. ”²⁶² Conforme salienta Gomes, até para o exercício do poder doméstico era necessário que estivesse a mulher autorizada, embora se presumisse essa autorização, cabendo ao marido decidir irrecorrivelmente.²⁶³

Posteriormente, mesmo que os Códigos afirmassem a capacidade da mulher, mantiveram o papel diretivo do marido na condução da sociedade conjugal. O Código Civil alemão de 1896 (BGB), segundo Kipp e Wolff, teria admitido a capacidade ilimitada da mulher, mas, para os assuntos da vida conjugal, o marido manteria o direito de decisão e a mulher o dever de segui-la. (§ 1354, 1).²⁶⁴ Na Itália, uma lei de 17 de julho de 1919 eliminou o art. 134²⁶⁵ e seguintes que sancionavam a incapacidade da mulher casada, sustentando o marido como chefe da família, como o art. 144 do Código Civil de 1942.²⁶⁶ Seria da essência da sociedade conjugal um mínimo de autoridade.²⁶⁷

Como visto, o Código Civil brasileiro de 1916, seguindo a tradição francesa, tratou da mulher casada como incapaz, sendo o marido o chefe da sociedade conjugal (art. 233)²⁶⁸ e quem exercia o pátrio poder (art. 380).²⁶⁹ Foi necessário, conforme aponta Estrella, uma emancipação da mulher, para referir ao processo histórico que passa do estágio de incapacidade, dependência e subordinação, para sua afirmação na sociedade.²⁷⁰

²⁶² LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 63.

²⁶³ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 152. Como poder doméstico, designava o autor “as prerrogativas da mulher casada como dona de casa.”

²⁶⁴ TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 129.

²⁶⁵ ITÁLIA. **Codice Civile, 1865**. “Art. 134. *La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, ne transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito. Il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni dei detti atti, salvo a lui il diritto di revocarla.*” Em tradução livre: “A esposa não pode doar, alienar bens imóveis, estipular hipotecas, contrair empréstimos, entregar ou coletar capital, realizar fiança nem transigir ou estar em juízo com relação a tais atos, sem autorização do marido. O marido pode, por escritura pública, dar a sua esposa a autorização geral para todos ou alguns dos referidos atos, exceto o direito de revogá-la. Disponível em:

<[https://it.wikisource.org/wiki/Codice_civile_\(1865\)/Libro_I/Titolo_V](https://it.wikisource.org/wiki/Codice_civile_(1865)/Libro_I/Titolo_V)>. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁶⁶ TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 130.

²⁶⁷ BRUN, Anne-Sophie; GALLIARD, Camille. La vulnerabilité de l'enfant et de la femme mariée: évolution historique de 1804 à nos jours. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 150.

²⁶⁸ “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²⁶⁹ “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²⁷⁰ ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 24-25.

O Estatuto da Mulher Casada retirou a incapacidade relativa, seguindo a prática dos demais países europeus.²⁷¹ A Lei 4.121/62 cassou a necessidade da autorização do marido para o exercício da profissão (art. 242, VII do Código Civil de 1916),²⁷² mas ainda boa parte da doutrina e a jurisprudência a exigia para a prática do comércio com fundamento no Código Comercial que não teria sido expressamente revogado.²⁷³

O referido Estatuto manteve o marido como chefe da sociedade conjugal e quem exerce o pátrio poder, mas com a colaboração da mulher (art. 233²⁷⁴ e 380²⁷⁵). Como forma de elucidar o dispositivo, buscando uma interpretação mais afim aos interesses da mulher, Bueno afirma que teriam sido impostos dois freios ao poder do marido: a colaboração da mulher e o interesse comum do casal e dos filhos, abandonado a sua função de “atender” ao marido.²⁷⁶ Os doutrinadores distinguiram a capacidade de poder, segundo os quais a distribuição de funções especializadas (como por exemplo, a direção da família) entre os dois cônjuges não resultaria em inaptidão, no sentido jurídico, de um ou de outro,²⁷⁷ mas um retrato de quem exercia o poder.

É de se ressaltar que essa posição do homem como chefe da sociedade conjugal e da mulher como mera colaboradora reforçou a concepção de fragilidade e subordinação feminina, “que tem seus comportamentos vigiados, controlados e qualificados (ex.: ‘conduta desregrada’, ‘comportamento extravagante’);” institucionalizando a “desequiparação de direitos,

²⁷¹ Vide TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 130 e segts.

²⁷² O Estatuto conferiu nova redação ao art. 246. “Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos incisos. II e III, do artigo 242.”BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²⁷³ Interessante a discussão travada na doutrina da época retratada por BUENO, Ruth. **Regime jurídico da mulher casada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.63-77. A dispensa da exigência da autorização do marido para o exercício do comércio somente ocorreu quando da publicação do parecer do Consultor Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, General Castelo Branco em 27 de abril de 1965.

²⁷⁴ “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).”BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²⁷⁵ “Art. 380. 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.” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²⁷⁶ BUENO, Ruth. **Regime jurídico da mulher casada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 16-18.

²⁷⁷ ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 58-60. Conforme refere o autor, embora reconheça-se capacidade jurídica, a mulher não teria poder de disposição em razão da sociedade conjugal.

legitimando tratamentos jurídicos diferenciados atribuídos ao homem e à mulher.”²⁷⁸ O Estatuto da Mulher Casada acentuava esse papel feminino na sociedade, ao dispor caber a ela a função de direção moral da família.²⁷⁹ Mesmo os autores críticos da condição de subordinação da mulher, enalteciam essa importante atribuição conferida pela legislação:

[...] sobrelava, pela importância de que se reveste, a delicada e nobilitante função que é chamada a desempenhar na direção moral da família. [...]. Desafortunadamente, porém, nos dias que passam, algumas mulheres, por comodismo, por omissão, por ingênita inaptidão [...] não dão à sua família (marido e filhos) a atenção que delas se espera [...].²⁸⁰

A partir da análise de julgados realizado pelas autoras Pimentel, Di Giorgi e Piovesan, é possível constatar o papel da mulher na manutenção do matrimônio e de que forma o Poder Judiciário refletiu as concepções de várias épocas. As autoras examinaram os períodos de 1970/77; 1978/88 e 1989/90, constatando a importância referida nos julgados, em todos os períodos, principalmente antes da Constituição de 1988, à “honestidade” da mulher para a questão da guarda dos filhos e alimentos, refletindo uma ideologia dominante patriarcal que admite a sua subalternidade.²⁸¹

Essa alteração quanto ao estereótipo da mulher veio a ser reconhecida internacionalmente pela Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979,²⁸² determinando às Constituições e aos Códigos

²⁷⁸ PIMENTEL, Silvia; GIORGI, Beatriz di; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 146.

²⁷⁹ “Artigo 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”. Redação dada pela Lei n. 4.121/62. BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²⁸⁰ ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 69. No mesmo sentido, GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 154.

²⁸¹ Vide PIMENTEL, Silvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, passim. As autoras evidenciam uma tendência conservadora nas decisões no sentido de reproduzir uma concepção patriarcal da família. No entanto, salientam que o “universo dos julgados apresenta uma heterogeneidade que não pode ser desprezada, sob pena de nos aventurarmos a uma generalização redutora, que por trás de si esconderia a complexidade do conteúdo das decisões. Há julgados que reproduzem estereótipos evidenciando a força de clichês e argumentos de autoridade e há outros que expressam ruptura moral, identificando-se frequentemente com uma concepção arrojada.” (p. 146).

²⁸² O Brasil aprovou a Convenção em 1983 (Decreto Legislativo nº 93 e Decreto Presidencial nº 89.460, de 20 de março de 1984), tendo ratificado internacionalmente em 1984 com reserva aos artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h). Apenas em 1994, o Congresso Nacional revogou o decreto 93, aprovando a Convenção sem reservas, o que foi ratificado, no mesmo ano, internacionalmente pelo Brasil. Internamente, apenas em 2002, foi publicado o Decreto Presidencial de nº 4.377, promulgando a Convenção sem reservas. Preveem os dispositivos citados: Art. 15. 4. “Os Estados-Partes concederão ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio.” Art. 16. 1. “Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e,

Civis dos Estados o predomínio do princípio da igualdade. Interessante observar que a Convenção expressamente trata da questão da capacidade,²⁸³ determinando que os Estados não reservem qualquer discriminação à mulher, a exemplo também do que, mais tarde, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007 prescreve quanto ao instituto da incapacidade às pessoas com deficiência mental.

Coube a Constituição consagrar definitivamente a igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal (art. 226, §5º²⁸⁴), com efetiva participação do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres,²⁸⁵ evidenciando a pressão social do movimento feminista para a positivação do direito das mulheres, inclusive com expressa menção da coibição da violência doméstica; avanço que não se logrou alcançar no âmbito da Convenção das Nações Unidas.²⁸⁶

A publicação da Constituição, no entanto, encontrou resistência por parte da doutrina e da jurisprudência quanto à sua imediata aplicação e revogação dos dispositivos do Código Civil e demais legislações infraconstitucionais, conforme evidenciou Lima.²⁸⁷ Como não houve

em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: a) O mesmo direito de contrair matrimônio; (...) c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; (...) g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

²⁸³ “Art. 15. 2. Os Estados-Partes reconhecerão à mulher, em matérias civis, uma capacidade jurídica idêntica do homem e as mesmas oportunidades para o exercício dessa capacidade. Em particular, reconhecerão à mulher iguais direitos para firmar contratos e administrar bens e dispensar-lhe-ão um tratamento igual em todas as etapas do processo nas cortes de justiça e nos tribunais.” NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

²⁸⁴ “Art. 226. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

²⁸⁵ PIMENTEL, Silvia; DI GIORGI, Beatriz ; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 17.

²⁸⁶ “Art. 226 [...]: § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018. Alteração substancial, nesse tema, só veio a ocorrer com a publicação da Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, oriunda da condenação do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Caso 12.051, Relatório n. 54/01. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual 2000**. Disponível em <www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso: 20 out. 2017.

²⁸⁷ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9 et seq. O autor cita a doutrina de João Batista Villela, intitulada ‘Sobre a Igualdade de Direitos entre Homens e Mulheres’: “A opção pela imediata aplicabilidade do imperativo igualitário promove, contudo, sem fundamento jurídico consistente, um verdadeiro salto sobre a atividade do legislador.” E acrescenta ao final: “Na Lei Maior do País, encontram-se não somente a formal declaração de que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, senão também, previstos e organizados, os mecanismos institucionais que permitem passar do discurso a práxis. Ignorar, porém, os instrumentos – para ir direito aos

revogação expressa aos artigos do Código Civil, muitos autores sustentaram a natureza meramente programática do dispositivo e apenas uma declaração formal de igualdade, aguardando mudanças legislativas que viriam a ocorrer pontualmente em determinados aspectos. Exemplo dessa alteração é o advento do Estatuto da Criança e Adolescente no que tange ao exercício do pátrio poder (art. 21),²⁸⁸ que seria a positivação da igualdade na Constituição com força efetiva, mas ainda com o nome pátrio poder, só sendo alterado mais adiante para poder familiar.²⁸⁹

Desde o advento do Estatuto da Mulher Casada, a doutrina tem denotado a resistência de se colocar em prática os dispositivos tendentes a assegurar maior igualdade à mulher,²⁹⁰ evidenciando, principalmente após a Constituição de 1988, o papel que deve ser exercido pelo Poder Judiciário. Esse papel, conforme se demonstrará na segunda parte dessa tese, deverá materializar a igualdade, sem descuidar-se da diversidade de gênero e de vulnerabilidades específicas. Trata-se, como no caso da mulher, da superação da incapacidade civil para o reconhecimento de direitos iguais, mas não meramente formais.²⁹¹

2.1.2.3 Os pródigos

O Código Civil de 1916 e o Código de 2002 trazem a figura do pródigo, não alterada pela Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência. Proveniente do Direito romano, em que se considerava o patrimônio um bem coletivo da família, a dilapidação da fortuna prejudicaria os herdeiros. Nesse tempo, a interdição só se referia aos bens que o indivíduo, por

resultados; atalhar os caminhos da ordem – ainda que por amor às suas promessas, não se compadece com aquilo em que a República Federativa do Brasil se diz constituir, no primeiro dos artigos de sua lei principal: Um Estado Democrático de Direito. ”

²⁸⁸ “Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. ”BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

²⁸⁹ Expressão substituída pela Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009.

²⁹⁰ BUENO, Ruth. **Regime jurídico da mulher casada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 64.

PIMENTEL, Silvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 146. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 180.

²⁹¹ Veja-se que na obra do espanhol TOBEÑAS, de 1955, o autor chega à conclusão de que é inaceitável qualquer teoria a respeito da inferioridade feminina, devendo ser reconhecidos direitos de igualdade, mas com compensações pela desigualdade originária. Embora não concordemos com a conclusão final a que o autor chega a respeito do papel feminino de “conservação da família”, há uma ruptura com o modelo de inferioridade afirmado por séculos, sendo que a sua obra foi publicada no momento em que se discutia o fim da incapacidade civil da mulher no Brasil e no mundo. TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 220-222.

força da lei, herdava de seus parentes.²⁹² Mais tarde, o pretor estendeu o alcance da prodigalidade, decretando a interdição como garantia, não mais simplesmente da família, mas do próprio indivíduo, e, assim, desapareceu a distinção entre os bens herdados da família e os adquiridos pela atividade do proprietário ou por testamento.²⁹³ Mesmo quando admitido, o instituto era objeto de críticas.²⁹⁴

No Direito brasileiro, permanece a tradição desde as Ordenações (Livro IV, título 103)²⁹⁵ até o Código Civil de 2002. As Ordenações unem as ideias de prodigalidade e de alienação ao tratar dos “curadores que se dão aos pródigos e aos mentecaptos.”²⁹⁶ Beviláqua reforça esse caráter da prodigalidade, que passa da consideração da propriedade comum da família à curadoria por alienação mental. Pontua que muita cautela deve ser dispensada à sua análise, devendo ser interditados apenas aqueles por alienação mental: “Os alienados pródigos sejam interditos, porque são alienados; os pródigos de espírito lúcido e razão íntegra sejam respeitados na sua liberdade moral, pois, sob color de proteger-lhes os bens, faz-se gravíssima ofensa ao direito de propriedade e à dignidade humana.”²⁹⁷

Santos reportava existir espécies de prodigalidade, decorrendo uma delas da monomania (*omniomania*), como sendo o indivíduo que compra de tudo, esse devendo ser interditado por absolutamente incapaz. Mas também distingue a prodigalidade como *cibomania*, como tendência irresistível aos riscos do azar (jogo) e outra que deriva unicamente da moralidade corrompida (álcool).²⁹⁸ Interessante observar que o autor explica, com essa distinção, o motivo pelo qual a prodigalidade figuraria entre causa de incapacidade, mas dela discorda:

Assim interpretando o Código, longe estamos de subscrever como razoável a sua doutrina, pois preferíamos que o Código não julgasse a prodigalidade

²⁹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 84.

²⁹³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 84.

²⁹⁴ Beviláqua traz como exemplo as críticas do filósofo Leão na Const. XXXIX que declarava não compreender a necessidade de interdição por prodigalidade, defendendo que se atenta exclusivamente ao ato: se for desarrazoado, não seja mantido, mas que sejam válidos os que se mostrarem fundados na razão. BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 84.

²⁹⁵ Conforme disposto nas Ordenações, aquele que “desordenadamente gasta e destrói sua fazenda.” Vide MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 318, set. /1935. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.

²⁹⁶ BICALHO, Clóvis Figueiredo Sette; LIMA, Osmar Brina Correa. Loucura e prodigalidade à luz do direito e da psicanálise. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n. 118, abr./jun. 1993, p. 368.

²⁹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 85.

²⁹⁸ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 274.

como causa de incapacidade por nos parecer mais consentânea com a orientação hodierna do pleno gozo de todas as liberdades.²⁹⁹

Ainda há divergências sobre a causa da prodigalidade, se em razão de alguma deficiência psíquica ou por “puro egoísmo”.³⁰⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em decisão de 1994, considerou que a prodigalidade mais teria a ver “com a objetividade de um comportamento na administração do patrimônio do que com o subjetivismo da insanidade da capacidade para os atos da vida civil.”³⁰¹ Assim, dever-se-ia considerar a questão relativa à inutilidade dos gastos e de certa habitualidade nessa conduta.³⁰² Lôbo salienta o rigor que é necessário nesse aferimento, enfatizando o perigo de servir o Poder Judiciário como instrumento da ganância de parentes que intentam a interdição daquele que se desfaz de bens para pretender adquiri-los após a sua morte.³⁰³ Continua o autor afirmando que, no mundo atual, desfazer-se de bens para permitir-se desfrutar de viagens ou outros desejos não pode, de modo algum, significar prodigalidade.³⁰⁴

A proteção da família constitui o cerne da interdição por prodigalidade. Tanto é assim que o Código Civil de 1916 determinava que o cônjuge, os ascendentes e descendentes poderiam requerer a interdição (art. 460).³⁰⁵ O Código Civil de 2002 alterou o dispositivo para admitir que qualquer parente ou até mesmo o Ministério Público pudesse requerer a

²⁹⁹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 274.

³⁰⁰ SANTOS, Murilo Resende dos. A proteção do pródigo e de sua família no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 55/2013, jul./set 2013, p. 93.

³⁰¹ Ementa: “Civil. Processo Civil. Interdição. Prodigalidade. Motivação. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com elementos ou fatos provados nos autos. (Art. 438, CPC). Assim e que, indicados os motivos que formaram o convencimento a respeito da prodigalidade determinante da interdição, não há que se cogitar de negativa da vigência ao art. 131 do Código de Processo Civil. Perfeitamente dispensável, no caso, referir a anomalia psíquica, mostrando-se suficiente a indicação dos fatos que revelam o comprometimento da capacidade de administrar o patrimônio. A prodigalidade é uma situação que tem mais a ver com a objetividade de um comportamento na administração do patrimônio do que com o subjetivismo da insanidade da capacidade para os atos da vida civil. Negativa de vigência ao art. 1180 do CPC não configurada. Recurso especial não conhecido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP. 36.208/RS, rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, Recorrente: Recorrido: julgado em 14/11/1994, DJ 19/12/1994, p. 35308).

³⁰² SANTOS, Murilo Resende dos. A proteção do pródigo e de sua família no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 55, jul. /set. 2013, p. 93.

³⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421.

³⁰⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421.

³⁰⁵ “Art. 460. O pródigo só incorrerá em interdição, havendo cônjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes legítimos, que a promovam.” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

interdição,³⁰⁶ o que foi objeto de críticas pela doutrina, uma vez que o Ministério Público não teria como função a defesa do patrimônio particular.³⁰⁷

A justificativa para a manutenção do dispositivo é referida pelo “fato de encontrar-se permanentemente sob o risco de reduzir-se à miséria, em detrimento de sua pessoa e de sua família, podendo ainda transformar-se em um encargo para o Estado, que tem obrigação de dar assistência às pessoas necessitadas.”³⁰⁸ Tal justificativa não tem razão de ser, fundamentada em uma visão do Estado como controle de atos de vadiagem e mendicância.³⁰⁹ O artigo foi novamente revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, ao dispor que o Ministério Público somente promoverá a interdição no caso de doença mental grave e subsidiariamente (art. 748).³¹⁰ O Código de Processo Civil também determina a realização de prova pericial nos casos de interdição a demonstrar que a prodigalidade, para a curatela, está relacionada a alguma deficiência mental, o que reabriria a controvérsia sobre a legitimidade do *parquet* e mesmo sobre a identidade da prodigalidade com “doença mental”.

A interdição diz respeito exclusivamente aos atos que possam comprometer o patrimônio, reservando a realização do que importa em simples administração (Código Civil, art. 1782).³¹¹ Assim, não pode o pródigo, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado.

³⁰⁶ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. Art. 1768. Posteriormente, o artigo foi revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

³⁰⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

³⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1.7** a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 120.

³⁰⁹ A vadiagem aparece como ilícito na Lei de Contravenções Penais, art. 59. “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.” BRASIL, Decreto-lei n. 3.688 de 3 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13688.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

A mendicância deixou de ser ilícito penal apenas em 2009, figurando no art. 60 da referida legislação. No século XVII, a vadiagem e mendicância permitiam a internação do indivíduo, referindo Foucault, “o momento em que a loucura é percebida no horizonte social da pobreza, da incapacidade para o trabalho, da impossibilidade de integrar-se no grupo; o momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade.” FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 78.

³¹⁰ Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747. ” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “

³¹¹ “Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

Na prática, pouco utilizado o instituto, pois necessitaria de uma iniciativa dos parentes próximos, inabilitando a pessoa para a realização de atos da vida civil, com forte estigma social. A simples ideia de dilapidar o patrimônio, sem qualquer alteração psíquica, poderia ensejar que uma parcela muito grande da população fosse considerada pródiga, pois estudos recentes demonstram que “6 em cada 10 famílias brasileiras estão endividadas”, uma realidade de 60 milhões de brasileiros.³¹²

O endividamento da população tem relação com a democratização do crédito e o acesso a bens de consumo, associado, muitas vezes, a fatos da vida como desemprego e divórcio ou mesmo ao descontrole provocado pelo uso do cartão de crédito, por exemplo. Trata-se de um fenômeno próprio da sociedade atual de consumo,³¹³ como será analisado na segunda parte desta tese.

Outro exemplo que contrasta bem o instituto da prodigalidade com a autonomia do sujeito é o caso do milionário brasileiro Jorge Eduardo Guinle, conhecido por ter gasto todos os seus bens (em torno de 100 milhões de dólares) em festas, viagens e aventuras amorosas, falecendo, sem nada, aos 88 anos, morando de favor no Hotel Copacabana Palace, tendo se casado 4 vezes e tido 3 filhos.³¹⁴ Apesar da fama como *playboy*, em nenhum momento, cogitou-se sua interdição.³¹⁵ Como afirmava: “O segredo do bem viver é morrer sem um centavo no bolso. Mas errei o cálculo e o dinheiro acabou antes da hora.”³¹⁶

A solução encontrada de proteção por meio do instituto da interdição por prodigalidade tem sido sempre o resultado da desaprovação da família com o modo de vida de um dos membros, via de regra, quando o indivíduo já está com idade mais avançada, remetendo também à questão da proteção da autonomia do idoso.³¹⁷ Em um caso julgado pelo Tribunal de

³¹² Vide RÁDIO CÂMARA. **Reportagem Especial – Superendividamento**: 6 em cada 10 famílias brasileiras estão endividadas. Publicado em: 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/524181-SUPERENDIVIDAMENTO-6-EM-CADA-10-FAMILIAS-BRASILEIRAS-ESTAO-ENDIVIDADAS-BLOCO-1.html>>. Acesso em: 03 out. 2017.

³¹³ MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 75, jul./set. 2010, p. 9 et seq.

³¹⁴ Vide ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA. **Jorge Guinle**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Jorge_Guinle#cite_note-gqb-7>. Acesso em: 09 out. 2017.

³¹⁵ Vide A ASCENSÃO e queda do império dos Guinle. **Revista Veja**. São Paulo, 13 jun. 2015. Disponível em: <<https://vejario.abril.com.br/cidades/a-ascensao-queda-imperio-familia-guinle/>>. Acesso em: 09 out. 2017.

³¹⁶ ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA. **Jorge Guinle**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Jorge_Guinle#cite_note-gqb-7>. Acesso em: 09 out. 2017.

³¹⁷ Ementa: “Apelação Cível. Ação De Interdição Parcial Prodigalidade. Demonstrado que o apelado, em idade avançada, está vulnerável e suscetível à influência de terceiros, bem como que ele vem dilapidando seu patrimônio, correndo risco de ficar sem bens para atender suas próprias necessidades, mostra-se cabível a sua interdição parcial. Deram provimento ao apelo, por maioria. ” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70061110565, Oitava Câmara Cível, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Apelante: L.F.B.O. Apelado: A. J. F. F. Julgado em 11/12/2014, Publicação: 16/12/2014.

Justiça de São Paulo, uma idosa de 77 anos foi considerada pródiga por ter doado ao motorista um imóvel residencial e a fração de 25% do que lhe pertencia.³¹⁸ No corpo do acórdão, foi detectada que a idosa tinha problema de relacionamento com os filhos, mas que não estaria fora de suas faculdades mentais, mas que “não haveria motivo para a doação de seus bens”. De outro lado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais não considerou pródigo o fato de um pai de 83 anos namorar uma moça de 20 anos.³¹⁹

Em outro processo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou que as dívidas contraídas por uma senhora em valor muito superior ao seu salário, justificavam a interdição por prodigalidade, uma vez constatado que sua atitude levou ao superendividamento da família.³²⁰ Verifica-se que, para os julgados, é necessária perícia para avaliar o comportamento do indivíduo sob o viés psicológico e psiquiátrico.³²¹

A necessidade de proteger a família e o indivíduo do descontrole provocado em relação à assunção de dívidas, causa de conflitos familiares e até do suicídio,³²² deve ser tutelado pelo

³¹⁸ Ementa: “Interdição - Comprovação da prática de atos de prodigalidade pela idosa ré - Ação procedente - Recurso desprovido.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Com Revisão 0096470-26.2005.8.26.0000; Relator (a): Morato de Andrade; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Vargem Grande do Sul – 1ª Vara Cível; Apelante: Maria Cavalheiro Rodrigues, Apelado: Beatriz de Deus Rodrigues. Data de Registro: 13/07/2006.

³¹⁹ Ementa: “Interdição - Prodigalidade - Prova Inábil. O fato de o pai, com 83 (oitenta e três) anos, namorar uma jovem de 20 (vinte) anos, não o configura pessoa pródiga, passível de interdição. Aliás, sequer o fato de o pai idoso, que namora uma jovem, haver alienado parte de seus bens, é motivo para o pedido de interdição por prodigalidade, sobretudo quando a prova de cunho dissipador não veio para os autos. Apelo improvido.” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0042.04.005687-3/001, Relator(a): Des.(a) Nilson Reis, 2ª Câmara Cível, Apelante: Sebastiana Miranda Borges e outros Apelado: José Miranda Borges. Julgamento em: 17/05/2005. Publicação em: 17/06/2005.

³²⁰ Ementa: “Interdição - Incapacidade Parcial - Pródigo - Incapacidade para os atos da vida negocial. Deve ser julgado procedente o pedido do requerente que pretende a interdição de sua esposa, na hipótese em que comprovada a sua prodigalidade.” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0024.01.589925-5/001, Relator(a): Des.(a) Manuel Saramago, 6ª Câmara Cível, Apelante: Pedro Alejandro Viera Abreu, Apelado: Zilá Ribeiro Abreu. Julgamento em: 07/12/2004. Publicação em: 30/12/2004. Veja-se no teor do acórdão: “Após deferimento da curatela provisória (fls.248), a interditanda, em interrogatório, afirmou que sempre teve compulsão por compras, especificadamente com coisas supérfluas, ocasionando um "processo de desespero de dívidas", com aquisição de inúmeros empréstimos, os quais não conseguiu quitar.” Mas o que determinou a sentença de interdição foi o acumulado das dívidas: “Não se pode afirmar que uma pessoa que auferir renda mensal em torno de R\$ 1.700,00 e possui uma dívida média de R\$ 200.000,00, com gastos supérfluos, apenas pratica maus negócios.”

³²¹ Entre outros, Ementa: “Interdição. Prodigalidade. Curatela Provisória. Antecipação De Tutela. Descabimento. 1. Somente é cabível a nomeação de curador provisório quando existem elementos de convicção seguros que evidenciem a incapacidade civil do interditando, por prodigalidade, o que não se verifica no caso em exame. 2. A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da pretensão deduzida pela parte na petição inicial, mas para tanto é imprescindível que haja prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, além disso, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que não vem demonstrado nos autos, não estando satisfeitos os requisitos postos no art. 273 do CPC. Recurso desprovido.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70063784797, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Agravante: J. S. B. Agravado: F. B. R. Julgado em: 06/03/2015. Publicado em: 10/03/2015.

³²² Vide CÂMARA DOS DEPUTADOS. Rádio Câmara. **Reportagem especial:** Superendividamento. Publicado em: 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM->

ordenamento jurídico. No entanto, essa proteção não deve ser feita pelo instituto da incapacidade, já abandonado no Direito francês desde a década de 60,³²³ que traz uma aproximação com a ideia de alienação mental, também afastada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e de completo apartamento do sujeito.

A proteção deve ser dirigida para uma tutela que leve em conta o contexto das dívidas na sociedade de consumo atual, com o olhar voltado à especial vulnerabilidade desses sujeitos, consumidores, superendividados, como será estudado na segunda parte dessa tese, ou na categoria de idosos ou pessoas com deficiência. A prodigalidade tal como delineada no Direito Civil como causa de incapacidade deixa de representar proteção ao sujeito, merecendo, por isso, sua revogação, já operada em diversos outros ordenamentos. O que deve ser aferido, no caso concreto, é, de um lado uma situação de superendividamento, cuja solução deve passar pelo processo de empoderamento do sujeito; de outro, alguma causa de distorção da vontade, justificando uma curatela parcial do sujeito (com referência expressa a determinadas situações) ou indisponibilidade de administração de determinados bens. Outras situações, como a ocorrência de dolo ou de lesão, também podem se apresentar para a tutela do patrimônio. A incapacidade geral, ainda que referente aos bens patrimoniais, afasta o sujeito, malferindo a sua autonomia.³²⁴

2.1.2.4 Os silvícolas

Os silvícolas também eram considerados relativamente incapazes no Código Civil de 1916. O termo remete àquele não-civilizado que “vive na floresta, selvagem.”³²⁵ Ainda com o imaginário de bom selvagem,³²⁶ o índio brasileiro mereceria proteção e, diante de sua condição,

[ESPECIAL/524181-SUPERENDIVIDAMENTO-6-EM-CADA-10-FAMILIAS-BRASILEIRAS-ESTAO-ENDIVIDADAS-BLOCO-1.html](#).> Acesso em: 03 out. 2017.

³²³ GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**: Les personnes. Paris: LGDJ, 1989, p. 436.

³²⁴ Nesse sentido: Ementa: “Interdição. Agravante, filha do agravado, nomeada como uma de suas curadoras – Ministério Público noticiou que o agravado passou por um estudo social – Laudo que demonstrou seu descontentamento em receber apenas R\$ 15,00 semanais e em torno de R\$ 60,00 mensais para gastar como quiser – Parquet que ressaltou que a aposentadoria do interditado era recebida em conta particular das curadoras – Determinação para que a curadora deposite em conta judicial os valores pertencentes ao agravado. Adequação, por estar em consonância com o instituto da curatela – Interdição que não impede o agravado de usufruir parte de sua aposentadoria – Destinação de sessenta por cento de tal verba que não implica dilapidação do patrimônio e que está em consonância com a dignidade da pessoa humana. Recurso improvido” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 0230269-24.2012.8.26.0000; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 1ª. Vara de Família e Sucessões; Agravante: Angela Maria Brambilla, Agravado: Caetano Brambilla. Data do Julgamento: 15/05/2013; Data de Registro: 17/05/2013.

³²⁵ Vide SANTOS, Debora Ribeiro et al. **DICIO – Dicionário on line de língua portuguesa**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/silvicola/>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

³²⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O índio brasileiro e a revolução francesa**: As origens brasileiras da teoria da bondade natural. 3. ed. São Paulo: Topbooks, 2000, passim.

sua vontade não lograria ser considerada, pois poderia ser ele facilmente ludibriado. Como afirma Pereira: “sua educação é muito lenta e difícil e é natural que o legislador crie um sistema de proteção que os defenda da má conduta dos homens inescrupulosos.”³²⁷

A concepção da época, adotada pelo Estatuto do Índio – Lei 6.001/1967 - distinguia os índios conforme estivessem integrados ou não-integrados,³²⁸ adotando uma visão integracionista dos povos indígenas.³²⁹ Essa visão estaria em conformidade com a ideia de que a condição de índio era transitória e se coadunava com a teoria do evolucionismo social, segundo a qual todas as sociedades humanas eram classificadas dentro de uma única escala evolutiva.³³⁰ Por serem primitivos e com evolução lenta, deveriam ser civilizados.³³¹ Esse pensamento era dominante, justificando também, no âmbito das relações privadas, sua incapacidade. No postulado da igualdade perante a lei, Levi-Strauss salienta que se anulava qualquer diversidade cultural, permitindo o uso do termo selvagem como aquele sujeito não-identificado nas mesmas bases sociais ocidentais.³³²

No cenário internacional, essa percepção também era amplamente aceita, como se observa na Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho, revelando um claro

³²⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 245.

³²⁸ BRASIL. Lei n. 6001 de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018. “Art. 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

.....
 Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.”

³²⁹ CAVALCANTI, Fábio da Costa. A capacidade civil e a culpabilidade penal dos indígenas em face da Constituição de 1988. **AGU**. s/d. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/650578>>. Acesso em :18 maio 2017.

³³⁰ BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito a diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, p. 43-65, jul. /dez. 2007, p. 46.

³³¹ BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito a diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, p. 43-65, jul. /dez. 2007, p. 47.

³³² LEVI-STRAUSS, Claude. **Race et histoire**. Paris: Gonthier, 1961, p. 22.

objetivo de integração.³³³ Apenas com a revisão dessa Convenção pela Convenção nº 169,³³⁴ abandonou-se o viés evolutivo para o reconhecimento de identidades coletivas indígenas permanentes.

Mesmo no modelo evolucionista, é possível identificar um movimento de fortalecimento dessas identidades indígenas, de forma pioneira na América, com o surgimento do Congresso Indigenista Interamericano, realizado no México, em 1940, sob assistência da União Pan-Americana (precursora da Organização dos Estados Americanos).³³⁵ Foi aprovada a Convenção de Patzcuaro (México), com a criação do Instituto Indigenista Interamericano e a indicação para os países adotarem um dia nacional do índio.³³⁶ Embora não tenha participado de início do Congresso, o Brasil ratificou a Convenção, através do Decreto nº 36.098, de 1954. Tratava-se de consolidar a adoção da política indigenista como política de Estado.

O Estatuto do Índio, conforme a exposição de motivos do Ministro da Justiça Buzaid,³³⁷ visava a atender o sistema da Convenção de Genebra (OIT nº107), destacando a visão integracionista. Procurou estabelecer o respeito pelas tradições, mas dispendo sobre “o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão

³³³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 107, de 1957**. “Art. 7º. 1. Ao serem definidos os direitos e as obrigações das populações interessadas, será preciso levar-se em conta seu direito costumeiro. 2. Tais populações poderão conservar seus costumes e instituições que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou os objetivos dos programas de integração. 3. A aplicação dos parágrafos precedentes do presente artigo não deverá impedir que os membros daquelas populações se beneficiem, conforme sua capacidade individual, dos direitos reconhecidos a todos os cidadãos do país e de assumir as obrigações correspondentes.” Internalizada pelo Brasil pelo Decreto Presidencial nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Disponível em:

<[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³³⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 169, de 1989**. Internalizado pelo Brasil pelo Decreto Presidencial nº 5.051 de 19 de abril de 2004. No Preâmbulo, deixa claro a posição de abandonar a teoria evolucionista: “Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;” Disponível em:

<<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20169.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³³⁵ ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA. **Congresso Indigenista Interamericano**. Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Congresso_Indigenista_Interamericano>. Acesso em: 30 nov. 2017.

³³⁶ No caso do Brasil, por meio do Decreto nº 5.540 de 2 de junho de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De15540.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018. Veja-se a redação: “O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e tendo em vista que o Primeiro Congresso Indigenista Interamericano, reunido no México, em 1940, propôs aos países da América a adoção da data de 19 de abril para o “Dia do Índio”, DECRETA: Art. 1º É considerada - “Dia do Índio” - a data de 19 de abril.”

³³⁷ CHAVES, Antônio. A condição jurídica do índio. Revista de Direito Civil, 9/27, jul./set. 1979. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. V. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 155.

nacional.”³³⁸ No mesmo período, proibiu-se a catequese dos indígenas com o reconhecimento de que não seriam suficientes “para transformá-los em cidadãos civilizados” e que poderia representar a “destruição das estruturas sociais e psíquicas dos índios que ainda permanecem em estado natural.”³³⁹

Nos termos do Estatuto do Índio, “são considerados nulos os atos praticados entre índios não integrados e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente” (art. 7º, § 8º, da Lei nº 6.001/73)³⁴⁰. Estariam sob o regime de tutela, exercido pela FUNAI,³⁴¹ devendo requererem ao juiz que os “liberassem” desse regime, comprovando dominar a língua portuguesa, razoável compreensão dos costumes nacionais e exercício de atividade útil, além de terem mais de 21 anos.³⁴²

Após serem integrados, a doutrina os reconhecia com o *status* de sujeito de direitos plenamente capazes:

Embora quanto à etnia não se possam alterar as características da origem, é rigorosamente certo que, do ponto de vista jurídico, o índio deixa de ser índio

³³⁸ “Art. 1º. Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.”

BRASIL. Lei n. 6001 de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³³⁹ A afirmação seria atribuída ao representante do Ministério do Interior na Fundação Nacional do Índio José de Queiróz Campos e publicada no Jornal “O Estado de S. Paulo” de 4.5.1968. Vide CHAVES, Antônio. A condição jurídica do índio. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. V. 4, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 156.

³⁴⁰ BRASIL. Lei n. 6001 de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³⁴¹ A FUNAI foi criada um pouco antes do Estatuto do Índio pela Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, que substituiu o antigo Serviço de Proteção aos Índios. “Art. 1º. Fica o Govêrno Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos têrmos da lei civil, denominada “Fundação Nacional do Índio”, com as seguintes finalidades: I estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de tôdas as utilidades nela existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional; d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;” BRASIL. Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

Interessante a observação de Ives Gandra sobre o órgão: “[...] foi criada uma instituição que é dirigida não pelos índios, mas por pessoas civilizadas, para ensinar aos índios como eles devem preservar os seus costumes, crenças e tradições, sendo curioso que seus dirigentes – nem os mais habilitados – não tenham nascido nem vivido longo tempo dentro de comunidades indígenas. É como se pedisse um ser humano que ensinasse os peixes a nadar, adaptando-os à sua técnica horrorosa.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. Apud SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 43.

³⁴² “Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.” BRASIL. Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

quando se integra na comunidade brasileira. A partir desse momento ele é um cidadão brasileiro comum, sem nenhum privilégio e sem qualquer proteção ou restrição especial.³⁴³

O Estatuto prevê ainda a “emancipação da comunidade”, com os mesmos requisitos para a capacidade individual, mediante decreto do Presidente da República.³⁴⁴ Chegou a ocorrer projeto de decreto, de 1978, para o fim de emancipar comunidades com requerimento de pelo menos 2/3 dos integrantes,³⁴⁵ levando com rigor a iniciativa integracionista no período militar.³⁴⁶ Essa iniciativa encontrou forte resistência na sociedade civil,³⁴⁷ tendo sido abandonada “temporariamente” pelo governo federal.³⁴⁸ Dentre as principais críticas, estaria o pensamento de compreender, como sinônimos, desigualdade e diversidade, sendo que o respeito por sua diversidade passa por um processo pelo qual o Estado não deve simplesmente se afastar da tarefa de conferir proteção a esse grupo vulnerável.³⁴⁹

O Código Civil de 2002 manteve a referência aos indígenas no artigo de capacidade, no entanto, direcionando a regulamentação da matéria para lei específica. Embora posterior à Constituição, a data de seu projeto talvez justifique o silêncio em relação à nova postura de tratamento das questões indígenas. Não houve a edição de lei específica desde o Estatuto do

³⁴³ CHAVES, Antônio. A condição jurídica do índio. Revista de Direito Civil 9/27, jul./set. 1979. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. V. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

³⁴⁴ BRASIL. Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018. “Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.”

³⁴⁵ Na realidade os 2/3 referiam-se apenas aos índios culturalizados, o que levava à possibilidade de a emancipação ser determinada pela minoria. COMISSÃO PRO-ÍNDIO. **Cadernos da Comissão Pro-Índio, n. 1 – A questão da emancipação**. São Paulo: Global Editora, 1979, p. 45.

³⁴⁶ Em 23 de dezembro de 1977, anunciou o então Ministro do Interior Rangel Reis: “É preciso acabar com a má-fé e ignorância dos que apoiam o paternalismo da FUNAI. [...] Precisamos deixar de lado o pensamento de que o índio é um ser diferente.” No dia 27, anunciou as metas da política indigenista: “(a) a integração rápida dos índios e a consequente emancipação; (b) a abolição do ensino bilíngue; (c) afastar as missões religiosas. Vamos procurar cumprir as metas fixadas pelo Presidente Geisel, para que através de um trabalho concentrado entre vários Ministérios, daqui a 10 anos possamos reduzir para 20 mil os 220 mil índios existentes no Brasil e daqui a 30 anos, todos eles estarem devidamente integrados na sociedade nacional.” COMISSÃO PRO-ÍNDIO. **Cadernos da Comissão Pro-Índio, n. 1 – A questão da emancipação**. São Paulo: Global Editora, 1979, p. 10-11.

³⁴⁷ CHAVES, Antônio. A condição jurídica do índio. Revista de Direito Civil 9/27, jul./set. 1979. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. V. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 161.

³⁴⁸ Para o histórico, vide: COMISSÃO PRO-ÍNDIO. **Cadernos da Comissão Pro-Índio, n. 1 – A questão da emancipação**. São Paulo: Global Editora, 1979, p. 9 et seq.

³⁴⁹ SETOR DE ANTROPOLOGIA – DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA SOCIAIS – USP et ali. Antropólogos manifestam-se contra projeto de emancipação de grupos indígenas. In: COMISSÃO PRO-ÍNDIO. **Cadernos da Comissão Pro-Índio, n. 1 – A questão da emancipação**. São Paulo: Global Editora, 1979, p. 18-19. Conforme o manifesto: “Diversidade não significa desigualdade: democracia racial não é, necessariamente, a fusão de todos em um modo de ser único, mas talvez o reconhecimento do valor de modos de ser diferentes. Há que se respeitar essa diferença.”

Índio, devendo ser pontuado que a Constituição Federal trouxe um novo olhar em relação à comunidade indígena, determinando o rompimento com a visão integracionista.³⁵⁰ Assim, não podem ser tratados mais como incapazes, devendo tal dispositivo ser revogado com o advento da Constituição, mas subsistem nas suas especificidades que os definem como vulneráveis no âmbito social.

2.1.2.5 Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental tenham o discernimento reduzido. Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo

O Código Civil de 2002 trazia a possibilidade de haver capacidade relativa em razão de deficiência mental reduzida e para os excepcionais, mas em incisos separados, reforçando uma maior “autonomia” dos excepcionais, diagnosticados com Síndrome de Down (art. 4º, II e III). O Código adotou um sistema bio-médico, conforme afirma a doutrina, cabendo “à ciência médica definir e distinguir em que consiste a deficiência mental e o desenvolvimento incompleto, e extremar esses estados em relação aos excepcionais.”³⁵¹ Os termos excepcionais e deficiente são ambos criticados pela doutrina especializada por embutir um preconceito que pretende ser dissipado nos dias de hoje.³⁵²

A intenção do Código Civil de 2002 era permitir, ao contrário do Código Civil de 1916, uma capacidade relativa para aquele que não possuía discernimento totalmente comprometido. Assinalava já uma tendência em separar a pessoa com deficiência do instituto da incapacidade. No entanto, a mudança só viria a ocorrer com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, que aboliu totalmente, do instituto da incapacidade para as pessoas com deficiência.

A orientação que merece ser seguida em relação a esse dispositivo guarda semelhança com as demais hipóteses de incapacidade. Não é a existência de enfermidade ou diagnóstico de síndrome de Down que leva à incapacidade, mas a ausência ou o reduzido grau de discernimento que poderá decorrer, ou não, da enfermidade. Por isso a importância de dissociar a enfermidade do instituto da incapacidade, permitindo uma maior autonomia do sujeito.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Paulo Celso. Os povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, passim.

³⁵¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 243.

³⁵² SASSAKI, Romeu Kasumi. Como chamar as pessoas que tem deficiência? **Revista da Sociedade Brasileira de Ostomizados**, São José dos Campos, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p.8-11. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1855>> Acesso em: 23 out. 2017.

Permaneceu, no Código Civil de 2002, a hipótese de incapacidade relativa para os ébrios habituais e viciados em tóxicos.³⁵³ Conforme assevera Pereira, “mais do que qualquer outra é sujeita a incertezas, porque não existe um parâmetro preciso para distinguir o dipsômano habitual e o toxicômano de pessoas que fazem uso da bebida e do tóxico sem perderem a consciência dos atos que praticam.”³⁵⁴ Ainda complementa a doutrina:

No que tange aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos, em nosso entendimento, houve um grande retrocesso do legislador. O ébrio habitual e o viciado em tóxico deveriam ser enquadrados em outros dispositivos. Tais causas ou situações fáticas podem ser consideradas “causas transitórias” de incapacidade. Se o ébrio e o viciado, por conta de seus vícios, ficarem plenamente privados de discernimento, serão considerados absolutamente incapazes, na forma do inc. III do art. 3.º do CC.³⁵⁵

Assim, embora a intenção do legislador fosse criar um dispositivo de proteção a essas pessoas, inovação essa que não encontra paralelo no Direito comparado,³⁵⁶ a opção não foi acolhida na prática jurídica,³⁵⁷ sendo mesmo assim mantida no ordenamento civil, ainda que após o advento da Lei 13.146/2015. A manutenção de tal categoria apenas reforça estigmas, como em relação às pessoas com deficiência. O alcoolismo ou o vício em drogas poderá eventualmente ensejar, caso de acordo com a vontade do indivíduo, mecanismos de curatela ou tomada de decisão apoiada, sem que isso possa interferir na capacidade do sujeito.

A criação de um dispositivo para a incapacidade relativa no que se refere ao grau de deficiência mental visava a responder à crítica quanto aos vários contornos da lucidez, superando o dogma clássico entre o “homem inteligente e o imbecil.”³⁵⁸ A mudança, no entanto, caiu na total incompreensão do Poder Judiciário, sendo-lhe suprimida praticamente por completo a eficácia, de forma que quase todos os casos levados a julgamento determinam a

³⁵³ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 4º. [...] II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico,”

³⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 243.

³⁵⁵ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Livro eletrônico, s/p.

³⁵⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 243.

³⁵⁷ Em pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça não foram encontrados acórdãos, discutindo a incapacidade dos ébrios habituais. As discussões ou giram em torno da imputabilidade penal ou em razão da invalidade para fins de benefício previdenciário. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 jul. 2017.

³⁵⁸ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 43: “Em effet, le législateur ‘n’a envisagé aucun système intermédiaire, l’homme est intelligent ou il est imbecile””. SIMON, Odile. La nullité des actes juridiques pour trouble mental. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 72, année 1974, p. 723.

curatela total e a incapacidade absoluta.³⁵⁹ Nos efeitos, em relação às tipicidades de relativa incapacidade, a prática jurídica considera, caso a caso, as hipóteses de nulidade, inclusive revertendo efeitos de ato aparentemente anulável para nulo quando praticado por relativamente incapaz.³⁶⁰

A teoria das invalidades irá, por meio da ausência de vontade hígida, procurar tutelar o incapaz. Assim, o capítulo seguinte tratará das hipóteses de exclusão dos atos praticados por meio dos sujeitos absolutamente e relativamente incapazes.

2. 2 Os planos do negócio jurídico e a capacidade na teoria das invalidades

A categoria de negócio jurídico se relaciona com a abordagem dos planos de existência, validade e eficácia, desenvolvida, no Brasil, por Pontes de Miranda.³⁶¹ O plano da existência busca elementos mínimos para que se entenda que há um acordo jurídico, ainda que desrespeite as normas de Direito.³⁶² No plano da existência, no plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. Basta a incidência da norma jurídica para que o suporte fático ingresse no mundo jurídico.³⁶³ Na famosa explicação de Pontes de Miranda, a norma jurídica colore os fatos, “algo como uma prancha da máquina de impressão”.³⁶⁴

A ausência dos elementos tem como consequência a não-existência do negócio, como negócio jurídico. Para Azevedo, tratar-se-ia de negócio aparente, evitando a expressão contraditória de negócio inexistente (pois o preenchimento dos pressupostos conceituais para

³⁵⁹ ABREU, Célia Barbosa. **Curatela & Interdição Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 3-4.

³⁶⁰ Ementa: “Processual Civil e Administrativo. Violação do art. 535 Do CPC Não caracterizada. Anulação de ato administrativo. Desligamento de servidor. Relativamente incapaz. Distúrbio psiquiátrico grave. Reintegração. Efeitos *ex tunc*. Indenização devida. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Inexistente violação referente à suposta irregularidade na representação processual do autor da demanda, uma vez que a incapacidade relativa reconhecida pela instância ordinária se verificou apenas à época de formalização do pedido de desligamento do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, não persistindo à data da propositura da ação. 3. A anulação de ato administrativo de desligamento de servidor opera efeitos *ex tunc*, sendo cabível indenização referente aos vencimentos devidos, relativamente ao período compreendido entre a concretização do ato anulado e a efetiva reintegração. Precedentes. 4. Recurso especial não provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1326996/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul, Recorrido: Juliano Rojas e Silva, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013.

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p.5.

³⁶² SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo**: Vontade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.

³⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico**: Plano da existência. 19 a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141.

³⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

negócio diz respeito a sua própria existência) e revelaria apenas uma *aparência* de negócio. Inexistente, aparente, sem produzir; portanto, nenhum efeito.

O segundo plano é o plano da validade, em que se situam as nulidades, conceituadas por Pontes de Miranda, como sinônimo de deficiências e não insuficiências.³⁶⁵ Azevedo afirma ser o plano que qualifica o negócio e seus elementos.³⁶⁶ Para Betti, essa deficiência que qualifica a nulidade pode ser variável conforme as condições históricas e sociológicas.³⁶⁷ Cumpre salientar que o entendimento do plano da validade nunca foi pacífico na doutrina, havendo concepções no sentido de ser sinônimo de inexistência ou de ineficácia.³⁶⁸

Para essa perspectiva dos planos, para se compreender o espaço destinado à análise do plano da validade, é preciso estabelecer, em um primeiro momento, que o ato jurídico exista, isto é, ingresse no plano jurídico. Tendo ingressado, analisa-se os requisitos ou qualidades que os elementos devem ter. Apenas os fatos que provém de atos humanos estão dentre aqueles que se analisa a validade. Tratando-se o negócio jurídico e o ato jurídico de declaração de vontade, é essa mesma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais.³⁶⁹

O plano da eficácia é parte do mundo jurídico em que os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos – deveres; pretensões – obrigações, ações – exceções, ou os extinguindo.³⁷⁰ Conforme acentua Pontes de Miranda:

A ineficácia dos negócios jurídicos tem de ser considerada tendo-se em vista a eficácia que se tinha por fim com eles, o que não é o mesmo que considerá-la tendo-se em vista o seu conteúdo. [...] Negócio jurídico ineficaz pode dar ensejo a consequências, e. g., a perdas e danos.³⁷¹

Azevedo trata esse terceiro plano como fatores de eficácia, justamente para conferir o caráter externo que eles teriam nos negócios jurídicos. O autor classifica esses fatores em: “a)

³⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p.5.

³⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

³⁶⁷ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo III. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p.12.

³⁶⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 537 et seq. e THEODORO JÚNIOR, Humberto. Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 780, out./2000, p. 11 et seq.

³⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

³⁷⁰ MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico: Plano da existência**. 19 a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

³⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

fatores de atribuição da eficácia em geral,” referindo-se àqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz, como as condições suspensivas, a recepção da declaração pelo destinatário nos negócios receptivos, a outorga de poderes pelo representado quando o representante agiu sem poderes,³⁷² dentre outros; “b) fatores de atribuição da eficácia diretamente visada,” como os indispensáveis para que um negócio, que já pode ser eficaz entre as partes, produza os efeitos por ele visados, entre eles, o negócio do mandatário sem poderes e o terceiro; e “c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa,” para que o negócio dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros e *erga omnes* como na cessão de crédito notificada ao devedor e registrada.³⁷³ Por fim, haverá hipótese de que o negócio esteja submetido a um fator de ineficácia superveniente como, por exemplo, submetido a uma condição resolutiva.

Pontes de Miranda compreende como fatores anexos, externos, apenas o que denomina de determinações anexas, como o encargo/modo. As condições e termos seriam determinações inexas,³⁷⁴ ambas relacionadas ao plano da eficácia.

A compreensão dos três planos, embora conduza a uma perspectiva consequencialista – existir, valer e ser eficaz –; são independentes, do que deflui a principal consequência prática da divisão. O existir independe completamente de que o ato jurídico seja válido ou de que seja eficaz. No entanto, para que seja válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, é necessário que exista. Em geral, o ato jurídico precisa ser válido para ser eficaz, não, porém, essencialmente. O ato jurídico inválido pode ser eficaz. O ato válido pode ser também ineficaz. Trata-se da aplicação da chamada escala ponteana.³⁷⁵

Azevedo admite haver negócios jurídicos nulos que possam eventualmente produzir efeitos, o que denomina de “exceções” e como tal devem ser tratadas. Pontes de Miranda também não nega a existência de negócios inválidos que possam produzir efeitos. Em relação

³⁷² “Art. 662: Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

³⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

³⁷⁴ Exemplifica o autor a criação do neologismo: “Se A diz: “pagarei x a B, no dia 23 de abril”, A deve x, que a 23 se obriga a pagar, e a determinação do termo é ínsita na manifestação de vontade “pagarei x a B, no dia 23 de abril”. Determinação, portanto, inexas. Se A diz: “dôo a B a casa, devendo B continuar zelando pelo jardim” criei obrigação a B, anexando-a à manifestação de vontade de doar. O *modus* ou encargo é a mais típica das determinações anexas.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

³⁷⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.

aos atos anuláveis, denomina “*eficácia intermística* do anulável,”³⁷⁶ referindo-se os efeitos que o ato anulável produz até a sentença constitutiva negativa que o invalida.

Ambos negam a possibilidade de efeitos do ato inexistente, pois o inexistente não ingressa no mundo jurídico. Conforme assevera Pontes de Miranda: “o ser juridicamente e o não-ser juridicamente separam os acontecimentos em fatos do mundo jurídico e fatos estranhos ao mundo jurídico.”³⁷⁷ E segue o autor: “se o ser pode não produzir efeitos, efeitos não podem vir do não-ser, do nada, do inexistente.”³⁷⁸ Por isso, Azevedo denomina o negócio inexistente de “negócio aparente”, explicando que, com essa denominação, evitaria confusões a respeito do negócio que seria apenas uma aparência do ato. Para essa concepção, a aparência não pode produzir efeitos, pois não é no mundo jurídico.

A ideia dos atos inexistentes teria nascido em razão da ausência de previsão expressa para casos em que se procurava afastar efeitos, mesmo sem haver expressa menção pela lei a respeito da nulidade, sendo que, no Direito francês, a nulidade deveria ser expressa (*pas de nulité sans texte*).³⁷⁹ Tal era o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou sem forma estabelecida em lei. Conforme Pereira, “a teoria dos atos inexistentes prescinde de previsão legal, podendo ser aplicada, por exemplo, em matérias que não admitem nulidades virtuais, como o casamento.”³⁸⁰ Não há menção expressa de atos inexistentes pelo Código Civil, o que leva parte da doutrina a afirmar a sua não adoção no Direito brasileiro.³⁸¹ A prática judiciária, no reconhecimento de inexistência, pretende o desfazimento de efeitos, já que a própria

³⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 35.

³⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 8.

³⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 9.

³⁷⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Ano 6, n. 1, 2017, p. 16. Disponível em: <www.civilistica.com.>. Acesso em: 8 ago. 2017. A expressão se refere à ausência de causa de nulidade que não esteja expressamente consignada em lei.

³⁸⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 544.

³⁸¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 181. Importante referência do autor, nesse sentido: “A crítica formulada por Clóvis do Couto e Silva ao anteprojeto do atual Código Civil, no sentido de que o texto deveria ser adaptado à tricotomia existência-validade-eficácia, foi veemente rechaçada por Moreira Alves, responsável pela redação original da Parte Geral.” Na mesma direção quanto à falta de acolhimento da teoria da inexistência, vide TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015 – altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 438.

discussão sobre determinado “ato” demonstraria uma subsistência, incompatível ao seu próprio não-ser ontologicamente.³⁸²

Posteriormente, no segundo plano, o da validade, é que se sustenta a própria distinção teórica promovida pela teoria do fato e independência da categoria do negócio.³⁸³ Há assim uma identidade do plano da validade com a categoria de negócio jurídico.³⁸⁴

A importância do negócio jurídico para o Direito Privado passa pela análise de suas definições voluntaristas e subjetivas, como manifestação de vontade destinada a produção de efeitos e para percepções preceptivas, objetivas, de Bulow, Larenz e Betti, em que o negócio constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante.³⁸⁵ Apenas os fatos que provêm de atos humanos estão entre aqueles de que se analisa a validade. Nesse caso, a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico *strictu sensu* e negócio jurídico), de que se analisa essas qualidades.³⁸⁶

É no plano da validade que se situa o regime de incapacidade. O ato praticado pelo absolutamente incapaz é causa de nulidade (art. 166, I, do Código Civil) e, pelo relativamente incapaz, causa de anulabilidade (art. 171, I, do Código Civil). Nulidade e anulabilidade são, portanto, sanções específicas do Direito Civil estabelecidas em favor dos incapazes.³⁸⁷ Mister salientar que a questão relativa à nulidade diz respeito aos atos jurídicos *latu sensu*, em que se inscrevem os atos jurídicos *strictu sensu* e os negócios jurídicos.³⁸⁸

Assim, é possível identificar o instituto da capacidade com o desenvolvimento da teoria do negócio jurídico no sentido de proteger a vontade manifestamente inválida. Por isso, o

³⁸² SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 184.

³⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

³⁸⁴ Os Pandectistas passaram a escrever com uma só palavra “*Rechtsgeschäft*” (negócio jurídico) a expressão “*ein rechtliches Geschäft*” que vinha sendo empregada pelos jusnaturalistas desde o século anterior para designar o ato jurídico em que a vontade tinha liberdade de escolha. Vide MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.

³⁸⁵ COUTO e SILVA, Clóvis. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, jan./mar. 1985, p. 241.

³⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, passim e MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico**: Plano da existência. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

³⁸⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 288.

³⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p. Conforme explica o autor: “Os primeiros recebem a vontade com efeitos pré-estabelecidos, enquanto que, nos negócios jurídicos, reconhece-se o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem.”

instituto é variável e alguns já apontam “por uma extinção ao mesmo passo em que as causas deficitantes da capacidade de fato se esvaecem ou cessam de existir,”³⁸⁹

2.2.1 A invalidade como ausência de requisitos do negócio jurídico: Nulidade para a proteção do incapaz

A teoria da nulidade encontrou seu apogeu concomitantemente ao apogeu do dogma da vontade na ciência jurídica. O negócio jurídico mais característico, o contrato, era cunhado como espaço de liberdade e autonomia para as partes. Embora Pontes de Miranda rejeitasse a expressão autonomia da vontade,³⁹⁰ as obrigações apenas se estabeleciam, no espaço privado, em razão dessa liberdade contratual, refletindo os dogmas pós-revolucionários de igualdade (formal) e liberdade.

Nessa perspectiva da dogmática da teoria do negócio jurídico, a invalidade diz respeito à ausência dos requisitos exigidos pela lei para qualificar os elementos do negócio jurídico. A doutrina concebe a invalidade como sanção,³⁹¹ no sentido de punição à conduta que infringe as normas jurídicas por meio das quais se busca impedir que aqueles que praticaram atos inválidos possam obter resultados jurídicos.³⁹²

Azevedo afirma ser o plano da validade o que qualifica o negócio e seus elementos.³⁹³ Tal a importância da expressão da vontade, que o sujeito que não pudesse exprimi-la era considerado incapaz, e aí estava um defeito do negócio jurídico. A nulidade em relação à capacidade é um requisito do negócio, denominado por Azevedo de um elemento geral extrínseco:

Os requisitos, por sua vez, são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido. Há certo paralelismo entre plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo: o negócio existe e os elementos são; o segundo é, a grosso modo, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades que os elementos devem ter. Há, no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo, a validade, o negócio válido e os requisitos como qualidades dos elementos.

³⁸⁹ EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 139.

³⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 s/p.

³⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

³⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

³⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

Por isso mesmo, se o negócio jurídico é a declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mesma declaração transbordada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a declaração de vontade, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé [...]

Quanto aos elementos gerais extrínsecos, temos que: a) o agente deverá ser capaz e, em geral, legitimado para o negócio; b) o tempo, [...] c) o lugar [...].³⁹⁴

Na análise de sua afirmação, pode-se concluir que a ausência de vontade hígida seria um elemento intrínseco ao ato jurídico, mas a capacidade, elemento extrínseco. Assim, pelo menos em tese, o autor dissociou a capacidade da qualidade da vontade, uma vez que a lei é que confere tanto a capacidade como a legitimidade ao agente. No entanto, ao se proceder à análise das categorias de incapacidade, como feito no capítulo anterior, é justamente em razão de uma “fraqueza” ou uma “debilidade” do sujeito que se justificaria o regime de incapacidade para a sua proteção. A vontade querida sem consciência da realidade poderia ensejar tanto a nulidade do negócio como determinar a própria incapacidade do indivíduo. Essa análise reforçaria o entendimento de que a nulidade pela incapacidade do agente seria um preceito específico, mas que tenderia a ser inserido na ideia geral de invalidade como deficiência do negócio jurídico.³⁹⁵

O apuro lógico-matemático da distinção entre os planos sempre foi enfatizado por Pontes de Miranda para a melhor compreensão do fenômeno jurídico. Beviláqua, embora tenha recepcionado a teoria dos atos jurídicos para a elaboração de uma Parte Geral no Código Civil de 1916, não trabalhava com a mesma precisão conceitual quanto aos termos ineficácia e invalidade. Em sua obra *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, em que analisa artigos daquele diploma legal, ao se referir ao disposto no art. 82, aduz: “o acto jurídico tem por conteúdo uma declaração de vontade. O agente, portanto, deve ser capaz de querer validamente. A ordem jurídica declara ineficaz a vontade dos incapazes.”³⁹⁶

Em outras passagens do Código Civil de 1916, a ausência de distinção, nesse aspecto, restou evidenciada, por exemplo, ao ser referir ao art. 145, V, para definir o ato nulo: “Art. 145. É nulo o ato jurídico: V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou *lhe negar efeito*”

³⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42-43.

³⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p.5.

³⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931, p. 321.

(grifado). Ou ainda, no próprio conceito de ato jurídico: “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.” Na parte especial, também se observam tais confusões: “Art. 1.067. Não vale, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se se não celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solemnidades do art. 135 (art. 1.068). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).”³⁹⁷

O Código Civil de 2002 teria tratado de absorver os ensinamentos da doutrina sobre o tema. Incorporou a teoria do negócio jurídico, ao fazer referência em toda a parte geral, a essa categoria. Quando se refere ao negócio nulo, nenhuma referência faz aos seus efeitos (“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”). Na questão relativa à cessão de crédito, trabalha os efeitos: “Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.” O Código trata das hipóteses de nulidade e anulabilidade no seu corpo, não tendo se referido expressamente à teoria dos planos com divisão “existência, validade e eficácia.” Nesse último aspecto, trata apenas da condição, termo e encargo, o que seria, na realidade, modo de cumprimento da obrigação.³⁹⁸

Também na análise de muitos julgados, a distinção entre planos, muitas vezes, é suscetível de críticas. O Supremo Tribunal Federal³⁹⁹ e, mais recente, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁰ consideram a venda a *non domino* como causa de nulidade. A doutrina⁴⁰¹ critica esse posicionamento, salientando que a hipótese é de ineficácia para os efeitos finais visados pelo negócio.

³⁹⁷ BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

³⁹⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 181.

³⁹⁹ Ementa: “Prescrição. Venda "a non domino". É perfeitamente razoável a interpretação segundo a qual se rege pela prescrição do art. 179, e não pelo art. 178, parágrafo 9, v, "b", do Código Civil, a da ação de indenização contra quem vendeu coisa que lhe não pertencia. O caso e de nulidade do art. 145, II, do Código Civil, e não de anulabilidade por dolo ou simulação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 71091, Relator: Min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma. Recorrente: Francisco Ferreira de Almeida e S/ Mulher Recorrido: Luiz Pereira do Amorim julgado em 08/06/1973, DJ 10-09-1973, p. 06516.

⁴⁰⁰ Ementa: “Agravo regimental. Agravo em Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Dupla venda de imóvel. Negócio jurídico nulo. Ausência de averbação da promessa de compra e venda no registro imóveis. Presunção relativa de boa-fé. Existência de prova em contrário. Inversão do julgado. Óbice da súmula 7/STJ. Nulidade. Matéria de ordem pública.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 75.615/TO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma Terceira Turma, Recorrente: José Pedro Catani de Paula, Recorrido: Norio Oda e outro, julgado em 19/02/2013, DJE 22/02/2013.

⁴⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

Essa confusão entre os planos é apontada por Souza em decorrência da natureza estática da validade, dissociada completamente do plano da eficácia.⁴⁰² Além disso, a ideia de ser requisito da vontade, do objeto ou da forma, acaba por abrir mão dos valores do ordenamento jurídico.⁴⁰³ Esses valores são ordenados apenas pelo legislador ao enumerar as causas de validade e, posteriormente, ao admitir as chamadas invalidades virtuais, quando o ordenamento aponta contrariamente a um ato sem, no entanto, expressamente prever a consequência de sua invalidade.⁴⁰⁴ Nesse sentido, a redação do art. 166, VII, do Código Civil de 2002: “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”⁴⁰⁵

Certo é que o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 reputam nulo o negócio jurídico praticado pelo absolutamente incapaz.⁴⁰⁶ No entanto, ainda sob a égide do Código de 1916, a doutrina apontava inúmeras exceções a essa regra.⁴⁰⁷ É o caso, por exemplo, do casamento que, mesmo contraído por absolutamente incapaz, é anulável e não nulo, e a aceitação da doação pura que é considerada válida pelo ordenamento civil.⁴⁰⁸

De se notar ainda que nulidade é considerada medida de proteção conferida aos incapazes que são colocados nesse regime também com o propósito de proteção. Embora alguns autores entendessem que os atos praticados pelos incapazes seriam nulos por disposição do Código e por expressarem o postulado de que não há vontade hígida, o próprio Código excetua essa regra.⁴⁰⁹ Veja-se o que dispõe o art. 181 do Código Civil de 2002: “Ninguém pode reclamar

⁴⁰² SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Ano 6, n. 1, 2017, p. 18. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁴⁰³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Ano 6, n. 1, 2017, p. 18. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁴⁰⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 529 et seq.

⁴⁰⁵ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁰⁶ “Art. 145. É nulo o ato jurídico: I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5).” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018. “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁰⁷ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. V. 2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 827.

⁴⁰⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.”

⁴⁰⁹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. V. 2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 830.

o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.”⁴¹⁰

Assim, a essa invalidade apenas pode ser invocada em benefício do sujeito a quem a lei pretende proteger, o que destoa do próprio conceito de validade como preenchimento de requisitos. Esse é o propósito do enunciado nº 537, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2013, a respeito da interpretação do art. 169 do Código Civil de 2002:⁴¹¹ “A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela.”⁴¹²

Essas exceções representarão uma desconfiança na própria teoria dos planos do negócio jurídico. Como premissa, a lei considera a ausência de vontade do incapaz para a produção de negócio jurídico válido, no entanto, o próprio Código assenta diversas exceções à essa consideração. Sem contar a chamada categoria dos atos-fatos,⁴¹³ como será analisada posteriormente, ou, como denominou Clóvis do Couto e Silva, atos existenciais,⁴¹⁴ que abalarão a estrutura dos negócios jurídicos. Não integrariam a categoria de negócio, pois para esse, o cerne é a manifestação de vontade.⁴¹⁵ Não se trataria de negócio inexistente, tampouco negócio jurídico, mas como o próprio autor refere, de uma confiança geral no tráfego comercial com reconhecimento jurídico.

Assim, a teoria dos planos, ao se considerar inválidos os atos praticados por incapazes, merece uma nova abordagem que será estudada na segunda parte quando se tratará de uma nova perspectiva para a invalidade como controle de proteção para a tutela da vulnerabilidade e da diversidade. A invalidade não é apenas intrínseca ao ato, mas decorrente da análise de um juízo

⁴¹⁰ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. No Código Civil de 1916: “Art. 83. A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio, salvo se for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁴¹¹ “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴¹² CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil**, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁴¹³ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. II. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

⁴¹⁴ COUTO e SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 50 et seq.

⁴¹⁵ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo**: Vontade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

de ilicitude dos atos de autonomia, conforme os efeitos jurídicos produzidos.⁴¹⁶ Por ora, a abordagem da nulidade e da anulabilidade demonstrará que a tutela da vontade pura e simples também passa por um processo de reestruturação, principalmente quando se utiliza a distinção em relação ao interesse público ou privado como elemento diferenciador.

2.2.2 A distinção entre nulidade e anulabilidade no Código Civil: anulabilidade pela vontade viciada

Conforme ensinava Beviláqua, a distinção entre atos nulos e anuláveis dizia respeito à gravidade e ao interesse. Segundo o autor, quanto aos atos nulos, a reação do ordenamento é mais enérgica, a nulidade é de pleno direito, “pois ofende princípios básicos da ordem jurídica, garantidores dos mais valiosos interesses da coletividade.”⁴¹⁷ Já em relação aos atos anuláveis, “os preceitos violados se destinam, mais particularmente, a proteger interesses individuais.”⁴¹⁸ Essa concepção é reproduzida em diversos ensinamentos de Direito Civil, por exemplo:

[...]é correto dizer que o ato nulo (nulidade absoluta), desvalioso por excelência, viola norma de ordem pública, de natureza cogente, e carrega em si vício considerado grave. O ato anulável (nulidade relativa), por sua vez, contaminado por vício menos grave, decorre da infringência de norma jurídica protetora de interesses eminentemente privados. Tais premissas devem ser corretamente fixadas, uma vez que a natureza da nulidade determinará efeitos variados, interferindo, até mesmo, na legitimidade ativa para a arguição dos referidos vícios.⁴¹⁹

Nulidade absoluta – nos casos de nulidade absoluta, existe um interesse social, além do individual, para que se prive o ato ou negócio jurídico dos seus efeitos específicos, visto que há ofensa ao preceito de ordem pública e, assim, afeta a todos. Por essa razão, pode ser alegada por qualquer interessado, devendo ser pronunciada de ofício pelo juiz (CC, art. 168 e parágrafo único).

Nulidade relativa – a nulidade relativa é denominada anulabilidade e atinge negócios que se acham inquinados de vício capaz de lhes determinar a invalidade, mas que pode ser afastado ou sanado.⁴²⁰

⁴¹⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 171.

⁴¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, p. 410.

⁴¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, p. 410.

⁴¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160.

⁴²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 373.

Pontes de Miranda já criticava essa distinção e o uso da terminologia nulidade relativa e absoluta, pois toda a nulidade é absoluta.⁴²¹ Não se trata de categorias distintas, atos nulos e anuláveis são igualmente imperfeitos, a contraposição existente está entre validade e invalidade.⁴²² A distinção estaria apenas baseada na maior ou menor gravidade do déficit, elegida tal distinção pelo ordenamento civil.

Souza aponta para o equívoco dessa distinção, tanto em relação à dicotomia público e privado perder a utilidade nos dias de hoje, como o fato de que “não é a consequência jurídica (o grau de invalidade) que indica a relevância do interesse tutelado, mas o exato oposto, deve ser o interesse identificado em cada caso concreto a determinar o remédio adequado para a causa de invalidade.”⁴²³

No ordenamento jurídico brasileiro, o Regulamento 737, de 1850, inaugurou o tratamento das nulidades na legislação. Trata das nulidades no processo, na sentença e também das nulidades nos contratos comerciais (arts. 682 a 694).⁴²⁴ O diploma adota nomenclatura proveniente do Direito romano, ao trabalhar as nulidades de pleno direito e mediante rescisão, inclusive quanto ao formalismo, no que distingue ambas as hipóteses. Daí advém a grande imprecisão posterior na doutrina entre as espécies de invalidade (nulidade, anulabilidade, nulidade absoluta, relativa, de pleno direito, etc.). Ferreira⁴²⁵ sublinhava, já na década de 1960, que a expressão de “pleno direito” é “resíduo verbal de sistemas há muito tempo superados”.

Por isso, há o equívoco em designar as nulidades como de “pleno direito”, pois toda a nulidade necessita de manifestação formal para se desconstituir, via de regra, pelo Poder Judiciário.⁴²⁶ Isso decorre inclusive da possibilidade de que os atos nulos possam produzir efeitos,⁴²⁷ e também da necessidade de que o julgador estabeleça o alcance do desfazimento do

⁴²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954 p. 29.

⁴²² FERREIRA, José do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 205, 1964, p. 22.

⁴²³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Ano 6, n. 1, 2017, p. 23. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁴²⁴ BRASIL. Decreto n. 737 de 25 de novembro de 1850. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁴²⁵ FERREIRA, José do Vale. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 205, 1964, p. 22.

⁴²⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 247. Pereira faz referência à necessidade de declaração do juiz, acentuando a doutrina de que as nulidades são declaradas e as anulabilidades desconstituídas: “[...] se é certo que toda nulidade há de provir da lei, expressa ou virtualmente, certo é também, que se faz mister seja declarada pelo juiz.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 540.

⁴²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 101.

negócio.⁴²⁸ Essa interpretação incorreta estaria calcada na própria redação do Código Civil de 2002, art. 177: “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.”⁴²⁹ No entanto, também é o Código Civil que equipara, quanto aos efeitos, a nulidade e a anulabilidade ao se referir, no art. 182, que “anulado o negócio, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”⁴³⁰

Quanto à legitimidade, tampouco a distinção entre interesse público e privado se sustenta e advém da interpretação equivocada do disposto no Código Civil de 2002: “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.”⁴³¹ Em sentido oposto, estaria o art. 177 citado. A resposta a essa indagação está em que, para qualquer questionamento em juízo, é necessário, como pressuposto processual, que a parte demonstre interesse juridicamente relevante. Também a atuação do Ministério Público está adstrita às previsões legais,⁴³² sendo possível a existência de negócio jurídico nulo que não demande atuação desse órgão, como, por exemplo, no caso de simulação de contrato de compra e venda para pagamento de imposto a menor. Na simulação, por exemplo, sequer as partes podem alegar o vício, afirmando Souza que, além do princípio de que ninguém pode se valer da própria torpeza, está tutelada a veracidade na celebração dos pactos.⁴³³

⁴²⁸ Por exemplo, em nome da conservação do negócio: BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. ”

⁴²⁹ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴³⁰ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴³¹ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴³² “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I interesse público ou social; II interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴³³ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 314.

Na capacidade, a distinção está na necessidade de representação ou de assistência. Segundo Pontes de Miranda,⁴³⁴ não se está a tratar do ato praticado pelo relativamente incapaz, mas da ausência de assentimento assistencial, pois, para o autor, sequer de vontade estaríamos tratando. Essa ausência pode ser suprida pelo juiz ou ser confirmada posteriormente, revalidando o negócio.⁴³⁵ Não se pode, contudo, afirmar que o negócio jurídico perpetrado por um menor de 15 anos reflete interesse público e de um menor de 16 anos, apenas interesse privado.

Outros negócios realizados sem o assentimento de terceiros não recebem tratamento isonômico no ordenamento jurídico, podendo ser causa de anulação ou de ineficácia, o que dificulta a sistematização no plano da teoria das nulidades.⁴³⁶ Essa constatação põe em xeque toda a teoria de que a invalidade é apenas defeito de vontade. Nas disposições especiais, o Código considera alguns negócios como anuláveis, sem estarem na referência geral, como a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 550),⁴³⁷ o negócio feito pelo representante consigo mesmo (art. 117)⁴³⁸ ou em conflito com o interesse do representado (art. 119)⁴³⁹ e nos casos do casamento (enumerados no art. 1.550).⁴⁴⁰

⁴³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

⁴³⁵ “Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este aderir posteriormente. O próprio incapaz pode confirmar o negócio posteriormente quando atingida capacidade ou os herdeiros, tratando-se de direitos transmissíveis por sucessão hereditária.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. Ainda, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p. e MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da validade**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186.

⁴³⁶ Segundo Mello, a ausência de assentimento resguartivo imputa anulabilidade ou ineficácia do ato jurídico. São casos de anulabilidade a ausência de assentimento do cônjuge, a ausência de assentimento dos demais descendentes na venda do ascendente para o descendente e casos de ineficácia, por exemplo, a ausência de assentimento dos demais condôminos em relação a venda de um dos condôminos da sua parte ideal a estranhos (art. 504 e 1.314 CC). MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da validade**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182.

⁴³⁷ “Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴³⁸ “Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴³⁹ “Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁴⁰ “Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo

Vícios considerados mais graves caracterizam o negócio jurídico nulo. São causas de nulidade as referidas no art. 166 do Código Civil.⁴⁴¹ Ao se analisar essas causas de nulidade do negócio sob a perspectiva da teoria geral das nulidades e da abordagem de Pontes de Miranda e Azevedo, verifica-se que a “qualificação” dos elementos essenciais tornam o negócio inválido: agente *incapaz*, o objeto *ilícito* ou *impossível*, forma *não prescrita em lei* ou *sem alguma solenidade*.⁴⁴² Como se denota, são qualidades conjugadas ao negócio jurídico com a agregação de algumas nulidades dispostas pelo próprio ordenamento por contrariedade a alguma norma cogente. Esse sistema, permeado pelo silogismo lógico, acaba por não prestigiar novos valores promovidos pelo ordenamento jurídico, sobretudo a partir de uma visão constitucional do Direito Civil.⁴⁴³ A nulidade é examinada do ponto de vista estático a partir do próprio negócio jurídico, acentuando o viés patrimonialista do Direito Civil clássico.

Para parte da doutrina francesa,⁴⁴⁴ a proteção do sujeito com problemas mentais (*trouble mental*) poderia ocorrer pela sua incapacidade, que poderia levar à inexistência do negócio (porque inexistente a vontade) ou por sua nulidade (porque não perfeita a vontade). Mas também uma corrente entendia que se estaria diante de vícios de consentimento: o incapaz emitiria um consentimento viciado sempre por um erro para Aubry e Rau.⁴⁴⁵ Simon demonstra que a jurisprudência francesa, para reconhecer a invalidade dos atos praticados por uma pessoa com problema mental, recorre frequentemente à teoria dos vícios de consentimento, exigindo por exemplo dolo da parte cocontratante.⁴⁴⁶ Esse entendimento circunscreve a ideia de invalidade no aspecto social, exigindo um comportamento contrário ao Direito por parte do

coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁴¹ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002.

Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁴² Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p. e MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da validade**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, passim. AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 101.

⁴⁴³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Ano 6, n. 1, 2017, passim. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 10 ago.2017.

⁴⁴⁴ SIMON, Odile. La nullité des actes juridiques pour trouble mental. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 72, année 1974, p. 714.

⁴⁴⁵ SIMON, Odile. La nullité des actes juridiques pour trouble mental. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 72, année 1974, p. 715.

⁴⁴⁶ SIMON, Odile. La nullité des actes juridiques pour trouble mental. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 72, année 1974, p. 726.

cocontratante, o que, mais tarde, irá se aproximar da tutela da aparência e confiança no trato civil.

Interessante a análise dos defeitos de consentimento que levam à nulidade sob o ponto de vista da teoria do negócio, o que vai acarretar uma quebra do paradigma da vontade para fins de nulidade. O Código Civil de 1916 trouxe a categoria dos chamados vícios do consentimento⁴⁴⁷ que integram as causas de anulabilidade descritas no art. 147 do Código Civil.⁴⁴⁸ Embora o Código faça referência à nomenclatura defeitos do negócio jurídico, a ideia de defeito serviria, segundo a doutrina, para dizer respeito a toda a categoria dos negócios inválidos, pois conforma uma ideia de imperfeição.⁴⁴⁹ Posteriormente, o Código Civil de 2002, elencou as causas de anulabilidade no art. 171.⁴⁵⁰

Os defeitos do consentimento afetariam a vontade do agente, a qual passa a não ser autêntica, tendo como exemplos tradicionais o erro, o dolo e a coação. Beviláqua traz uma nova categoria de vícios ao lado dos então nomeados vícios do consentimento, denominando-os de vícios sociais.⁴⁵¹ Vícios sociais são a oposição entre a vontade do agente e a ordem legal, referindo-se à simulação⁴⁵² e à fraude contra credores. O Código Civil de 2002 elenca, ainda, a lesão e o estado de perigo. Além disso, aloca a simulação como causa de nulidade e não de anulabilidade.⁴⁵³ Essas últimas hipóteses irão aprofundar a crise de que a invalidade é apenas a ausência de requisito de vontade hígida.

O erro é tido como o mais elementar dos vícios do negócio jurídico, trazendo o problema relativo ao individualismo na proteção do emitente da vontade e da necessidade de segurança

⁴⁴⁷ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “denominam-se vícios de consentimento, em razão de se caracterizarem por influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada, e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivessem intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando distorção.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 440.

⁴⁴⁸ BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018. “Art. 147. É anulável o ato jurídico: I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6). II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (art. 86 a 113).”

⁴⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

⁴⁵⁰ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

⁴⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931, p. 349.

⁴⁵² Vide MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **A simulação no direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1980, passim.

⁴⁵³ “Art. 167: É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

social.⁴⁵⁴ Embora o Código Civil de 2002 informe que, na interpretação dos negócios, atender-se-á mais a intenção das partes do que o sentido literal da linguagem,⁴⁵⁵ o problema está situado também relativamente à confiança legítima despertada que induzirá uma questão de eficácia no tráfego jurídico.⁴⁵⁶ Por isso, há uma série de requisitos alocados na lei para a anulação do negócio por erro.⁴⁵⁷

Ao lado do erro está o dolo⁴⁵⁸ no sentido de induzir ou fortalecer o parceiro contratual em falsa representação da realidade, visando a benefício próprio ou de terceiros.⁴⁵⁹ Mais grave que o dolo, agindo sobre a liberdade e não sobre a inteligência do agente, está a coação, que se materializa por meio de ameaças à integridade física ou moral ou mesmo ao patrimônio do agente para obter determinada manifestação de vontade.⁴⁶⁰

O estado de perigo, influência do Código Civil italiano, que classifica o ato como rescindível, é caracterizado no Código Civil de 2002 (art. 156) “quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”⁴⁶¹ O defeito se assemelha à coação, mas não há a ameaça, senão que alguém, conhecendo a existência do perigo, aproveita-se para extrair benefício excessivamente oneroso.⁴⁶² O instituto do estado de perigo foi utilizado para afastar cheque caução exigido por hospitais para possibilitar atendimento de urgência.⁴⁶³ O que o caracteriza é a obrigação assumida de forma manifestamente onerosa, fato externo à vontade.

⁴⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 442.

⁴⁵⁵ “Art. 112: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁵⁶ “Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁵⁷ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. Arts. 138 a 144.

⁴⁵⁸ O dolo não se confunde com o dolo do direito penal (vontade consciente e intenção de praticar delito), mas oriunda do latim *dolus* no sentido de trapaça, traição, engano. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

⁴⁵⁹ “Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa. Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

⁴⁶¹ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁶² Os exemplos extraídos dos manuais sempre se referem à hipótese de alguém que promete quantia vultosa para que outrem o salvem de naufrágio ou alagamento. Vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 469 et seq.

⁴⁶³ Ementa: “Agravamento Regimental no Agravamento De Instrumento. Ação Monitoria. Despesas com internação e tratamento hospitalar. Configuração do estado de perigo (Artigo 156 Do Código Civil) pelas instâncias

A lesão ingressa como novidade no Código Civil de 2002,⁴⁶⁴ embora tenha origens remotas no Direito romano,⁴⁶⁵ abandonada no auge do individualismo em razão da prevalência do dogma da vontade sobre qualquer consideração a respeito da equidade das prestações.⁴⁶⁶ O elemento objetivo caracterizador diz respeito à manifesta desproporção em relação às obrigações. Agrega o Código Civil de 2002 um elemento subjetivo, única razão pela qual está ela situada entre os “defeitos” dos negócios jurídicos. Trata-se do dolo de aproveitamento, ou seja, que o negócio tenha ocorrido em razão de estado de necessidade ou de inexperiência.

Ao se analisar o instituto da lesão, verifica-se que ela não surge de um vício de consentimento, mas de um critério de justiça comutativa. Segundo Pereira, situa-se “na zona limítrofe dos vícios do consentimento, por aproveitar-se o beneficiário da distorção volitiva, para lograr um lucro patrimonial excessivo, é sem dúvida um defeito do negócio jurídico, embora diferente, na sua estrutura, dos até agora examinados, razão por que é chamado por alguns de vício excepcional.”⁴⁶⁷ Na teoria das nulidades, no estudo da lesão como vício de vontade, percebe-se, um afastamento dos critérios definidos pela doutrina, pois um dos requisitos, a proporcionalidade ou a equivalência, é fator exógeno da vontade.

Nessa mesma linha, situa-se o vício da fraude contra credores, por isso a então denominação de vício social. Não há, na hipótese, vício de consentimento, o defeito do negócio é “na desconformidade que se apresenta entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, ou, mais precisamente, no resultado antijurídico da emissão volitiva.”⁴⁶⁸ O ordenamento considera como causa de anulação do negócio jurídico em razão do prejuízo aos credores (eventos *damni*), por tornar o devedor insolvente ou ter praticado o ato em estado de insolvência, independentemente de má-fé (*consilium fraudis*).⁴⁶⁹ Verifica-se tampouco que não se trata de

ordinárias. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Declaração parcial de nulidade da obrigação. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula N° 7/STJ.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 830.135/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Recorrente: Casa de Saúde São Paulo Ltda., Recorrido: Elinaldo Batista Simião, julgado em 01/03/2012, DJe 07/03/2012.

⁴⁶⁴ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁶⁵ KARAM, Munir. Liberdade, igualdade e direito nas relações negociais. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.297. Segundo o autor, o imperador Diocleciano instituiu a possibilidade de rescisão da compra e venda caso o preço contratado fosse menos da metade daquele que seria justo, havendo possibilidade de completar o preço. Vide MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240.

⁴⁶⁶ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27 et seq.

⁴⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 466-467.

⁴⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 458.

⁴⁶⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4 a. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931, p. 350.

uma adequação dos elementos do negócio, mas da consideração do princípio de que os bens do devedor são a garantia do credor, sendo que qualquer disponibilidade desses bens para prejudicar o credor estaria em desacordo com o ordenamento jurídico.⁴⁷⁰

Os vícios sociais do Código Civil de 1916 (fraude contra credores e simulação), juntamente com a lesão e o estado de perigo, demonstram uma quebra no sistema de proteção da vontade, tutelado pela teoria do negócio jurídico. Nesse caso, não se trata de análise pura e simplesmente da perfectibilização da vontade livre e consciente, mas de critérios “sociais” como a contrariedade à ordem pública na simulação e a fraude contra os credores a proteger a lealdade nas relações creditícias. A lesão também rompe com o paradigma da tutela da vontade livre, pois o que está em jogo é o equilíbrio das relações contratuais. Tanto é assim que, para o ordenamento jurídico italiano, é causa de rescisão do negócio jurídico e, no Código Civil, não se anula se completada a prestação.⁴⁷¹

Konder salienta que esses instrumentos de intervenção jurídica como a lesão já implicariam uma superação do caráter individualista e formalista do Direito Civil clássico, “mas só representam uma despatrimonialização do Direito Civil de forma indireta.”⁴⁷² Pois, como ressalta o autor, “ainda se guiam pela lógica e pelos mecanismos das relações jurídicas de caráter econômico e, por isso, utilizam-se da tutela da invalidade e responsabilidade.”⁴⁷³

Tratando-se de um Direito Privado mais aberto, afastado do método dedutivo, permeado por cláusulas gerais, o conceito de nulidade deve se adequar a esses parâmetros. Ao analisar o negócio jurídico, questões concernentes à boa-fé objetiva e à função social do contrato colocam em evidência a própria validade das estipulações. As considerações sobre a nulidade do objeto do negócio jurídico levam em conta a concepção do contrato não de forma estática (prestação vs. contraprestação), mas do vínculo como um processo⁴⁷⁴ que irá estabelecer obrigações pré e pós-contratuais, de forma que o descumprimento dessas obrigações caracterize inadimplemento (*a posteriori*). A análise do objeto de qualquer uma dessas obrigações pode ser colocada no

⁴⁷⁰ Para parte da doutrina, a fraude contra credores é causa de ineficácia e não invalidade. Vide THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 771, jan. 2000, p. 29.

⁴⁷¹ “Art. 157. [...] § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁴⁷² KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, maio /jun. 2015, p. 106.

⁴⁷³ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, maio /jun. 2015, p. 106.

⁴⁷⁴ COUTO e SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, passim.

plano da teoria das nulidades,⁴⁷⁵ considerando qualquer estipulação contrária ao ordenamento jurídico eivada de vício de nulidade.⁴⁷⁶

Parte-se para o estudo das nulidades sobre uma nova perspectiva, levando em consideração as questões atinentes à confiança despertada pelas partes e a relação da ordem pública com os valores do ordenamento jurídico. A proposta, que alcançará a segunda parte dessa tese, tratará de tutelar os “defeitos” ou fraquezas não do negócio jurídico, mas de um elemento inerente à pessoa humana, que a qualifique como vulnerável, como ordem de proteção ao fim que se resguarda.⁴⁷⁷

Resquícios da distinção anacrônica entre nulidade e anulabilidade podem ser observados na edição da súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”⁴⁷⁸ Parte-se da equívoca proteção de interesses particulares disponíveis, como os são os direitos patrimoniais para o Direito Privado clássico, para afirmar que a nulidade não pode ser reconhecida pelo magistrado sem alegação da parte.

Como mais adiante será analisado, a tutela de uma ordem pública de proteção, mormente dirigida aos vulneráveis, determina uma atuação positiva do aplicador da lei para a consagração da finalidade estipulada pela norma. Ora, no caso do exemplo da súmula, trata-se da tutela da pessoa, consumidor vulnerável, com repercussão em sua esfera patrimonial (mas sem deixar de reconhecer que o patrimônio muitas vezes é o instrumento da própria realização da pessoa).⁴⁷⁹

2.3 Conclusão parcial

A essa altura, antes de passar para a segunda parte desta tese, resta o exame da própria utilidade da manutenção do regime de capacidade no Código Civil. Ao se analisar a legislação,

⁴⁷⁵ Nesse sentido, manifesta-se Pontes de Miranda: “A concepção brasileira do “objeto ilícito” (art. 145, II, 1.ª parte) de modo nenhum deixa ao juiz margem a consultar o seu íntimo, para dizer se o objeto (ou o fim) é imoral. Não se poderia ter por nulo o contrato em que se prepara monopólio, ou se assegura monopólio de determinado produto; pôsto que as leis penais e administrativas possam incidir nos atos de abuso do poder econômico e apontar certos objetos de contrato, no sentido do art. 145, II, 1.ª parte, como ilícitos. Aliás, sempre que o objeto não é imoral em si-mesmo, ou não é imoral o motivo que se fêz relevante no conteúdo do ato jurídico, não há nulidade por ilicitude.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

⁴⁷⁶ Vide BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137 et seq.

⁴⁷⁷ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d’une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 21-22.

⁴⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381, Segunda Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 24/05/2013, DJe 05/05/2009.

⁴⁷⁹ FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85.

após a Lei 13.146/15, em relação ao regime de incapacidade total, permanece a referência às crianças e adolescentes apenas. Essa referência se insere em uma política de proteção, cuja manutenção do regime de incapacidade ainda se justifica, embora com uma nova leitura constitucionalizada de promoção e respeito à autonomia desses indivíduos, como se verá no tratamento do tópico na segunda parte.⁴⁸⁰ Junto com esse dispositivo, mereceria a introdução de um tópico geral que não fizesse referência à nenhuma categoria, tal qual o inciso III do art. 4º: “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. ”

Esse dispositivo deveria estar no art. 3º, já que nenhuma proteção confere no rol das incapacidades relativas, pois não se aplica a impossibilidade de prescrição, facilitando também o regime de responsabilidade subsidiária do incapaz. No rol dos relativamente incapazes (art. 4º), o Código Civil elencou: os maiores de 16 anos e menores de 18 anos (I); os ébrios habituais e viciados em tóxicos (II), aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir vontade (III) e os pródigos (IV); além de remeter a matéria indígena à lei extravagante (parágrafo único).

Com exceção da hipótese dos adolescentes, não há razão para a manutenção do inciso III do art. 4º, perdendo a revolução legislativa⁴⁸¹ estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência a oportunidade de promover uma verdadeira revisão no regime das incapacidades. A incapacidade relativa não protege em relação ao decurso da prescrição, conforme resta claro pela aplicação do art. 198, I, do Código Civil.⁴⁸² Ademais, os casos de anulabilidade dos atos praticados pelos relativamente incapazes somente serão perquiridos na hipótese de identificá-los nessa categoria, sendo que, para tanto, é imprescindível o processo de judicial de curatela que irá definir os limites da invalidade dos negócios praticados.

As figuras elencadas como relativamente incapazes, excluindo a hipótese genérica da causa permanente ou transitória (que, em realidade, não se transmuda em capacidade relativa), do pródigo, do ébrio e do toxicômano, denotam alto grau de discriminação e muito pouco

⁴⁸⁰ Sobre a adequação do regime de incapacidade, responde BOURRIER: “*A la question de savoir se le regime de l’incapacité permet de protéger efficacement et totalement le mineur ou le majeur victime d’une altération de ses facultés personnelles, la réponse ne peut être que négative.*” BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d’une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 69. Em tradução livre: “À questão de saber se o regime de incapacidade permite proteger eficazmente e totalmente o menor ou o maior vítima de uma alteração de suas faculdades pessoais, a resposta somente pode ser negativa.”

⁴⁸¹ TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015 – altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 418.

⁴⁸² “Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; [...]” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

perceptíveis no seio social.⁴⁸³ Ou, na segunda hipótese, o sujeito é viciado em álcool ou drogas e, nesse caso, possuirá patologia que poderá comprometer sua vontade e expressão de forma geral ou estará sob o efeito dessas substâncias e, portanto, sem condições de exprimir vontade. Com efeito, de acordo com a CID 10 (Classificação Internacional de Doenças) e o DMS -5 (Manual Diagnóstico e Estático de Transtorno Mentais), os ébrios e toxicômanos são portadores de transtornos mentais.⁴⁸⁴ Ora, se são pessoas com transtornos mentais, estão abarcados pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, de forma que também a sua capacidade civil não poderia ser atingida.

Já em relação ao pródigo, como já analisado, ou estará sob alguma deficiência psíquica ou sua autonomia não deverá ser alijada sob pretexto de proteção da família. Poderá ser reconhecida uma necessidade de curatela sem comprometimento da lucidez, também para os casos de possível risco ao patrimônio.⁴⁸⁵ A análise desse instituto também não se sustenta, quando se compara às questões relacionadas ao superendividamento, como se observará na segunda parte desta tese.

A forma de tratamento da interdição como consequência da incapacidade promove um afastamento do sujeito do processo decisório com o pretexto de lhe proteger. A interdição é tratada quase como uma pena⁴⁸⁶ ao sujeito em razão de ausência de capacidade, destituindo de validade os atos praticados por ele nessa condição. O próprio termo interdição traz em si o

⁴⁸³ No mesmo sentido, NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42.

⁴⁸⁴ Vide Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento (CID -10). ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 559.

⁴⁸⁵ Nesse sentido, o reconhecimento da jurisprudência: Ementa: “Interdição. Pessoa idosa e lúcida, mas portadora de transtorno de personalidade não especificado. Necessidade de proteger o seu patrimônio. Interdição parcial. 1. A interdição é um instituto com caráter nitidamente protetivo da pessoa, não se podendo ignorar que constitui também uma medida extremamente drástica, e, por essa razão, é imperiosa a adoção de todas as cautelas para agasalhar a decisão de privar alguém da capacidade civil, ou deixar de dar tal amparo quando é incapaz. 2. Se a interditanda é idosa, apresenta transtorno não especificado da personalidade, (CID 10-F60.9), tendo sido vítima de golpes, realizando vários depósitos a estelionatários, com possível prodigalidade ou incapacidade plena para defender adequadamente os seus interesses, justifica-se a interdição parcial, apenas para o fim de vedar-lhe a gestão de bens e valores. Recurso desprovido.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70067397505, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Recorrente J. F. A., Recorrido: T. F. A. Julgado em 29/06/2016. Publicado em: 11/07/2016.

⁴⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 98.

sentido de proibição e impedimento.⁴⁸⁷ Essa expressão é utilizada como sinônimo de curatela que, além do caráter jurídico de encargo, poder ou função, designa “ato ou efeito de curar.”⁴⁸⁸ A designação dos vocábulos já esclarece que estamos diante do domínio médico, no sentido atribuído por Foucault, da prevalência do diagnóstico para a classificação e tratamento jurídico conferido.⁴⁸⁹

Nesse contexto, a curatela se sustentava como mecanismo de substituição da vontade do incapaz, em que o curador agia em nome e no interesse do curatelado para a prática de atos patrimoniais e existenciais, decidindo inclusive sobre a possibilidade de casar e doar órgãos, entre outros atos de caráter personalíssimo.⁴⁹⁰

O Código Civil de 1916 trazia a designação dos totalmente incapazes e relativamente incapazes para determinar a interdição. O novo Código Civil previu a possibilidade de graus de doença ou enfermidade mental, além das categorias estudadas dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, dos ébrios, dos toxicômanos, o que poderia ensejar a curatela parcial. No entanto, em estudo realizado sobre o tema, foi constatado que, na cidade de São Paulo, no período de um ano, do total das interdições (1.183), 99,3% se referiam à interdição total,⁴⁹¹ portanto, a ideia de temperamento se perdeu na prática judiciária.

A interdição declara a situação de incapacidade do sujeito, sendo esta anterior ao procedimento judicial. No entanto, essa solução poderia trazer muita insegurança jurídica, prevalecendo o entendimento de que, via de regra, a interdição tem efeitos *ex nunc*, apenas, no caso concreto, o juízo pode declarar efeitos *ex tunc*.⁴⁹²

⁴⁸⁷ MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em:

<<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/interdi%C3%A7%C3%A3o/>>.

Acesso em: 30 set. 2017.

⁴⁸⁸ MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em:

<<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/interdi%C3%A7%C3%A3o/>>.

Acesso em: 30 set. 2017.

⁴⁸⁹ FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 132.

⁴⁹⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 191-192.

⁴⁹¹ MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. Interdição civil: uma exclusão oficializada? **Revista virtual textos & contextos**, Florianópolis, n° 5, nov. 2006, p. 13. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801>>. Acesso em: 26 out. 2017.

⁴⁹² Ementa: “Processual Civil. Administrativo. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. Reforma de Militar. Prescrição do Fundo de Direito. Não Ocorrência. Alienação Mental. Incapacidade. Efeitos da Sentença de Interdição. Declaratória. 1. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte de que a suspensão do prazo de prescrição para os indivíduos absolutamente incapazes ocorre no momento em que se manifesta a sua incapacidade, sendo a sentença de interdição, para esse fim específico, meramente declaratória. 2. “A interdição judicial declara ou reconhece a incapacidade de uma pessoa para a prática de atos da vida civil, com a geração de efeitos *ex nunc* perante terceiros (art. 1.773 do Código Civil), partindo de um 'estado de fato' anterior, que, na espécie, é a doença mental de que padece o interditado” (REsp 1.469.518/PE, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 4/9/2014, DJe 22/9/2014). Agravo interno da União desprovido.”

A ideia que permeava a política legislativa era de que ou o sujeito era apto ou inapto para os atos civis, um regime de tudo ou nada, passando, conforme já assinalado, do céu ao inferno, com escala no purgatório, representando o regime das incapacidades relativas,⁴⁹³ tanto para a prática de atos patrimoniais como para a prática de atos existenciais.

A alteração do regime de incapacidade trouxe perplexidade a alguns autores, no sentido de que não se teria mais a proteção do sistema das invalidades aos atos dos incapazes, mormente em relação às pessoas com deficiência. No entanto, uma leitura de invalidade mais ampla como tutela de ordem pública poderá conciliar a necessidade de proteção dos vulneráveis com a declaração de invalidade de determinados atos jurídicos.

Assim, o regime de incapacidade merece uma nova análise que se procederá na segunda parte desta tese, revisitando os sujeitos designados como incapazes de forma crítica a lograr uma tutela diferenciada pelo Direito conforme necessidade de proteção. Investiga-se, assim, vestígios de incapacidade, como no caso dos idosos, merecendo um novo olhar, no contexto do Direito Privado solidário de proteção à pessoa. Uma proteção que tutele uma autonomia diferenciada e que promova o verdadeiro sentido da igualdade: uma igualdade material de afirmação da diversidade e de proteção da vulnerabilidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1171108/RS, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Recorrente: Iri Prado Dias, Recorrido: União, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016.

⁴⁹³ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 95.

3. AUTONOMIA PRIVADA E IGUALDADE MATERIAL DOS SUJEITOS: VULNERABILIDADE E PLURALISMO COMO PROTEÇÃO DA FRATERNIDADE - RUMO A EFETIVAÇÃO DO DIREITO PRIVADO SOLIDÁRIO

Na primeira parte da tese, buscou-se examinar a igualdade como uma das grandes metanarrativas da modernidade,⁴⁹⁴ em que a autonomia privada era conferida como afirmação do postulado da liberdade, marcado por um Direito Privado centrado no Código Civil e seus postulados (como a distinção entre capazes e incapazes e a teoria de invalidade do negócio jurídico). O ideal de igualdade de Locke se firma com o afastamento do Estado da esfera privada,⁴⁹⁵ em que o modelo do mercado deve marcar as relações sociais.⁴⁹⁶ No Estado liberal, as identidades não existem ou são menosprezadas, pois adota-se uma política ativa de não interferência com um postulado abstrato e geral em que as diferenças se situam apenas no plano concreto e não no plano jurídico.⁴⁹⁷

A exceção ao ideal de igualdade, marcado no reconhecimento da desigualdade entre os indivíduos, residiria somente no instituto da incapacidade. Essa visão, no entanto, estaria, na análise de Bourrier, dotada de um certo “conservadorismo jurídico.”⁴⁹⁸ Segundo o autor, o reconhecimento da vulnerabilidade ou fraqueza (*faiblesse*) ingressa na linguagem jurídica como uma “revolução permanente.”⁴⁹⁹

Contestando os postulados clássicos, é preciso afirmar que essa igualdade não pode ser meramente formal. Para a realização da igualdade, “como ideal do Justo”, segundo Marques e Miragem, “o Direito Privado necessita da intervenção do Estado, da ordem pública e da força

⁴⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

⁴⁹⁵ FINEMAN, Martha Alberston. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, 2008, p. 5.

⁴⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 50.

⁴⁹⁷ KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares: Um análisis comparado del derecho antidiscriminatorio**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 22.

⁴⁹⁸ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d’une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 17. Nas palavras do autor: “*Vouloir bannir de la Science du droit la réalité humaine et économique et laisser confiner la faiblesse aux seules incapacités aurait semblé être le dernier bastion d’un certain conservatisme juridique.*” Em tradução livre: “Querer banir a realidade humana e econômica da ciência da lei e permitir que a fraqueza seja limitada à incapacidade sozinha pareceria ser o último bastião de um certo conservadorismo legal.”

⁴⁹⁹ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d’une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 18.

igualizadora dos direitos humanos.”⁵⁰⁰ Conforme acentua Benjamin,⁵⁰¹ a proteção do vulnerável deixa de ser uma questão individual e passa a ser um problema supraindividual e supranacional.

Tal orientação não significa uma superioridade dogmática ou epistemológica do Direito Público sobre o Direito Privado, mas a valorização da pessoa humana (repersonalização⁵⁰²), enaltecendo, conforme salienta Tepedino, “a importância do (renovado) Direito Civil na vida contemporânea.”⁵⁰³ A autonomia privada é valorizada como emanção da liberdade, mas deve ser ponderada pelo intervencionismo estatal nas relações privadas. Esse intervencionismo, para Sarmento, estaria justificado na proteção da parte mais fraca e na promoção de interesses gerais da coletividade.⁵⁰⁴

A lei traz, como novo paradigma, o paradigma da solidariedade.⁵⁰⁵ Essa solidariedade vai marcar o Direito contemporâneo, como crítica ao modelo liberal,⁵⁰⁶ para atingir o valor da fraternidade na tríade dos postulados revolucionários ao lado da igualdade e liberdade.⁵⁰⁷ Esse paradigma é identificado por Marques e Miragem para o Direito Privado contemporâneo, “que pudesse orientar essa pessoa livre e igual para uma convivência digna em uma sociedade

⁵⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 129. No mesmo sentido, vide FINEMAN, Martha Alberston. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, 2008, p. 5. Quanto ao fundamento do princípio da igualdade com os princípios jusnaturalistas, vide MAZIÈRE, Pierre. **Le principe d'égalité en droit privé**. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 24. O autor complementa (p. 26) no sentido de que uma solução justa e equitativa não existe como fórmula abstrata, mas sempre se apresenta no caso concreto: “*Le droit, 'art' de la solution juste et équitable, n'existe alors qu'en relation étroite avec le cas concret.*” Em tradução livre: “O direito, a ‘arte’ da solução justa e equitativa, existe apenas em estreita relação com o caso concreto.”

⁵⁰¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 8, 1993, p. 201. Conforme refere o autor para o direito do consumidor: “Apesar de todas essas diferenças, acreditamos que o tema da proteção do consumidor, a cada dia, deixa, mais e mais, de ser uma questão “individual” e “paroquial”, sendo “socializado” (como problema supraindividual) e “internacionalizado” (como problema supranacional). Haveria, então, por trás de todas essas disparidades subjetivas apontadas, uma série de questões comuns aos consumidores de todo o mundo, a começar pela própria aceitação da tese de que a proteção dessa nova categoria de sujeitos, como necessidade social, é, em si, uma exigência universal.”

⁵⁰² FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 100.

⁵⁰³ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: _____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 23.

⁵⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 118.

⁵⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 8, out./dez. 2001, p. 3. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: _____. (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101.

⁵⁰⁶ REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015, p. 77.

⁵⁰⁷ KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares: Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 181.

solidária, isto é, para o aparecimento de um sujeito de direito mais fraterno, e coletivamente responsável na vida privada em sociedade.”⁵⁰⁸ Trata-se de reconhecer e tutelar a diferença como vetor dos direitos humanos⁵⁰⁹ para concretizar a igualdade material, em um contexto marcado pelo pluralismo jurídico.

Pluralismo, nesse sentido, defende a ideia de que a diversidade social e política é benéfica para a sociedade⁵¹⁰ e que os grupos sociais, sejam religiosos, profissionais ou de minorias étnicas, devem desfrutar de autonomia. O pluralismo asseguraria assim que o poder, nas democracias liberais, fosse exercido de forma distribuída devido à pressão de uma variedade de grupos com diferentes interesses ideológicos e econômicos, evitando, dessa maneira, a dominação por uma elite e a formação de oligarquias.⁵¹¹ Conforme acentuam Reis e Konrad, o pluralismo jurídico é visualizado como uma consequência direta de uma nova solidariedade social e alto grau de complexidade da sociedade contemporânea.⁵¹² A Constituição eleva o valor do pluralismo, ao tratar do tema no art. 1º, como fundamento da República, ao lado da dignidade da pessoa humana.⁵¹³

No contexto jurídico, Jayme identifica o pluralismo com a Pós-Modernidade,⁵¹⁴ no sentido de se dirigir à importância da diferença no trato jurídico. Trata-se de reconhecer como um dos principais valores assentados na experiência jurídica contemporânea.⁵¹⁵ Esse pluralismo irá se apresentar na pluralidade de métodos, de fontes,⁵¹⁶ de sentimentos e de agentes econômicos, com novos sujeitos de direitos, que levam à distinção do campo de aplicação de uma norma subjetivamente em vista da pessoa.⁵¹⁷

⁵⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

⁵⁰⁹ JAYME; Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Dordrecht, 1995, p. 41 et seq.

⁵¹⁰ FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 83.

⁵¹¹ TEIXEIRA, Faustino. O pluralismo religioso e ameaça fundamentalista. **Revista Numen**, Juiz de Fora, v. 10, n. 1, 2007, p. 10.

⁵¹² REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015, p. 77.

⁵¹³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

⁵¹⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Dordrecht, 1995. p. 60 et seq.

⁵¹⁵ MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.

⁵¹⁶ Nesse sentido defendido por FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 83.

⁵¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

O pluralismo se mostra, então, a partir do reconhecimento do direito à diferença e do reconhecimento do multiculturalismo como valor.⁵¹⁸ Conforme aponta Miragem, irá demandar uma nova forma de pensar as relações e conflitos do Direito Privado, voltadas a proteger o vulnerável e o diferente. Segundo o autor, “proteger a diversidade, assim, é compreender uma dimensão nova de liberdade e igualdade substanciais, informadas pela fraternidade – ora convertida em tolerância.”⁵¹⁹

A solidariedade que informa o novo Direito Privado também é valor constitucional, constituindo um dos objetivos da República,⁵²⁰ como concretização da fraternidade,⁵²¹ ao lado da inclusão social⁵²² e erradicação do preconceito,⁵²³ reconhecendo, portanto, diferenças que não podem diminuir a pessoa. Significa dar real sentido à fraternidade para que não se perca o valor da liberdade e igualdade.⁵²⁴ Trata-se, conforme aponta Tepedino e Oliva, da expressão do

⁵¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, junho 1997, p. 11 et seq.

⁵¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67.

⁵²⁰ . “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;” BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁵²¹ O Superior Tribunal de Justiça tem identificado no art. 3º da Constituição Federal o reconhecimento do princípio da fraternidade. Ementa: “*HABEAS CORPUS* substituto de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Relevante quantidade de entorpecentes apreendidos. Substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar. Possibilidade. Filhos da paciente: 2 e 5 anos de idade. Presença dos requisitos legais. Proteção integral à criança. Prioridade. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. [...] 7. Tal inovação legislativa decorre do resgate do princípio constitucional da fraternidade (CF/88, art. 3º e Preâmbulo). Defende-se, portanto, que fraternidade é princípio fundamental introduzido de maneira expressa ou implícita no texto constitucional que atua como vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo (JABORANDY, Clara Cardoso Machado, A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 71). (...)” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 403.473/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Impetrante: Daniel Perpétuo Macedo, Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017.

⁵²² “Art. 3º. [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁵²³ “Art. 3º. [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁵²⁴ KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares: um análisis comparado del derecho antidiscriminatorio**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 95. Vide também D’AQUINO, Lúcia Souza; PALACIO, Ana Laura Peres; CARVALHO, Otavio Delavi. A nova face da fraternidade no direito privado dos vulneráveis: a solidariedade como elemento da economia do compartilhamento. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 117.

princípio da igualdade substancial.⁵²⁵ É justamente o reconhecimento à diferença que torna possível a realização da igualdade enquanto direito fundamental,⁵²⁶ buscando tutelar a pessoa e sua valor essencial: sua dignidade.⁵²⁷

Passa-se da proteção do sujeito abstrato para a tutela da pessoa,⁵²⁸ compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade. O olhar se volta à tutela da pessoa na sociedade, enquanto o papel que desempenha, e o estatuto jurídico de proteção que lhe acompanha, dirigido à concretização dos valores constitucionais. Tal diretriz axiológica tem sido designada como mecanismo de *repersonalização* promovido pela Constituição da República, que desloca a proteção do sujeito de direito abstrato e neutro para a pessoa concretamente considerada, em atenção aos princípios da solidariedade social e da isonomia substancial.⁵²⁹ Gomes salientava, desde o aparecimento dos primeiros estatutos, antes mesmo da Constituição, essa tendência: “O cidadão indiferenciado que o Código tomava por modelo é hoje o indivíduo qualificado e concreto que a si procura proteger-se pela inserção em categorias ou grupos, com estatuto próprio.”⁵³⁰

Neste contexto, o método também se renova. É preciso aplicar esse (novo) Direito Privado solidário e de tutela à identidade cultural da pessoa a partir da promoção de um verdadeiro diálogo de fontes.⁵³¹ Trata-se de um método que abandona a solução hierárquica de normas, tão difundida pela Teoria Pura de Kelsen,⁵³² que ficou caracterizada pelo positivismo jurídico, a partir da subsunção, para a busca de uma coordenação, uma interpretação coerente

⁵²⁵ TEPEDINO, Gustavo e OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 227.

⁵²⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Doordrecht, 1995. p. 60 et seq.

⁵²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: _____. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

⁵²⁸ RODATÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. Vide também TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, passim.

⁵²⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 229.

⁵³⁰ GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 165.

⁵³¹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Doordrecht, 1995. p. 60 et seq.

⁵³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 34 et seq.

com o objetivo de realização dos valores descritos nas normas em direção à promoção dos direitos humanos ou fundamentais.⁵³³

Emerge, nesse cenário, o conceito de vulnerabilidade que invadiu a paisagem contemporânea.⁵³⁴ Embora alguns autores neguem que se cuide de um conceito jurídico,⁵³⁵ trata-se de concretizar, justamente no plano jurídico, a ideia de proteção a determinados grupos ou indivíduos para além da condição ontológica de que todos os seres vivos são vulneráveis.⁵³⁶ Aparece, em um primeiro momento na legislação, como fundamento do Direito do Trabalho e do Consumidor⁵³⁷ no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no art. 4º, inciso I,⁵³⁸ e espalha-se para outros diplomas legais, como pode ser observado no Estatuto da Pessoa com Deficiência.⁵³⁹ Ainda se faz presente, como se observará, em uma série de decisões judiciais que fazem menção à necessária proteção jurídica de determinadas pessoas, tanto em cortes nacionais, como internacionais.⁵⁴⁰

A vulnerabilidade, enquanto conceito jurídico, direciona-se a tutelar o fraco, aquele que tem risco de ferimento (*blesure*).⁵⁴¹ Dirige-se à necessidade de proteção reforçada em

⁵³³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28. Vide também RAMOS, Fabiana D’Andrea. Transformações do direito brasileiro: anotações sobre a influência do pensamento de Erik Jayme na doutrina de Claudia Lima Marques. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 458.

⁵³⁴ SOULET, Marc-Henry. La vulnerabilite, une ressource a manier avec prudence. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnerabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 7.

⁵³⁵ FAVIER, Yann; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 85, jan./fev. 2013, p. 15.

⁵³⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

⁵³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 14.

⁵³⁸ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.” BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵³⁹ “Art. 5º. A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁵⁴⁰ Vide BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnerabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, passim.

⁵⁴¹ GARONNAIRE, Jean-Eric; PICOT, Florent. L’aide a la personne. In: COMBRET, Jacques et al. **Les personnes vulnérables**. Strasbourg, 102 e. Congres des Notaire de France, 2006, p. 22. MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 45.

consideração a uma constatação anterior de grande fragilidade, que será operacionalizada quando o próprio termo é empregado na situação jurídica.⁵⁴² Está estritamente relacionada a uma ameaça,⁵⁴³ a uma exposição para permitir ser ferido.⁵⁴⁴ Além desse aspecto, a vulnerabilidade está também associada a diferenciação positiva, exigindo do Estado uma atuação ativa para assegurar uma igualdade substancial.⁵⁴⁵ No mesmo sentido, irá demandar uma atuação positiva, quando se reconhecem diferenças que provoquem desigualdades reais, decorrentes da forma como a sociedade está estruturada. Na ciência jurídica, olhar para a vulnerabilidade é fazer o Direito, em especial os Direitos Humanos e Fundamentais, acessível e construído coletivamente, não como um fim em si mesmo e sim voltado à proteção das pessoas.⁵⁴⁶

Essas diferenças irão revelar a fraqueza, vulnerabilidade ou simplesmente diversidade da pessoa a merecer tutela pelo Direito: quer por meio de edição de leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código de Defesa do Consumidor; quer por meio de uma atuação do julgador a partir da concretização dos princípios elencados pela Constituição no caso concreto. A vulnerabilidade é sempre um conceito relacional e inserida em uma conjectura social.⁵⁴⁷ É preciso analisar essas fontes por meio da aplicação de um verdadeiro diálogo⁵⁴⁸ entre elas para que o resultado concreto esteja de acordo com a realização da pessoa e dos valores fundamentais da República.

⁵⁴² DUBOUT, Edouard. La vulnérabilité saisie para la Cour de Justice de l'Union Européenne. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 32.

⁵⁴³ ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La vulnérabilité saisie par la Cour Interaméricaine. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 91.

⁵⁴⁴ PERONI, Lourdes; TIMMER, Alessandra. Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 4, out. 2013, p. 1056.

⁵⁴⁵ FINEMAN, Martha Alberston. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, 2008, p. 9.

⁵⁴⁶ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; PACHECO, Suellen Martins. Acesso à justiça e educação para a defesa dos vulneráveis. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder e MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Cláudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 159.

⁵⁴⁷ SOULET, Marc-Henry. La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 19. Para Fechter-Boulevard essa não é uma característica permanente da vulnerabilidade. FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Coord.). **Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 15.

⁵⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28.

A edição de leis especiais para determinados grupos foi identificado por Natalino Irti na sua obra *L'età della decodificazione*, em 1978, demonstrando que o modelo de Estado pós II Guerra promoveu uma fuga do Código Civil italiano de 1942 em direção da valorização da Constituição e leis esparsas.⁵⁴⁹ Conforme acentua Varela, esse fenômeno foi geral, demonstrando que as sociedades pretendem criar legislação para “os pequenos, mas activos, grupos intermediários, situados a meio-termo entre o cidadão eleitor e o Estado”, definindo “estatutos jurídicos mais adequados às reivindicações de cada grupo.”⁵⁵⁰ Segundo o jurista, essas leis nascem da “luta entre o poder público e os grupos de pressão de certos estratos sociais [...]”. As leis deixam em grande parte de constituir verdadeiras normas gerais para construírem estatutos privilegiados de certas classes profissionais ou determinados grupos políticos.⁵⁵¹

Esses valores de proteção ao vulnerável estão, muitas vezes, elencados em princípios do ordenamento jurídico que devem ser considerados fontes imediata do Direito a serem invocados em qualquer procedimento exegético, em busca da solução mais coerente e justa para a situação fática submetida ao hermeneuta.⁵⁵² Não se pode, como pontua Fachin, relegar os princípios a fonte secundária do Direito.⁵⁵³

Assumem, as normas jurídicas, uma função promocional, com papel destacado à Constituição.⁵⁵⁴ No entanto, não significa que a Constituição tenha domínio sobre o Direito Privado, mas que ela permite, com a definição dos valores-guia, uma moldura que precisa ser

⁵⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26.

⁵⁵⁰ VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: MORAES E BARROS et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 500.

⁵⁵¹ VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: MORAES E BARROS et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 509.

⁵⁵² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad.: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999, passim.

⁵⁵³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 65.

⁵⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 13. O autor acentua a passagem de um ordenamento jurídico protetor-repressivo para promocional: “[...] no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional.”

observada.⁵⁵⁵ Nesse aspecto, verifica-se uma emergência de normas narrativas no sentido de descreverem um valor,⁵⁵⁶ uma finalidade a atingir e não estabelecerem uma obrigação.

Trata-se de encontrar o papel do magistrado não em um sistema codificado, baseado no modelo dedutivo, que gerava uma ciência demonstrativa, apoiada em axiomas, os quais havia de fazer evidentes no caso concreto; mas sim, em um sistema descodificado, fundado em uma ordem distinta, cronológica e casuística, em que se encontram enunciados gerais e abstratos.⁵⁵⁷ Conforme acentua Bauman: “enquanto os modernos validam o trabalho intelectual na metáfora do legislador (afirmações racionais e autoritárias que fixavam escolhas), a sociedade contemporânea tem por estratégia a metáfora do intérprete que traduz as tradições no interior do sistema, facilitando a comunicação entre participantes autônomos.”⁵⁵⁸

Nesse sentido, é reflexão lançada por Lorenzetti a respeito do Direito Privado e o papel do Código Civil no início desse século:

Um Código Civil ou Comercial do século XIX, baseado em regras precisas e autossuficientes, tem o destino de uma norma residual.

Por outro lado, um código de direito privado do século XXI é um processo de recodificação e re-sistematização: no primeiro aspecto, é uma questão de passar de um código de regras determinadas e autossuficientes para um que contenha regras, princípios e valores capazes de se constituírem em premissas básicas para o funcionamento do direito privado com a flexibilidade suficiente para permitir sua adaptabilidade; no segundo aspecto, um código deve ser pensado como um sistema, isto é, que sua intenção é articular as várias partes do sistema de forma coerente e flexível. Além de abranger o direito civil e o direito comercial, este código deve ser transversal às diferentes especialidades (direito constitucional, direito processual, direito do trabalho, direito ambiental, direito do consumidor, direito internacional privado).⁵⁵⁹

Em alguns casos, está-se diante de verdadeiros referenciais legislativos de proteção, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Em outros casos, caberá, ao Poder Judiciário, a

⁵⁵⁵ BERGSTEIN, Laís Gomes. Diálogos entre a Constituição e o direito privado: o fenômeno da descodificação e o novo direito privado solidário. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 337.

⁵⁵⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Dordrecht, 1995. p. 257.

⁵⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos do direito**. Trad. Bruno Miragem. Notas Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42

⁵⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro, 2010, p. 19-20.

⁵⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. A codificação do direito privado no século XXI. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 55-56.

concretização do direito à diferença para a tutela da pessoa, garantindo assim a materialização da igualdade e do Direito Privado solidário, reforçando o seu papel contramajoritário.⁵⁶⁰ Essa

⁵⁶⁰ Exemplo dessa hipótese é o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal: “Ementa: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil - o art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão - a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito - a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - o dever constitucional do estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI) - a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - recurso de agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualmente as pessoas em razão de sua orientação sexual. Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A função

tutela da diferença opera por meio do reconhecimento dos direitos humanos, que não são outra coisa que um suporte normativo permissivo aos interesses minoritários, lesados no processo majoritário de decisão.⁵⁶¹

Nesse sentido, indispensável a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos dos grupos vulneráveis e discriminados.⁵⁶² Mister pontuar que o novo Código de Processo Civil traz um referencial importante ao prever, em seu art. 8º, que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”⁵⁶³

Fachin salienta, a esse respeito, que, para além da mecânica hermenêutica, há de ser dado à jurisprudência, um papel protagonista a ensejar um sistema aberto e democrático, já que nascentes, são todos os momentos, e especialmente, os que escapam da racionalidade dos silogismos. Enfatiza o jurista: “valorativa e constitutiva é a possibilidade da porosidade jurídica indeterminada, cujas fontes podem estar distantes, embora não afastadas por completo, dos diplomas formais.”⁵⁶⁴ Esse papel será importante também na modulação da teoria do fato jurídico no que tange à aplicação do sistema de invalidades.

É preciso pontuar que não se trata de discricionariedade, pois o ordenamento deve ser interpretado não aos pedaços, mas inteiro, como um todo.⁵⁶⁵ De acordo com Barroso,⁵⁶⁶ não é facultado ao magistrado julgar conforme sua consciência, pois encontra-se vinculado à ordem jurídica como um todo, devendo construir a decisão judicial a partir da consideração aos

contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.” BRASIL, RE 477554 AgR, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, Recorrente: Edson Vander de Souza, Recorrido: Edith Cristina Alves Demian, julgado em 16/08/2011, DJe- 25-08-2011, RTJ, Vol-00220-01 p.-572.

⁵⁶¹ BESSON, Samantha. La vulnerabilité dans la jurisprudence de la Cour Européenne. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 64.

⁵⁶² KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares**: Um análisis comparado del derecho antidiscriminatorio. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 180 et seq.

⁵⁶³ BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁵⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 65.

⁵⁶⁵ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101.

⁵⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial**: Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 280.

princípios constitucionais primeiramente. Bobbio⁵⁶⁷ já ressaltava a necessidade de conceber o ordenamento jurídico como um sistema, dotado de complexidade e coerência.

Neste viés, Tepedino⁵⁶⁸ sustenta a importância do chamado ativismo judicial para uma atuação direcionada aos valores e fins constitucionais, com interferência crescente no espaço de atuação nos demais Poderes, sempre mediante reflexão, para que sejam estabelecidos critério de preservação da segurança jurídica. Segurança jurídica essa que, segundo o autor, não é encontrada no regime de subsunção.⁵⁶⁹ Por isso, propõe o abandono desse método para o método da ponderação, coerente com a interpretação pautada por viés axiológico e a partir “da constatação de que o texto legislativo se mostra necessariamente incompleto e de que a decisão judicial revela procedimento de construção da norma do caso concreto.”⁵⁷⁰

Nesse contexto, essencial o papel exercido de promoção dos direitos humanos no Brasil pela Defensoria Pública e o Ministério Público. Tratando-se do órgão defensorial, a reestruturação constitucional da instituição, em sede de Emenda Constitucional nº 80, a incumbiu, além da já existente função de instituição-garantia do acesso à justiça, a teleologia de promoção dos direitos humanos, circunstância que levou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a entender a atuação dos defensores não somente direcionada a atenção de populações necessitadas economicamente. Precedente pacificador da Corte Especial do já mencionado Tribunal Superior entendeu a Defensoria Pública como agente de proteção dos interesses de populações necessitadas juridicamente, configurado-se, como tal, as detentoras de vulnerabilidade ensejadoras da análise da presente tese. Dessarte, ao lado do Ministério Público, que historicamente recebe da legislação brasileira a incumbência de procurador dos interesses dos vulneráveis, a Defensoria Pública passa a coadjuvar a mencionada atuação, fortalecendo a ordem jurídica nacional de tutela de vulnerabilidade.

Assim, no cenário de um Direito Privado solidário, marcado pelo pluralismo de sujeitos e de normativas jurídicas, é necessário que o julgador promova um verdadeiro diálogo de

⁵⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad.: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999, passim.

⁵⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: _____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 24.

⁵⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: _____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 28. Nas palavras do autor: “A subsunção propicia a falsa impressão de garantia de igualdade na aplicação da lei. Entretanto, não há respeito à isonomia quando o magistrado deixa de perceber a singularidade de cada caso concreto e, mediante procedimento mecânico, faz prevalecer o texto abstrato da regra.”

⁵⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: _____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016 p. 29.

“fontes de proteção” para estabelecer a tutela do vulnerável no caso concreto.⁵⁷¹ Esse diálogo deve ser direcionado para a concretização dos princípios afirmados na Constituição, como solidariedade e dignidade humana, e a efetivação dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente para a concretização do princípio da fraternidade.⁵⁷² Nesse ambiente, a autonomia privada deve ser reforçada como direito sobre decidir a respeito da própria vida.⁵⁷³ O caso concreto poderá demandar a aplicação de instrumentos legais e internacionais, materiais e processuais, para o reconhecimento e proteção jurídica do vulnerável e da diversidade, procurando afirmar a pessoa na sociedade e não a excluir.

Por isso, nesta parte, dedica-se a análise da (hiper)vulnerabilidade da pessoa, no contexto de pluralismo da sociedade contemporânea, em contraposição das então categorias de incapazes do Direito Civil no início das codificações. Em um segundo momento, pretende-se estudar os reflexos na teoria dos planos do negócio jurídico, quer seja no que se refere ao tema da invalidade, quer no que se refere ao reconhecimento de efeitos de atos praticados por esses sujeitos vulneráveis remanescentes como incapazes no Código Civil, ou seja, um exame dos efeitos dos atos praticados por crianças e adolescentes. Em relação aos demais grupos, o estudo dos efeitos dos atos jurídicos será tratado no próprio capítulo dedicado a cada categoria. Tal abordagem se justifica em razão de que não há uma ruptura na teoria dos planos quando se admite que todas essas pessoas tratadas são capazes de direito e, portanto, praticam, em princípio, atos válidos e eficazes, embora, pontualmente, possam apresentar uma dissonância com o propósito de proteção à pessoa, como no caso do matrimônio contraído pelo idoso e a obrigatoriedade de regime legal de separação de bens.

3.1 (Hiper)Vulnerabilidade e diversidade: superando o paradigma da capacidade para a proteção da pessoa

O instituto da capacidade foi construído, como visto, com o fim de proteção, para resguardar a manifestação livre de vontade como resposta ao reconhecimento de

⁵⁷¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 223.

⁵⁷² MARTINI, Sandra Regina; VIAL, Sophia Martini. Metateoria do direito fraterno e o direito do consumidor: limites e possibilidades do conceito de fraternidade. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 318.

⁵⁷³ BARBOZA, Heloísa Helena; ALMÉDIA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 47.

vulnerabilidade.⁵⁷⁴ Esse instituto, no entanto, deve ser lido a partir de uma visão constitucional, partindo do princípio da dignidade humana.⁵⁷⁵ Por essa razão, no lugar de se preocupar com as incapacidades do sujeito em abstrato, o Direito Privado contemporâneo passa a proteger a pessoa vulnerável, reconhecendo diversidades.⁵⁷⁶ A equiparação conceitual entre personalidade e capacidade deve ser afastada, já que a personalidade se dirige à proteção do valor de dignidade, conforme a Constituição, no sentido de dar lugar à subjetividade, a aptidão para ser sujeito de direito.⁵⁷⁷

Na visão individualista, o Código assume uma função de protagonista na regulação das relações civis, fundamentada no princípio da igualdade de todos perante a lei. O Código constituía o diploma básico de toda a ordem jurídica.⁵⁷⁸ Como afirmação do postulado da liberdade, está a autonomia da vontade, conforme salienta Marques, “como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual.”⁵⁷⁹ Além disso, a construção da ordem civil se dá para a proteção das relações patrimoniais entre os sujeitos, desconsiderando qualquer viés existencial.⁵⁸⁰ Os sujeitos abstratos são sujeitos racionais, cujo contrato, expressão econômica da relação entre ambos,⁵⁸¹ reflete um ideal de igualdade no âmbito jurídico.

Esse forte viés voluntarista e individualista vem perdendo espaço no Direito Privado atual, alterando, pouco a pouco, alguns de seus dispositivos, entre eles, aqueles que regulam a capacidade das pessoas. A Constituição trouxe novos valores no seio social que vieram a

⁵⁷⁴ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Coord.). **Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 18.

⁵⁷⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, passim. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, passim.

⁵⁷⁶ RODATÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, item 5. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 168.

⁵⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 234.

⁵⁷⁸ VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: MORAES E BARROS et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 503.

⁵⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das obrigações contratuais. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

⁵⁸⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1 et seq.

⁵⁸¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 30.

irradiar efeitos também no campo civil.⁵⁸² A distinção outrora rígida entre o Direito Público e o Direito Privado vem sofrendo cada vez mais mitigação em decorrência da influência do Estado nas relações civis.⁵⁸³

Esses valores reivindicam a participação do Estado para assegurá-los,⁵⁸⁴ com especial ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República no art. 1º, inciso III.⁵⁸⁵ Segundo aponta Bodin de Moraes, “a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do Direito Civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais”.⁵⁸⁶ É a proteção à pessoa que orienta o novo Direito Privado, com destaque “à dimensão existencial, de interesses extrapatrimoniais, da sua integridade física e psíquica (veja-se, nesse sentido, a revalorização dos direitos da personalidade), da sua afetividade (e suas repercussões jurídicas, especialmente no Direito de Família – ou das Famílias).”⁵⁸⁷

Justamente nesse viés, aparecem muitas diferenças que não se traduzem necessariamente como vulnerabilidades. Essas diferenças compreendem uma sociedade plural no reconhecimento de processos de inclusão.⁵⁸⁸ Em alguns momentos, podem refletir vulnerabilidades, o que enfatiza a necessidade de políticas públicas e ações sociais no sentido

⁵⁸² TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

⁵⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.3.

⁵⁸⁴ VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: MORAES E BARROS et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 526 et seq. Conforme refere o autor: “Definitivamente ultrapassado pelas actuais concepções da justiça e igualdade dos homens perante a lei, o modelo de Estado não-intervencionista próprio da sociedade burguesa, a Constituição não pode hoje limitar-se a definir os direitos políticos e as liberdades fundamentais do cidadão e a traçar a organização do Estado capaz de garantir a livre iniciativa dos indivíduos. Acima da função de árbitro nos conflitos de interesses individuais ou de acidental interventor supletivo do desenvolvimento económico do país, o Estado social moderno chamou justificadamente a si duas funções primordiais: a de promotor activo do bem comum e a de garante da justiça social. O desempenho dessa dupla função exige a atribuição de poderes de intervenção do Estado na ordem económica, social e cultural e imposição de limitações à livre iniciativa dos indivíduos, que encontram o seu lugar sistemático adequado no texto constitucional.”

⁵⁸⁵ . “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017

⁵⁸⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo. (Org.), **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

⁵⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

⁵⁸⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A questão da diversidade e a Constituição de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

de compensar eventuais diferenças discriminatórias em desfavor desses grupos vulneráveis.⁵⁸⁹ Na família, reverte-se a lógica de proteção simplesmente pela adoção da incapacidade, mas por um modo que assegure a autonomia dos protegidos.⁵⁹⁰

Trata-se, conforme salienta Asís,⁵⁹¹ para além de considerar a igualdade como diferenciação negativa ou igualdade como não-discriminação, em que se deve tratar igualmente os sujeitos, não obstante suas diferenças. Essa igualdade negativa caminha junto com a igualdade como diferenciação positiva, supondo um tratamento diferente a circunstâncias e situações com elemento diferenciador.

Neste ambiente de renovado humanismo, a vulnerabilidade será tutelada, prioritariamente, “onde quer que ela se manifeste.”⁵⁹² Assinala Bodin de Moraes que “terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei.”⁵⁹³ Alguns autores tratam de minorias para designar grupos numericamente inferiores que não detêm uma posição dominante.⁵⁹⁴ No entanto, em alguns casos, o contingente numérico pode ser expressivo, mas ainda assim sofrerem discriminação, o que leva ao uso do termo grupo vulnerável.⁵⁹⁵

A vulnerabilidade assume, no Direito Privado contemporâneo, o ponto de encontro entre a função individual, que tradicionalmente lhe é reconhecida, e a sua função social, afirmada no postulado da solidariedade que emerge da Constituição.⁵⁹⁶ De uma concepção do Direito Privado como “autossuficiente”, passa-se para o diálogo e abertura para considerações de fins

⁵⁸⁹ GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e a proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

⁵⁹⁰ BRUN, Anne-Sophie; GALLIARD, Camille. La vulnerabilité de l'enfant et de la femme mariée: évolution historique de 1804 à nos jours. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 154.

⁵⁹¹ ASÍS, Rafael de. Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 6.

⁵⁹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

⁵⁹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

⁵⁹⁴ CAPOTORTI, Francesco. Apud SÉGUN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11.

⁵⁹⁵ SÉGUN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: Uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12. Segundo a autora: “Na prática, tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou, no presente estudo, a não nos atermos a diferença existente.”

⁵⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 17.

sociais, tradicionalmente atribuídas ao Direito Público.⁵⁹⁷ A ideia de solidarismo no direito privado está intimamente associada ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁹⁸ Como aponta Cardoso na própria funcionalidade dos princípios de direito privado.⁵⁹⁹

O individualismo cede lugar para considerações a respeito da pertença do sujeito a determinados grupos como ser mulher, consumidora, idosa, indígena, etc., a merecer do Direito Privado proteção especial em razão desse pertencimento. Nesse interim, a Corte Interamericana identificou a vulnerabilidade ligada às condições pessoais de determinadas categorias em crianças, mulheres e minorias sexuais, povos tribais e deficientes, além de outras por situações específicas.⁶⁰⁰ Essa consideração a determinados grupos se relaciona à discriminação estrutural e histórica⁶⁰¹ que podia ser observada na forma de colocação desses indivíduos sob o regime geral de incapacidade. O uso do termo grupos vulneráveis também ocorre no contexto da Corte Europeia de Direitos Humanos,⁶⁰² no sentido de buscar igualdade substancial para determinados sujeitos, historicamente excluídos.⁶⁰³

A autonomia ganha destaque, nesse contexto, como valor personalíssimo, como afirmado pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007: como “liberdade para fazer as próprias escolhas.”⁶⁰⁴ A liberdade deve ser afirmada em um ambiente que reconhece as vulnerabilidades e as diversidades atinentes ao sujeito, procurando integrá-lo no meio social e não o excluir. Uma autonomia, conforme ressalta Marques, que valoriza a pessoa, que estabelece um modo de vida ético e justifica a atuação do Estado.⁶⁰⁵ Na lição da autora:

⁵⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

⁵⁹⁸ REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015, p. 80.

⁵⁹⁹ CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 6, n. 1, 2012, p. 13.

⁶⁰⁰ ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La vulnerabilité saisie par la Cour Interaméricaine. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnerabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 105-106. Dentre aqueles em situações específicas, menciona: pertencentes a partidos de oposição, defensores de direitos humanos, em situação de prisão, os migrantes, deslocados internos e jornalistas.

⁶⁰¹ ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La vulnerabilité saisie par la Cour Interaméricaine. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnerabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 96.

⁶⁰² BESSON, Samantha. La vulnerabilité dans la jurisprudence de la Cour Européenne. **La vulnerabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 59 et seq.

⁶⁰³ PERONI, Lourdes; TIMMER, Alessandra. Vulnerable groups: the promise of a emerging concept in European Human Rights Convention Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 4, out. 2013, p. 1056.

⁶⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007**. Considerandos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁶⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das obrigações contratuais. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 204.

A igualdade a ser reconhecida pelo Estado em relação às pessoas não como “direitos “negativos” de igualdade (*Abwehrrechte*- direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa – *Rechte auf negative Handlungen*). Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente, como afirma Erik Jayme o *droit à la difference* é o direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações afirmativas (*Rechte auf positive Handlungen*) do Estado em prol do indivíduo identificado como determinado grupo.⁶⁰⁶

Por isso, ao se analisar o instituto da capacidade, verifica-se que ele promove a exclusão de determinadas pessoas, cuja determinação ou autonomia não é reconhecida no Direito Privado. Ao invalidar os atos praticados pelos incapazes, a lei os torna invisíveis, desconhecendo seu papel no seio da sociedade. O regime de capacidade, ao tratar do sujeito enquanto objeto de proteção, distancia-se do respeito à sua personalidade, principalmente em relação à prática de atos existenciais. Por meio de uma carta branca para substituir a vontade do curatelado em todos os atos da vida civil, o curador se imiscui em assuntos existenciais, com poder para decidir sobre doação de órgãos, esterilização sem parcimônia, a título de exemplo.⁶⁰⁷ É justamente na prática dos atos existenciais, por constituírem direitos inerentes à personalidade humana, que o regime de incapacidade se mostra inapto à proteção da pessoa.⁶⁰⁸

O movimento iniciado pelo Direito do Trabalho e Direito do Consumidor, com consideração a respeito da vulnerabilidade, influencia também o Direito Privado contemporâneo, na consideração de outros grupos em que se reconhecem diferenças e fragilidades.⁶⁰⁹ Trata-se de assegurar, por meio do reconhecimento da vulnerabilidade e da diferença, uma atuação positiva do Estado.⁶¹⁰ No entanto, esse reconhecimento deve ser feito em um contexto de multiculturalismo e respeito às diferenças para que a identificação das vulnerabilidades não acabe por estigmatizar os indivíduos.⁶¹¹

⁶⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das obrigações contratuais. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

⁶⁰⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 191-192.

⁶⁰⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A renovação do instituto da curatela e a autonomia privada do incapaz no âmbito existencial: Uma reflexão a partir da esterilização da pessoa maior incapaz. **Direito de família entre a norma e a realidade**. São Paulo: Altas, 2010, p. 35.

⁶⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima; DOLL; Johannes. Posfácio. In: ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 358.

⁶¹⁰ FINEMAN, Martha Alberston. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, 2008, p. 2.

⁶¹¹ BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111. A autora traz como exemplo a noção de vulnerabilidade trazida no âmbito da saúde pública para tratar o chamado grupo de risco em relação à possibilidade de adquirir AIDS e o preconceito advindo dessa designação.

No regime de incapacidade, a grande mudança de paradigma vem com a adoção da Convenção das Nações sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007 e da edição da Lei 13.146/2015 que revogou os dispositivos do Código Civil a respeito da capacidade e da necessidade de interdição.

Os artigos antes analisados do Código Civil passam a ter a seguinte redação:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

I - (Revogado).

II - (Revogado).

III - (Revogado).

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 e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade,

IV - os pródigos.

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

A busca pela inclusão e respeito à diferença não se coaduna com a permanência do instituto da incapacidade tal qual delineado. Conforme assevera Fachin:

Os sujeitos que não são iguais, não devem ser qualificados de modo discriminatório. A qualificação ao nivelamento é uma violência contra aquilo que é diverso. Reconhecer-se o diverso implica reconhecer a dignidade que há nessa diversidade, sem que ela seja um estado de desqualificação. A diversidade passa a ser uma chave apta a abrir a porta de acesso ao estatuto de sujeito de direito subjetivo.⁶¹²

Muito embora possamos verificar que a capacidade tenha permanecido no Código Civil de 2002 para as crianças e adolescentes, como incapacidade absoluta aos menores de 16 anos, e a incapacidade relativa a determinadas causas, o instituto merece uma nova leitura com a revogação de alguns dispositivos. Até mesmo para crianças e adolescentes, não há como não considerar a autonomia desses sujeitos no Direito Privado contemporâneo, aptos a realizar negócios na vida civil, como contratos de transporte, compra e venda de pequena monta, bem como sua participação ativa no Direito de Família e questões de ordem existencial, os quais produzem efeitos, reconhecidos juridicamente.

A vulnerabilidade leva em consideração a inclusão desses indivíduos na sociedade, buscando não o seu afastamento, mas tendo em conta “as competências e capacidades dos

⁶¹² FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 182.

indivíduos, tanto dentro de uma visão preventiva como curativa da intervenção, em razão do caráter habilitante da vulnerabilidade inerente a dimensão de potencialidade que ela inclui.”⁶¹³ Ou seja, é característico da vulnerabilidade “o seu caráter dialético, pondo, no centro a conjunção entre a autonomia e a dependência.”⁶¹⁴

A análise, na segunda parte da tese, dos grupos irá revelar que estamos diante de sujeitos atuantes no Direito Privado, mas que, nem por isso, devem ser tratados como iguais às demais pessoas. É preciso reconhecer as suas diferenças e vulnerabilidades, orientando o Direito Privado para um viés inclusivo e socializado, como uma questão supraindividual.⁶¹⁵

Nessa busca por um Direito Privado solidário, faz-se necessário o reconhecimento dos vulneráveis e dos diferentes, a partir de denominadores comuns que os identificam em determinados grupos. Afasta-se do paradigma da igualdade meramente formal, cujo ideal era tratar todos de forma igual, desconsiderando suas desigualdades, construídas historicamente.⁶¹⁶

Esses grupos, antes categoria de incapazes ou de iguais no Direito Privado moderno, aparecem como novos sujeitos, merecedores de proteção por se encontrarem em situação de desigualdade, com forte conotações pós-modernas.⁶¹⁷ Rompe-se o paradigma da incapacidade, sem se descuidar da vulnerabilidade.

Propõe-se, nesta segunda parte, a análise dos grupos, dividindo-os para o estudo, a partir da classificação de Eike von Hippel, referida na obra de Marques e Miragem,⁶¹⁸ em vulnerabilidade por fatores naturais, em que se analisará a vulnerabilidade e diversidade das crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência (1) e vulnerabilidade e diversidade por fatores sócio-econômicos, voltando os estudos para indígenas, mulheres e consumidores (2). O recorte foi feito também a partir das categorias dos então incapazes para se verificar

⁶¹³ SOULET, Marc-Henry. La vulnerabilité, une ressource à manier avec prudence. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 27. Tradução livre de: - “prendre appui sur les compétences et les capacités des individus, tant dans une vision préventive que curative de l’intervention, en raison du caractère habilitant de la vulnérabilité inhérent à la dimension de potentialité qu’elle inclue.”

⁶¹⁴ SOULET, Marc-Henry. La vulnerabilité, une ressource à manier avec prudence. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 27. Tradução livre de - “mettre en son centre la conjonction dynamique de l’autonomie et de la dépendance en raison, cette fois-ci, du caractère dialectique de la vulnérabilité.”

⁶¹⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 225.

⁶¹⁶ FINEMAN, Martha Alberston. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, 2008, p. 3. Nas palavras do autor: “Indeed, “equality,” reduced to sameness of treatment or a prohibition on discrimination, has proven an inadequate tool to resist or upset persistent forms of subordination and domination.”

⁶¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

⁶¹⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 9.

como o Direito Privado solidário atual os recepciona no contexto de pluralismo, valorizando uma autonomia privada diferenciada.

Ao traçar esse capítulo, o objetivo foi sinalizar que a identificação das categorias estudadas acima não exaure o estudo das vulnerabilidades.⁶¹⁹ É possível distinguir outras vulnerabilidades e diversidades que merecem proteção pelo Direito, pois o que se está em jogo é a situação concreta de cada pessoa, digna de tutela na medida de sua vulnerabilidade.⁶²⁰

Em algumas hipóteses, pode-se identificar a chamada hipervulnerabilidade⁶²¹ ou vulnerabilidade agravada,⁶²² como uma escala de vulnerabilidade,⁶²³ como restou designado no título do capítulo. Diferentemente da incapacidade que é absoluta ou relativa, na lógica do “tudo ou nada”,⁶²⁴ a vulnerabilidade pode apresentar nuances, devendo ser mais fortemente considerada em casos em que a Constituição expressamente determina⁶²⁵ ou quando conjugada a outra vulnerabilidade. Referindo-se aos consumidores, Marques e Miragem conceituam como “um grau excepcionado (e ‘juridicamente relevante’) da vulnerabilidade geral dos

⁶¹⁹ SOULET, Marc-Henry. La vulnerabilite, une ressource a manier avec prudence. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnerabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 26.

⁶²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. VIII.

⁶²¹ Terminologia difundida pelo Min. Antônio Herman Benjamin no acórdão REsp. 586.316/MG. Na explicação dos autores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem: “Como a própria etimologia do adjetivo ‘vulnerável’, que deriva de *vulnus* no latim a significar machucado, atacado por um mal ou frágil (nas línguas indo-europeias: *welanos*), indica que a vulnerabilidade ‘geral’ já está ligada a doença, ao risco potencial de morte, à fraqueza particular de um grupo, classe ou coletividade. Já *hyper* é prefixo grego para designar o aumento, agravamento, aquilo que é ‘além’ do ordinário, normal ou típico, que está em outra dimensão, que abre um espaço especial (no caso de proteção do mais fraco).” MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 197.

⁶²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102 et seq.

⁶²³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 197.

⁶²⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42. Ao criticar o regime das incapacidades, adotado pelo Código Civil de 2002, os autores pontuam: “Em quase um século de distância, nada se alterou para os incapazes. Manteve-se um regime unitário que reúne todas as incapacidades sob o mesmo rótulo e as trata com pouquíssimas diferenciações, sempre sob a lógica do ‘tudo ou nada’. Quem é incapaz o é para todos os ‘atos da vida civil’, expressão que abrange desde a doação de um imóvel à compra de um refrigerante.

⁶²⁵ NISHIYAMA, Adolfo; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 76, out./dez. 2007, p. 18.

consumidores.”⁶²⁶ É o caso do consumidor idoso⁶²⁷ ou das pessoas com deficiência⁶²⁸ e necessidade especial de proteção nas relações de consumo.

Mas não só em relação a uma categoria de consumidores se pode verificar soma de vulnerabilidades diversas. Por exemplo, pode ser evidenciado que, no caso concreto, o idoso analfabeto, mesmo que não diante de uma relação de consumo, deva ser considerado hipervulnerável.⁶²⁹ Assim também a situação de uma mulher, adolescente indígena,⁶³⁰ mesmo que não se utilize expressamente o termo hipervulnerabilidade no fundamento da decisão. Apenas a situação apresentada poderá revelar essas nuances de vulnerabilidades a serem atendidas pelo julgador na concretização da norma.

⁶²⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 205.

⁶²⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 234 et seq.

⁶²⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 195 et seq.

⁶²⁹ Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça: Ementa: “Previdenciário. Recurso Especial. Aposentadoria por invalidez. Laudo pericial conclusivo pela incapacidade parcial do segurado. Não vinculação. Circunstância sócio-econômica, profissional e cultural favorável à concessão do benefício. 1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Rural Segurado da Previdência Social, devendo ser, portanto, julgados sob tal orientação exegética. 2. Para a concessão de aposentadoria por invalidez devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 8.213/91, tais como, a condição sócio-econômica, profissional e cultural do segurado. 3. Embora tenha o laudo pericial concluído pela incapacidade parcial do segurado, o Magistrado não fica vinculado à prova pericial, podendo decidir contrário a ela quando houver nos autos outros elementos que assim o convençam, como no presente caso. 4. Em face das limitações impostas pela avançada idade (72 anos), bem como por ser o segurado semi-analfabeto e rurícola, seria utopia defender sua inserção no concorrido mercado de trabalho, para iniciar uma nova atividade profissional, pelo que faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez. 5. Recurso Especial não conhecido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 965.597/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social; Recorrido: Frederico Bernardino e outros; julgado em 23/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 355.

⁶³⁰ Vide belíssimo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que aplicou conjuntamente diversas fontes jurídicas para a proteção dos valores constitucionais: Ementa: “Previdenciário. Recurso Especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Ação Civil Pública. Indígenas menores de 16 (dezesesseis) anos. Condição de seguradas especiais. Concessão de salário-maternidade. Cabimento. Precedentes. Recurso especial não provido. 1. Quanto à alegada violação do artigo 374 do CPC/2015, a irresignação não pode ser conhecida, porquanto ausente o necessário questionamento. 2. No caso, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com o objetivo de reconhecer direito individual homogêneo das indígenas, menores de 16 anos, ao salário-maternidade, na condição de seguradas especiais do Regime Geral de Previdência Social. 3. O sistema previdenciário protege os indígenas, caso desempenhem trabalho remunerado. A Constituição da República de 1988, a Convenção 129 da Organização Internacional do Trabalho e o Estatuto do Índio são uníssonos ao proteger os direitos indígenas e garantir à esta população, no tocante ao sistema previdenciário, o mesmo tratamento conferido aos demais trabalhadores. 4. A limitação etária não tem o condão de afastar a condição de segurada especial das indígenas menores de 16 (dezesesseis) anos, vedando-lhes o acesso ao sistema de proteção previdenciária estruturado pelo Poder Público. Princípio da primazia da verdade. Precedentes. 5. As regras de proteção das crianças e adolescentes não podem ser utilizadas com o escopo de restringir direitos. Nos casos em que ocorreu, ainda que de forma indevida, a prestação do trabalho pela menor de 16 (dezesesseis) anos, é preciso assegurar a essa criança ou adolescente, ainda que indígena, a proteção do sistema previdenciário, desde que preenchidos os requisitos exigidos na lei, devendo ser afastado o óbice etário. 6. Recurso especial não provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1650697/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social, Recorrido: Ministério Público Federal, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017.

Esse é o desafio do Direito Privado contemporâneo, identificar uma situação de vulnerabilidade, que sequer elencada em lei está, para determinar um estatuto protetivo. Assim o fez o Superior Tribunal de Justiça ao considerar a proteção em relação aos riscos dos alimentos industrializados que contém glúten no que se refere ao grupo de pessoas com doença celíaca. No acórdão, de relatoria do Min. Benjamin, é enfatizado que a ausência de lei não pode ser guardada para a falta de proteção:

Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à ‘generalidade das pessoas’, é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.⁶³¹

Passa-se a análise das pessoas tidas como incapazes pelo Direito Privado em algum momento histórico e também os que permanecem nessa categoria (crianças e adolescentes), para a demonstração da superação do paradigma da capacidade civil e da necessidade de (re)afirmação, no contexto do pluralismo, da vulnerabilidade e diversidade, demandando, conforme o caso, proteção específica.

3. 1.1 Vulnerabilidade e diversidade “por fatores naturais”

3.1.1.1 Crianças e adolescentes

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos percorreu um longo caminho histórico, sendo que, apenas no século XX, deixaram eles de serem considerados apenas objeto de proteção.⁶³² Como nos demais grupos, o reconhecimento por meio de instrumentos internacionais foi essencial para essa trajetória. Em 1924, a expressão “direitos da criança” foi utilizada pela primeira vez na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Sociedade das Nações.⁶³³ Martins salienta que a Declaração ainda trazia a criança como objeto

⁶³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009.

⁶³² MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

⁶³³ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

de proteção em razão de suas debilidades, mas sem que qualquer dever fosse estabelecido ao Estado quanto à essa proteção.⁶³⁴

Após a Segunda Guerra, a Assembleia das Nações Unidas aprovou, por unanimidade, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, também conhecida como Declaração de Genebra, tendo como orientação o superior interesse da criança e elencando uma série de direitos em seu corpo, desde direitos ligados à sobrevivência como direitos à educação e a brincar.⁶³⁵ Esse foi um passo importante para o comprometimento dos Estados na elaboração de um tratado internacional sobre o tema posteriormente.⁶³⁶

Antes da Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, publicada em 1969,⁶³⁷ dedicou-se a tratar especificamente das crianças e adolescentes. Garantiu o acesso às medidas de proteção exigidas em razão da idade, incumbindo a prestação dessas medidas à família, à sociedade e ao Estado (art. 19).⁶³⁸ Além disso, previu a não suspensão dos direitos da criança mesmo em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameaçasse a independência ou segurança do Estado-parte (art. 27, I).⁶³⁹

A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas foi adotada, por unanimidade, em 20 de novembro de 1989. Passa-se de um modelo de proteção para um modelo participativo, reconhecendo a criança como pessoa em desenvolvimento, sujeito ativo na construção de seu futuro em uma relação intersubjetiva com os pais e como titular de direitos

⁶³⁴ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84.

⁶³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁶³⁶ DETRICK, Sharon. **A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1999, p. 16.

⁶³⁷ Internalizada pelo Brasil no Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

⁶³⁸ “Art. 19. Dos direitos das crianças. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁶³⁹ “Artigo 27. Suspensão de garantias. 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

fundamentais.⁶⁴⁰ É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história da humanidade, tendo sido ratificado por 192 países, apenas Estados Unidos e Somália não ratificaram.⁶⁴¹

O sistema da Convenção se apresenta em quatro princípios estruturantes: o princípio da não discriminação (art. 2º), do superior interesse da criança (art. 3º), do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (art. 6º) e o princípio do respeito às opiniões da criança (art. 12).⁶⁴² Esse direito se concretiza no direito de a criança ser ouvida nos processos administrativos e judiciais que lhe digam respeito.⁶⁴³ A Convenção considera criança todo ser humano com idade inferior a 18 anos (art. 1º),⁶⁴⁴ sendo que, no Brasil, por disposição legal, criança designa a pessoa até 12 anos incompletos e adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos incompletos (art. 2º da Lei 8.069/90).⁶⁴⁵

Nesse contexto histórico, a Constituição Federal elencou, no art. 227, o princípio de proteção integral dirigido às crianças e aos adolescentes.⁶⁴⁶ Pereira esclarece que essa proteção integral inclui direitos provenientes da sua condição de pessoas em desenvolvimento, que possam convergir para o estabelecimento de condições de liberdade e dignidade.⁶⁴⁷ Como

⁶⁴⁰ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 85-87.

⁶⁴¹ GABURRI, Fernando; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Criança e adolescente: sujeito de direito e superação da condição de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 421. O Brasil ratificou por meio do Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

⁶⁴² “Art. 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm >. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁶⁴³ DETRICK, Sharon. **A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1999, p. 51.

⁶⁴⁴ “Art. 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm >. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁶⁴⁵ BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. ”

⁶⁴⁶ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁶⁴⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 126.

princípio, deve se realizar sempre no caso concreto, levando-se em consideração historicamente os valores sociais de forma crítica.⁶⁴⁸ Em alguns casos, o Estado anuncia a proteção sob forma de vedação legal, como por exemplo, o impedimento de doação de órgãos por pessoas menores, independentemente da sua vontade ou autorização dos pais, consubstanciada na Lei dos Transplantes – Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, art. 4º.⁶⁴⁹ Em outros casos, caberá a ponderação pelo magistrado na solução da controvérsia jurídica.⁶⁵⁰

Como positivação do princípio constitucional, foi publicado o Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/90. As suas disposições, juntamente com a Constituição Federal e os diplomas internacionais, representaram uma mudança de perspectiva em relação às pessoas menores de 18 anos. De objetos, passam a ser sujeitos de direitos.⁶⁵¹ Ratifica, o referido estatuto, a doutrina da proteção integral, abandonando o termo menor como aquele em situação irregular, unicamente quem o ordenamento jurídico se dirigia quando tratava no então Código de Menores (Lei 6.697/79).⁶⁵²

⁶⁴⁸ Nesse sentido, Sêco exemplifica que, sob os auspícios do princípio do melhor interesse, poderia se perverter a ideia de proteção às crianças, como no caso de retirada de filhos de famílias ‘subversivas’ na Argentina para serem criados por famílias ‘estruturadas’; ou ainda, na onda de combate à obesidade infantil, destituir poderes familiares. Vide SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 12. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%AAco-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁶⁴⁹ “Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001).” BRASIL. Lei n. 9.434 de 04 de fevereiro de 1994. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 20 jan. 2018. “

⁶⁵⁰ Vide BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, Campinas, vol. 1, jan./jun. 2013, p. 17 et seq. Exemplo da aplicação desse princípio em confronto com a reserva do possível é a determinação de matrícula de criança em creche próxima à residência. Ementa: “EDcl no REsp 1663462/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 20/10/2017. No direito à alimentos, tem-se decidido o protesto e inscrição do nome do devedor em bancos restritivos. Extrai-se do julgado: “Na hipótese, o recorrido, executado na ação de alimentos, devidamente citado, não pagou o débito, sendo que, determinando-se diligências, não foram encontrados bens passíveis de penhora em seu nome. Portanto, considerando-se que os alimentos devidos exigem urgentes e imediatas soluções - a fome não espera -, mostram-se juridicamente possíveis os pedidos da recorrente, ora exequente, de protesto e de inclusão do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito (SPC e Serasa), como medida executiva a ser adotada pelo magistrado para garantir a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1533206/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Recorrente: A. L. C. de J. (Menor), Recorrido: M. R. de J, julgado em 17/11/2015, DJe 01/02/2016.

⁶⁵¹ GABURRI, Fernando; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Criança e adolescente: sujeitos de direito e superação da condição de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 419.

⁶⁵² O Primeiro Código de Menores de 1927 tratava das crianças delinquentes. Em 1979, veio o segundo Código de Menores, dirigido às crianças em situação de risco social. Apenas o Estatuto da Criança e do Adolescente, na década de 1990, tratou do tema de forma abrangente. Vide GABURRI, Fernando; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Criança e adolescente: sujeitos de direito e superação da condição de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 417 et seq.

É preciso pontuar que, para o Código de Menores, havia uma relação muito íntima entre a situação irregular e a situação de pobreza a que o Estado visava combater, de sorte que o Código de Menores se revestia como instrumento de controle estatal da miséria.⁶⁵³ Mesmo assim, ele representou passo importante no abandono da doutrina do Direito Penal do menor, contida no Código Criminal do Império de 1830 e no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890. Segundo esta doutrina, quando havia a prática de ato ilegal, cabia ao juiz avaliar se o menor tinha consciência da ilicitude do ato e, a partir de então, aplicar-lhe a medida cabível, que poderia, em alguns casos, ser a pena de prisão.⁶⁵⁴

Ao reconhecê-lo enquanto pessoa, abandona-se a posição de objeto passivo⁶⁵⁵ e se reconhece também uma autonomia condigna à sua personalidade em formação. Essa autonomia deverá ser contextualizada na consideração de sujeito em desenvolvimento, atendo-se às peculiaridades inerentes à faixa etária. Procura-se uma ênfase no aspecto dinâmico das fases de infância e adolescência, com especial atenção a qualquer vulnerabilidade, cuja trajetória é de diminuição crescente até a sua extinção.⁶⁵⁶

A consideração a respeito da vontade da criança e adolescente deve atender a essas especificidades, conforme sua maturidade e em aspectos em que atinge mais diretamente os interesses desses indivíduos como relacionado às questões relativas à família. O próprio ordenamento reconhece válida a vontade em relação à possibilidade de escolher governantes (direito ao voto) e a realizar contrato de trabalho (direito ao trabalho) àqueles com 16 anos ou mais.

⁶⁵³ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente.

Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 12. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A0co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁶⁵⁴ FERREIRA, Ana Luíza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, Campinas, vol. 2, jul. 2013, p. 236. Dispunham os referidos Códigos: Código Criminal do Império. “Art. 10: Também não se julgarão criminosos: § 1.º Os menores de quatorze anos. [...] Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos.” Lei 16 de dezembro de 1830. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018. Código Penal 1890. “Art. 27. Não são criminosos: § 1.º Os menores de 9 anos completos; § 2.º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento.” BRASIL. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁶⁵⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse” da criança. In: _____. (org.). **O melhor interesse da criança**: Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 15.

⁶⁵⁶ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 16. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A0co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

O Código Civil permanece com a inclusão das crianças e adolescentes no rol dos incapazes, não atribuindo validade aos negócios jurídicos, por eles, praticados.⁶⁵⁷ Esse sistema merece ser revisto, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁵⁸ e ponderado no que toca aos efeitos da prática de alguns atos patrimoniais e existenciais, como será estudado na segunda parte deste capítulo. Além disso, reveste-se em categoria abstrata que não representa *in concreto* as particularidades da pessoa.⁶⁵⁹ Deve ser buscada uma harmonia entre os direitos das crianças e a o regime das incapacidades, tendo como exemplo o direito de ser ouvido e suas opiniões serem consideradas.⁶⁶⁰

Ao se propor, nesse aspecto, superar o paradigma da capacidade, não significa reconhecer igualdade desses indivíduos na sociedade. A consideração que se deve realizar diz respeito ao reconhecimento de suas vulnerabilidades a orientar a nulidade dos negócios por eles realizados quando em desconformidades com os valores de proteção, elencados pela Constituição. A incapacidade é reconhecida como tutela da vulnerabilidade. Os casos concretos demonstram que a nulidade dos negócios praticados pelos menores vem ao encontro de um paradigma de proteção.⁶⁶¹

Impossibilidade de realizar negócios jurídicos que comprometam e prejudiquem seu patrimônio de um lado, mas admitindo os contratos próprios do tráfego comercial cotidiano. A própria internet irá relativizar a impossibilidade de realização de negócio jurídico ao franquear

⁶⁵⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;” e “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente;” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁶⁵⁸ No mesmo sentido, SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 16. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%AAco-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017. Nas palavras da autora: “Justamente também pela sintonia com a dignidade da pessoa humana e com seus corolários deve ser entendido e, conforme o caso, relativizado o instituto das incapacidades, levando-se em conta seu perfil dinâmico.”

⁶⁵⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 317.

⁶⁶⁰ BRUN, Anne-Sophie; GALLIARD, Camille. La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée: évolution historique de 1804 à nos jours. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 155. As autoras fazem referência ao “*droit à la parole*” como exemplo dessa missão.

⁶⁶¹ Ementa: “Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ação Declaratória de Nulidade Contratual. Contrato firmado por relativamente incapaz sem assistência. Nulidade do ajuste reconhecida. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Revisão de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula 07/STJ. Ausência de fundamentos que justifiquem a alteração da decisão agravada. Agravo Regimental desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 439.729/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Recorrente: Centro Transmontano de São Paulo, Recorrido: Stefani Suellen de Oliveira Leite, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015.

indiscriminadamente contratos no mundo virtual, sem qualquer consideração ao sujeito em concreto que está realizando, aumentando ainda mais a vulnerabilidade do consumidor.⁶⁶²

Por isso, sugere-se uma nova redação legal para o instituto da incapacidade no que diz respeito às crianças e adolescentes. Assim, pode-se reconhecer, à priori, uma ordem pública de proteção para a categoria das crianças e adolescentes, estabelecendo, por exemplo, um artigo de lei, na forma do Código Civil francês, que ressalve a desnecessidade de representação para a prática de atos usuais e que protejam os interesses existenciais das crianças e adolescentes. A incapacidade permanece no Código Civil da forma descrita, com essas exceções, mas com uma nova leitura, visto que este instituto deve se amoldar com uma nova visão de sujeito vulnerável, com a proteção dos seus interesses existenciais e do tráfego comercial e da confiança, de outro lado. Além disso, sob o fundamento da incapacidade civil, não se pode negar o exercício de direitos pelas crianças e adolescentes, principalmente atinentes aos atos existenciais. A intervenção estatal ou parental deve ser pautada na concretização do que seja o melhor interesse com atenção ao processo de desenvolvimento da autonomia. Esse resultado será analisado na segunda parte quanto ao reconhecimento de efeitos dos atos praticados por esses sujeitos vulneráveis.

3.1.1.2 Idosos

De lado oposto à infância e à adolescência, está a velhice. Se antes do século XX, o número de pessoas idosas em relação ao contingente total da população era considerado muito limitado e a expectativa de vida era estimada muito baixa, essa realidade começa a mudar, e o envelhecimento populacional passa a ser alvo de preocupação estatal em razão de abarcar contingente expressivo da população.⁶⁶³ Embora as estatísticas revelem que, cada vez mais, o grupo de idosos tem aumentado, observa-se que nem sempre há um tratamento jurídico adequado, que leve em conta as especificidades dessa faixa etária, principalmente no que toca à velocidade das mudanças nas sociedades e a possibilidade de seu acompanhamento.⁶⁶⁴

Essa dificuldade de acompanhamento em relação às transformações sociais reflete na visão de rejeição da velhice. A negação do idoso passa pelas expressões melhor idade e jovem

⁶⁶² MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72 e KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

⁶⁶³ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direitos humanos e velhice. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 475 et seq.

⁶⁶⁴ DOLL, Johannes. Educação e envelhecimento: desafios no mundo contemporâneo. In: ANICA, Aurízia et al. (Coord.). **Envelhecimento ativo e educação**. Algarve: Universidade do Algarve, 2014, p. 5.

acima de 60 anos, como pode ser observado em recente campanha de vacinação vinculada pelo Ministério da Saúde.⁶⁶⁵ Essa negação da velhice, significa um processo de negação da própria morte e do fim da existência,⁶⁶⁶ além de uma percepção de que o envelhecimento ativo ou bem-sucedido deva exigir unicamente um esforço pessoal em detrimento de uma política pública e social.⁶⁶⁷

Bobbio também destaca as limitações e perdas trazidas para a velhice, revelando aspectos desfavoráveis dessa fase de vida.⁶⁶⁸ No prefácio de sua obra, Lafer descreve a percepção de Bobbio ao se deparar com o fim do ciclo da vida, recorrendo-se à memória como subterfúgio diante da recusa de qualquer continuidade após a morte.⁶⁶⁹

Essa concepção negativa do envelhecimento leva a enxergar o idoso como um sujeito em decadência, com nítidos prejuízos acerca de sua posição no espaço público e no espaço privado,⁶⁷⁰ pondo em dúvida sua capacidade civil plena. Assim, não se pode confundir uma vulnerabilidade própria da situação de envelhecimento com a perda de capacidade e retirada de autonomia da pessoa idosa.⁶⁷¹

Elencado o direito ao envelhecimento como direito fundamental pela Declaração Universal de Direitos Humanos (XXV, §1º),⁶⁷² irá exigir do Estado políticas que levem em conta as peculiaridades inerentes a esse estágio da vida, como serviços públicos, saúde, previdência social, entre outros. Assim como nos demais grupos estudados, a proteção ao idoso,

⁶⁶⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Campanha da Vacinação H1N1, 2016. **Youtube**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gDxLOld6nhY>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁶⁶⁶ SANTOS, S. S. C. Gerontologia à luz da complexidade de Edgar Morin. **Revista Eletrônica do Mestrado de Educação Ambiental**, Rio Grande, volume especial, p. 22-35, out. 2004. p. 26, Disponível em: <<https://www.seer.furg.br/remea/article/view/2858/1618>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

⁶⁶⁷ CAMARANO, Ana Amélia. Política de cuidados para a população idosa/Necessidades, contradições e resistências. In: FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1242.

⁶⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**: De senectude e outros escritos autobiográficos. Trad.: Daniela Versiani. 4. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 30. Nas palavras do autor: “A velhice passa a ser então o momento em que temos plena consciência de que o caminho não apenas não está cumprido, mas também não há mais tempo para cumpri-lo, e devemos renunciar à realização da última etapa.”

⁶⁶⁹ LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**: De senectude e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. XI.

⁶⁷⁰ TAVARES, Ademário Andrade; LEITE, Glauco Salomão. A proteção constitucional da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44.

⁶⁷¹ LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-em-Provence: Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2007, p. 30.

⁶⁷² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. “Art. XXV. (...) § 1º. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

como direito fundamental à diversidade e vulnerabilidade, teve reconhecimento no âmbito internacional, ainda que não haja um instrumento juridicamente vinculante de domínio global.

Em 1973, a Assembleia Geral da ONU chamou atenção para a necessidade de proteger os direitos e o bem-estar das pessoas idosas, por meio da Resolução 3137 (XXVIII).⁶⁷³ Posteriormente, em 1982, na I Conferência Internacional sobre Envelhecimento, a Assembleia produziu o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, com 62 pontos. Ele insta a ação em assuntos como saúde e nutrição, proteção de consumidores idosos, habitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de renda e emprego, educação e a coleta e análise de dados de pesquisa.⁶⁷⁴

Em 16 de dezembro de 1991, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou os Princípios da ONU para Pessoas Idosas, Resolução 46/91, reconhecendo a “acentuada diversidade na situação dos idosos, não só entre países, mas também dentro dos países e entre os indivíduos, a qual exige uma série de diferentes respostas políticas”.⁶⁷⁵ Trata-se de um instrumento de *soft law* que não comporta valor propriamente cogente para os Estados,⁶⁷⁶ mas que representa passo importante para o seu reconhecimento como direito fundamental. No ano seguinte, a Conferência Internacional sobre o Envelhecimento se reuniu para dar seguimento ao Plano de Ação, adotando a Proclamação do Envelhecimento. Seguindo a recomendação da Conferência, a Assembleia Geral da ONU declarou 1999 o Ano Internacional do Idoso.⁶⁷⁷

Os esforços das Nações Unidas continuaram com a realização da II Conferência Internacional sobre Envelhecimento em Madri. Objetivando desenvolver uma política internacional para o envelhecimento no século XXI, a Assembleia adotou a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid, que tem servido de guia para elaboração de políticas públicas e programas nacionais. Desde então, o direito das pessoas idosas é tratado no contexto de outras Convenções, como na Convenção sobre os Direitos das

⁶⁷³ PIOVESAN, Flávia. O Sistema ONU de direitos humanos e a proteção internacional das pessoas idosas. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133.

⁶⁷⁴ Vide ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU-BR – Nações Unidas no Brasil). **ONU e as pessoas idosas**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁶⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Resolução n. 46 de 12 de dezembro de 1991**. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conferenciasdh/4a-conferencia-nacional-dos-direitos-da-pessoa-idosa/documentos/direitos-dos-idosos-principios-das-nacoes-unidas-para-o-idoso.>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁶⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Proteção internacional dos direitos dos idosos e reflexos no direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153.

⁶⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU-BR – Nações Unidas no Brasil). **ONU e as pessoas idosas**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

Pessoas com Deficiência,⁶⁷⁸ na Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher,⁶⁷⁹ na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos Trabalhadores Migrantes,⁶⁸⁰ sendo enfatizada, pela organização internacional *Age Concern*, a importância de um instrumento global sobre o tema.⁶⁸¹

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Protocolo de San Salvador expressamente reconheceu, no seu art. 17, especial proteção à velhice.⁶⁸² Posteriormente, em 15 de julho de 2015 (dia mundial de conscientização da violência contra a pessoa idosa), foi aprovada a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, primeiro instrumento internacional especificamente sobre esse grupo. Embora o Brasil tenha assinado o tratado, ainda não o ratificou, tendo-o feito apenas Argentina, Bolívia, Costa Rica, Chile e Uruguai.⁶⁸³ A Convenção explicitamente trata da capacidade jurídica dos idosos no art. 30 que denomina “igual reconhecimento como pessoa perante a lei”,⁶⁸⁴ ressaltando “sua capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.” Em outros artigos, aborda especificamente o direito à

⁶⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007**, art. 25 (saúde), art. 28 (2) (b) (proteção social), art. 13 (acesso à Justiça), art. 16 (prevenção de violência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁶⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979**. Art. 11 (1) (e) (trabalho, aposentadoria, velhice). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁶⁸⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 97 sobre os Trabalhadores Migrantes de 1949**. Art. 7º (discriminação pela idade). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58819.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁶⁸¹ Vide NOTARI, Maria Helena de Aguiar; FRAGOSO, Maria Helena J. M. de Macedo. A inserção do Brasil na política internacional de direitos humanos da pessoa idosa. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 13, v. 7(1), jan./jul. 2011, p. 262.

⁶⁸² “Art. 17. Proteção de pessoas idosas. Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a: a. Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios; b. Executar programas trabalhistas específicos destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos; c. Promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador" de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁶⁸³ Vide ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015**. Inter-American Convention on Protecting the Human Rights Of Older Persons. Members, Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-70_human_rights_older_persons_signatories.asp>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁶⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015**. Disponível em: <<http://fiapam.org/wp-content/uploads/2015/07/OEA-Convenci%C3%B3n-portugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

independência e autonomia do idoso (art. 7º)⁶⁸⁵ e o direito a aceitar, recusar ou interromper voluntariamente tratamentos médicos ou cirúrgicos (art. 11).⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015**. “Artigo 7º. Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem o direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida, a desenvolver uma vida autônoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer seus direitos. Os Estados Partes adotarão programas, políticas ou ações para facilitar e promover o pleno gozo desses direitos pelo idoso, propiciando sua autorrealização, o fortalecimento de todas as famílias, de seus laços familiares e sociais e de suas relações afetivas. Em especial, assegurarão: a) O respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, bem como a independência na realização de seus atos; b) Que o idoso tenha a oportunidade de escolher seu lugar de residência e onde e com quem viver, em igualdade de condições com as demais pessoas, e não se veja obrigado a viver de acordo com um sistema de vida específico; c) Que o idoso tenha acesso progressivamente a uma variedade de serviços de assistência domiciliar, residencial e outros serviços de apoio da comunidade, inclusive a assistência pessoal que seja necessária para facilitar sua existência e sua inclusão na comunidade e para evitar seu isolamento ou separação desta.”

⁶⁸⁶ “Artigo 30. Igual reconhecimento como pessoa perante a lei. Os Estados Partes reafirmam que o idoso tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Os Estados Partes reconhecerão que o idoso tem capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Os Estados Partes adotarão as medidas pertinentes para proporcionar o acesso do idoso ao apoio de que possa necessitar no exercício de sua capacidade jurídica. Os Estados Partes assegurarão que, em todas as medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica, se proporcionem salvaguardas adequadas e efetivas para impedir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica respeitem os direitos, a vontade e as preferências do idoso, sejam isentas de conflito de interesses ou de influência indevida, sejam proporcionais e adequadas às circunstâncias do idoso, se apliquem no prazo mais curto possível e estejam sujeitas a exames periódicos por parte de uma autoridade ou um órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que essas medidas afetem os direitos e interesses do idoso. Sem prejuízo do disposto no presente artigo, os Estados Partes tomarão todas as medidas pertinentes e efetivas para garantir o direito do idoso, em igualdade de condições com as demais pessoas, a ser proprietário e herdar bens, controlar seus próprios assuntos econômicos e ter acesso em igualdade de condições a empréstimos bancários, hipotecas e outras modalidades de crédito financeiro e zelarão para que o idoso não seja privado de seus bens de maneira arbitrária.” “Artigo 11. O idoso tem o direito irrenunciável a manifestar seu consentimento livre e informado no âmbito da saúde. A negação deste direito constitui uma forma de vulneração dos direitos humanos do idoso. Com a finalidade de garantir o direito do idoso a manifestar seu consentimento informado de maneira prévia, voluntária, livre e expressa, bem como a exercer seu direito de modificá-lo ou revogá-lo, em relação a qualquer decisão, tratamento, intervenção ou pesquisa no âmbito da saúde, os Estados Partes se comprometem a elaborar e aplicar mecanismos adequados e eficazes para impedir abusos e fortalecer a capacidade do idoso de compreender plenamente as opções de tratamento existentes, seus riscos e benefícios. Esses mecanismos deverão assegurar que a informação proporcionada seja adequada, clara e oportuna, disponível de forma não discriminatória e acessível e apresentada de maneira compreensível de acordo com a identidade cultural, nível educativo e necessidades de comunicação do idoso. As instituições públicas ou privadas e os profissionais da saúde não poderão administrar nenhum tratamento, intervenção ou pesquisa de caráter médico ou cirúrgico sem o consentimento informado do idoso. Nos casos de emergência médica que ponham em risco a vida e quando não for possível obter o consentimento informado, poderão ser aplicadas as exceções estabelecidas em conformidade com a legislação nacional. O idoso tem direito a aceitar, recusar ou interromper voluntariamente tratamentos médicos ou cirúrgicos, inclusive os da medicina tradicional, alternativa e complementar, pesquisa, experimentos médicos ou científicos, sejam de caráter físico ou psíquico, e a receber informação clara e oportuna sobre as possíveis consequências e os riscos dessa decisão. Os Estados Partes estabelecerão também um processo por meio do qual o idoso possa manifestar de maneira expressa sua vontade antecipada e instruções a respeito das intervenções em matéria de atenção à saúde, inclusive os cuidados paliativos. Nesses casos, esta vontade antecipada poderá ser expressada, modificada ou ampliada em qualquer momento somente pelo idoso, mediante instrumentos juridicamente vinculantes, em conformidade com a legislação nacional.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015**. Disponível em: <<http://fiapam.org/wp-content/uploads/2015/07/OEA-Convenci%C3%B3n-portugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2017. Nesse sentido, o referido tratado está em conformidade com a Convenção de Haia sobre a Proteção Internacional de Adultos Vulneráveis que procura estabelecer mecanismos de cooperação internacional para o reconhecimento de validade dos denominados mandatos por incapacidade. CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.

Tal instrumento reforça o combate à grande resistência que se encontra, nas sociedades, em reconhecer as peculiaridades envolvendo aspectos de diversidade e vulnerabilidade desse grupo,⁶⁸⁷ relacionadas à sua independência e autonomia e, nesse interim, plena capacidade jurídica.⁶⁸⁸ A Constituição Federal reconhece traços distintos dessa coletividade ao denominar o capítulo VII: “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” (“jovem”, acrescido pela Emenda Constitucional nº 65/2010). Atribuiu à família, à sociedade e ao Estado, o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhes o direito à vida (art. 230).⁶⁸⁹ Também determinou que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares e assegurou, aos maiores de 65 anos, a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.⁶⁹⁰ Deu particular ênfase à assistência social, buscando garantir um mínimo existencial tanto ao idoso quanto à pessoa com deficiência.⁶⁹¹

Convention sur la protection internationale des adultes, 2000. Disponível em:

<<https://assets.hcch.net/docs/ff70a94c-d526-422f-9d4a-23e091c479b5.pdf>> Acesso em: 26 jan. 2018.

⁶⁸⁷ O processo de envelhecimento não é apenas biológico, mas também cultural, social e político, apresentando diferenças também no processo vivenciado pelos idosos. Vide DOLL, Johannes et al. Multidimensionalidade do envelhecimento e interdisciplinariedade. In: FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 107.

⁶⁸⁸ Nesse sentido, destaca Perlingieri que não se deve “desconfiar da construção de uma categoria do idoso e de uma normativa exclusiva para o idoso *tout court*: uma e outra poderiam constituir fontes de nova marginalização.” PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 789.

⁶⁸⁹ BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.” Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁶⁹⁰ Com base no princípio da solidariedade, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo. Ementa: “Ação Direta De Inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito Constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediato. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 3768, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 Divulg. 25-10-2007 Public. 26-10-2007 DJ 26-10-2007 p. 28 Ementa vol-02295-04 pp-00597 RTJ vol-00202-03 pp-01096). O Supremo assegura que legislação municipal amplie a idade de gratuidade para 60 anos, desde que de iniciativa do Poder Executivo local BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ARE 929591 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Recorrente: Federação das Empresas de Transporte de Passageiros dos estados do Paraná e Santa Catarina – FEPASC, Recorrido: Estado do Paraná, julgado em 06/10/2017, Processo Eletrônico Dje-247, Divulg. 26-10-2017 Public. 27-10-2017.

⁶⁹¹ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]. V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

O conceito de idoso é tratado, no Brasil, desde a Lei 8.842/94, que dispõe sobre a política nacional do idoso, com um marco cronológico de 60 anos. Essa idade é seguida pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).⁶⁹² A Convenção Interamericana ressalva a idade estabelecida pela legislação nacional,⁶⁹³ diferentemente das Nações Unidas que adota o marco de 65 anos.⁶⁹⁴ Interessante observar que a Organização Mundial de Saúde (OMS), atendendo às peculiaridades que envolvem o envelhecimento na relação com o seu meio, define idoso aos 65 anos para os países desenvolvidos e 60 anos para os países em desenvolvimento, mas sempre alertando que o processo de envelhecimento não é unânime para todos, pois também variável de pessoa para pessoa.⁶⁹⁵

Embora marcada por um dado temporal específico, a velhice pode ser distinguida por outras dimensões, como sociais, psicológicas e biológicas, além de não ser totalmente dissociada do processo de continuidade do ser humano desde a infância à maturidade que podem ser vividas de diferentes maneiras.⁶⁹⁶ Nesse sentido, é da maior importância, como enfatizam Marques e Doll, tratar das questões das pessoas idosas de forma diferenciada, respeitando as múltiplas condições que possam aparecer nesta faixa etária.⁶⁹⁷ Esse marco de 60 anos já tem sido defendido como alterável, em uma possível inconstitucionalidade progressiva, diante “do aumento da população idosa, associado ao crescimento da expectativa de vida ao nascer e ao envelhecimento fisiológico.”⁶⁹⁸

⁶⁹² “Art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.” BRASIL. Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁶⁹³ “Art. 2º. Definições. “Idoso”: Pessoa com 60 anos ou mais, exceto se a lei interna determinar uma idade base menor ou maior, desde que esta não seja superior a 65 anos. Este conceito inclui, entre outros, o de pessoa idosa.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015**. Disponível em: <<http://fiapam.org/wp-content/uploads/2015/07/OEA-Convenci%C3%B3n-portugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁶⁹⁴ Vide ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **World Population Aging**. 2015. Department of Economic and Social Affairs Population Division. New York: United Nations, 2015. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2015_Report.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017. Outros instrumentos das Nações Unidas fazem referência ao marco de 60 anos. Vide ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Active ageing police framework**. Madrid (Espanha): WHO, 2002. Disponível em: <http://www.who.int/ageing/publications/active_ageing/en/>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁶⁹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Active ageing police framework**. Madrid (Espanha): WHO, 2002. Disponível em http://www.who.int/ageing/publications/active_ageing/en/. Acesso em :06 nov. 2017.

⁶⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**: De senectude e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 51.

⁶⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima; DOLL, Johannes. Posfácio. In: ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 359.

⁶⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt. O tempo e a obrigatoriedade de atualização da legislação infraconstitucional que protege o idoso. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 121-122. Nas palavras dos autores: “Isso porque as transformações sociais e demográficas da população brasileira podem conduzir a um quadro em que o termo etário – 60 anos – utilizado para definir o grupo em que devem incidir as especiais proteções

O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) prevê a proteção integral, tal qual a proteção dirigida às crianças e adolescentes, atribuindo-lhes a condição de cidadãos plenos, sujeitos de direitos e obrigações, a quem o Estado, a família e a sociedade devem atender prioritariamente. Recentemente, a Lei 13.446/2017 alterou o Estatuto do Idoso e determinou uma prioridade superior para os idosos maiores de 80 anos, identificando uma vulnerabilidade agravada.⁶⁹⁹ Essa lei reconhece as peculiaridades inerentes a direitos fundamentais dos indivíduos e sua vulnerabilidade enquanto grupo a exigir tutela dos direitos difusos e coletivos relacionados à velhice. Nessa esteira, o art. 10 do Estatuto do Idoso disciplina ser “obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.”⁷⁰⁰ Trata-se de pretender materializar a capacidade civil dos idosos, conciliando a sua autodeterminação na concretização da igualdade material,⁷⁰¹ e buscando desfazer “uma concepção arraigada no inconsciente da população em geral, que costuma rotular as pessoas maiores de 60 anos, equiparando-as a incapazes, pelo simples fato de terem alcançado uma idade mais avançada.”⁷⁰²

O Código Civil nunca tratou, no rol das incapacidades, a senilidade. Ao ocupar-se do tema, a doutrina adverte sempre com referência explícita:

Senectude. A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato, porque não se deve considerar equivalente a um estado psicopatológico, por maior que seja a longevidade. Dar-se-á a interdição se a senectude vier a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de Alzheimer, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais.⁷⁰³

constitucionais amplie garantias e confira tratamento diferenciado a grupos que não mais se caracterizam como idosos e prescindem de amparo constitucional. As mutações fáticas da população brasileira parecem indicar um caminho em que a amplitude conferida pela legislação constitucional ao grupo definido como idoso careça da necessária justificação constitucional, ocasionando, por conseguinte, em inconstitucional tratamento diferenciado a parte da população brasileira.”

⁶⁹⁹ “Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º. [...]. §2º. Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.” BRASIL. Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁷⁰⁰ BRASIL. Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁷⁰¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos em favor da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 345.

⁷⁰² EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A incapacidade civil e o idoso. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 345.

⁷⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 239. No mesmo sentido, BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro, [S. N] 1949, p. 86-87.

A idade provectora, por si só, não constitui razão de incapacidade, porque não existe uma ligação imperiosa, obrigatória entre o avanço da idade e a perda da capacidade cognitiva.⁷⁰⁴ Mesmo assim, os juristas têm enfatizado a maior incidência de que institutos de incapacidade sejam aplicados aos idosos.⁷⁰⁵ Em muitos casos, a própria perda da capacidade física geral tem levado a utilização autoritária de um regime de interdição.⁷⁰⁶

Nesse aspecto, é de se ressaltar que, para o fim de proteger o idoso e os seus herdeiros, maior de 60 anos, hoje maior de 70 anos com a alteração pela Lei 12.344/2010, o Código Civil determina que o regime de bens, no caso de núpcias, seja o regime de separação total.⁷⁰⁷ Intenta o legislador proteger o idoso “sem o necessário discernimento para perceber os eventuais *interesses*, ‘golpe do baú’ ou coisa parecida, quando em verdade, pode verificar-se exatamente o inverso.”⁷⁰⁸ Interfere, o ordenamento, na vontade desse que não poderá surtir efeitos, ferindo de morte sua autonomia, principalmente no que lhe é mais caro, sua autonomia existencial. A própria essência da proteção diferenciada do idoso é subvertida, conferindo tutela prioritária à conservação patrimonial, de modo a desconsiderar o valor unitário de cada pessoa.⁷⁰⁹

Importante consideração, nesse sentido, de Rosenvald e Farias no que toca ao regime de bens de separação legal obrigatório no caso de núpcias e sua relação com a capacidade:

A presumida restrição à autonomia afetiva do idoso pela via de uma interdição patrimonial demonstra que é empobrecedora a compreensão da tutela do idoso apenas pela genérica concessão civil da capacidade de fato. A norma em comento é apenas uma notória ilustração da necessidade de avançar sobre os

⁷⁰⁴ SILVA, José Maria. Idoso: curatela no Código Civil brasileiro de 2002. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 233.

⁷⁰⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Direitos e limites à autonomia do consumidor idoso de planos de saúde em face ao fornecedor em situações jurídicas de vida e morte, capacidade e incapacidade. In: MIRAGEM, Bruno, MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flavio de. (Coord.) **25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Trajetórias e perspectivas**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016. E-book.

⁷⁰⁶ LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-em-Provence: Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2007, p. 519.

⁷⁰⁷ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 1641: É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;” O Código Civil de 1916 determinava o regime de separação para o homem maior de 60 anos e a mulher maior de 50 anos, revelando tratamento discriminatório também quanto ao gênero.

⁷⁰⁸ BAPTISTA, Silvio Neves. A separação obrigatória do idoso e a possibilidade de alteração do regime de bens. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 243: “Pelos experiências vividas, têm o idoso muito mais condições de identificar se há ou não alguma outra razão além do sentimento afetivo, do que os jovens imaturos, os quais, com pouca experiência de vida amorosa, deixam-se muitas vezes levar pelas paixões ardentes da própria juventude.”

⁷⁰⁹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos em favor da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 345.

⁷⁰⁹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A incapacidade civil e o idoso. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 341.

conhecidos limites do binômio capacidade/incapacidade para reavaliarmos um conjunto de interdições normativas abstrativamente incidentes sobre condutas e atividades desempenhadas por idosos, desconsiderando as vicissitudes existenciais da longa trajetória de cada qual, fator decisivo para a compreensão de suas crenças e valores que concretamente definirão os interesses merecedores de tutela da pessoa.⁷¹⁰

Reforça a tese defendida de que a capacidade traduz proteção genérica que não leva em conta as vulnerabilidades concretas da pessoa. Na norma em comento, em defesa de uma proteção, como no regime geral das incapacidades, retira-se autonomia da pessoa idosa em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, com uma “interdição compulsória parcial” para fins nupciais.⁷¹¹ Trata-se, conforme aponta Dias, de uma “presunção *jure et jure* de total incapacidade mental.”⁷¹²

Em consideração com a proteção da pessoa idosa e de acordo com os princípios elencados na Constituição, boa parte da doutrina⁷¹³ e dos julgados⁷¹⁴ defendem a inconstitucionalidade do art. 1.641, I, do Código Civil. Além de contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana, afronta a isonomia, por estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio que a Constituição não faz.⁷¹⁵ Dias aponta também que, dentre as hipóteses em que a lei impõe o regime da separação de bens, essa é a única que não pode ser excluída pelo juiz.⁷¹⁶

⁷¹⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos em favor da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 341.

⁷¹¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos em favor da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 343.

⁷¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

⁷¹³ Vide DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIREDO, Jones (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004, passim. Ainda da mesma autora, Amor não tem idade. **Conteúdo Jurídico**. 03 jan. 2009.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,amor-nao-tem-idade,22641.html>>. Acesso em: 27 set. 2017. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos em favor da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 345. LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323. BAPTISTA, Silvio Neves. A separação obrigatória do idoso e a possibilidade de alteração do regime de bens. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246.

⁷¹⁴ Ainda o Conselho da Justiça Federal publicou o enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil: “A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.” Conselho de Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁷¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323.

⁷¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

A favor da constitucionalidade do dispositivo é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que mantém a proibição, inclusive estendendo sua aplicação à união estável, diminuindo a autonomia do idoso ao contrair casamento, embora no próprio julgado reconheça expressamente a sua capacidade civil.⁷¹⁷ Interessante observar que a veemente proibição de comunicação de bens, contida na legislação civil, poderia levar a uma desproteção da outra parte na constituição do matrimônio. Tal situação fez com que o Supremo Tribunal Federal editasse a súmula 377: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”⁷¹⁸ Para Lôbo, a presunção de comunhão da súmula é absoluta, não se admitindo a discussão sobre terem sido adquiridos com a participação efetiva ou não dos

⁷¹⁷ Ementa: “Civil. Recurso Especial. Direito de família. União estável. Contrato de convivência. 1) alegação de nulidade do contrato. Inocorrência. Presença dos requisitos do negócio jurídico. Art. 104 e incisos do CC/02. Senilidade e doença incurável, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direito. Ausência de elementos indicativos de que não tinha o necessário discernimento para a prática do negócio jurídico. Afirmada ausência de manifestação de vontade. Incidência da súmula nº 7 do STJ. Deficiência na fundamentação. Incidência da súmula nº 284 do STF. Regime obrigatório de separação de bens no casamento. Inciso II do art. 1.641 do CC/02. Aplicação na união estável. Aferição da idade. Época do início do relacionamento. Precedentes. Apontada violação de súmula. Descabimento. Não se enquadra no conceito de legislação federal. Precedentes. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Recurso especial do ex-companheiro não provido. 2) pretensão de se atribuir efeitos retroativos a contrato de convivência. Impossibilidade. Recurso especial da ex-companheira não provido. 1. A condição de idoso e o acometimento de doença incurável à época da celebração do contrato de convivência, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direito ou empecilho para contrair obrigações, quando não há elementos indicativos da ausência de discernimento para compreensão do negócio jurídico realizado. 2. Com o aumento da expectativa de vida do povo brasileiro, conforme pesquisa do IBGE, com a notória recente melhoria na qualidade de vida dos idosos e, com os avanços da medicina, não é razoável afirmar que a pessoa maior de 60 anos não tenha capacidade para praticar os atos da vida civil. Afirmar o contrário afrontaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 3. A alteração da conclusão do Tribunal a quo, com base nos elementos probatórios de que não existia um mínimo de prova indicando que não houve livre manifestação da vontade e de que não se comprovou alteração no estado emocional ou ausência de capacidade para a formalização do ajuste, não é possível de ser feita em recurso especial, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 4. A deficiência na fundamentação do recurso especial no que tange à alegada ofensa aos arts. 1.641, II, 104, 145 e 171 do CC/02 atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF. 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei nº 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. Precedentes. 6. O fato do convivente ter celebrado acordo com mais de sessenta anos de idade não torna nulo contrato de convivência, pois os ex-companheiros, livre e espontaneamente, convencionaram que as relações patrimoniais seriam regidas pelo regime da separação total de bens, que se assemelha ao regime de separação de bens. Observância do disposto no inciso II do art. 1.641 do CC/02. 7. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o apelo nobre não constitui via adequada para análise de eventual ofensa a enunciado sumular por não estar ele compreendido na expressão “lei federal” constante da alínea a do inciso III do art. 105 da CF. Precedentes. Some-se o fato da ausência de demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial na forma legal exigida. 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1383624/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Recorrente: H. G. P., Recorrido: C. G. G. julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015.

⁷¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Sessão Plenária de 03/04/1964. DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277.

cônjuges, o que leva à conclusão de que “a separação absoluta apenas ocorre quando o regime for convencionado em pacto antenupcial, alcançando os aquestos.”⁷¹⁹

A sanção em relação à manifestação de vontade do idoso que deseja se casar, nesse caso, não é a invalidade do casamento, como na hipótese de casamento contraído por infringência de impedimento (art. 1548, II do Código Civil)⁷²⁰. Trata-se de imposição de um ônus, consubstanciado na separação patrimonial.⁷²¹ Mesmo que a consequência não seja de maior gravidade, ainda assim, mostra-se inadequada a intervenção do Estado na família em colisão com o “*movimento de intervenção mínima do Estado nas relações de família* (também apelidado de *Direito de Família mínimo*)”.⁷²²

Nesse interim, também não faz sentido a proibição de alteração do regime de bens no caso de casamento contraído por idoso,⁷²³ prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil,⁷²⁴ admitida pela doutrina e jurisprudência no que tange às demais hipótese de causa suspensiva do art. 1.641 do Código Civil⁷²⁵ ao fundamento de que a situação dos maiores de 70 anos é

⁷¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323. Orlando Gomes salienta que muitos autores defendiam a separação absoluta, como Saboia de Medeiros, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Carvalho Santos e Caio Mario no momento de edição da súmula. Vide GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 203.

⁷²⁰ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁷²¹ Segundo Perlingieri, “o ônus é a situação jurídica passiva na qual o titular deve comportar-se não no interesse de outrem, mas sim, próprio. O ônus é definido – com expressão de conveniência – como obbligo potestativo, no sentido de que o seu titular pode realiza-lo ou não.” PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 698.

⁷²² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos em favor da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 342.

⁷²³ Ementa: “Casamento. Regime de bens. Pedido de alteração. Indeferimento. Casamento realizado sob o regime de separação obrigatória de bens, por se tratar de pessoa maior de 60 (sessenta) anos. Irrelevância da alteração do limite de idade para 70 (setenta) anos pela Lei nº 12.344/10. - Hipótese em que não é possível a modificação de regime de bens de casais que celebraram casamento nas circunstâncias em que sujeitos ao regime obrigatório da separação de bens. - Recurso não provido.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 0962896-74.2012.8.26.0506; Relator (a): Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 3ª. Vara de Família e Sucessões; Recorrente: João Gilberto Sampaio, Recorrido: Juízo da Comarca Original, Data do Julgamento: 28/08/2013; Data de Registro: 28/08/2013.

⁷²⁴ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. “Art. 1.639 [...]. § 2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

⁷²⁵ Ementa: “Casamento. Regime de bens. Separação obrigatória. Modificação para comunhão universal. 1- Pretensão de modificação do regime de bens do casamento de "separação obrigatória" para "comunhão universal" deferida pelo juízo de primeiro grau. Cabimento. 2- A separação obrigatória de bens imposta no casamento se deveu a idade da então nubente (16 anos). O pedido é formulado depois de 47 anos de casamento, quando o cônjuge varão já tem mais de 70 anos de idade. Possibilidade, pois a causa que justifica o regime da separação obrigatória, ou seja, evitar casamento por interesse, não subsiste, pois já são casados há muitos anos. 3- Apelação não provida.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 0022493-03.2012.8.26.0405; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 2ª. Vara de Família e Sucessões; Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo, Recorrido: Maria Elisa Coelho Costa. Data do Julgamento: 01/04/2014; Data de Registro: 02/04/2014.

inalterada.⁷²⁶ Em primeiro lugar, por não ser viável interpretar uma restrição de forma extensiva e, além disso, por ir de encontro ao interesse das pessoas atingidas pelo ônus da regra.⁷²⁷ Ademais, a alteração está sujeita a procedimento judicial de jurisdição voluntária com análise dos fundamentos invocados pela parte, não havendo justificativa para, de pronto, excluir a possibilidade de modificação.⁷²⁸ Deve ser pontuado que, não obstante as restrições legais no que tange ao matrimônio e regime de bens, não há qualquer impedimento legal para que o cônjuge casado com mais de 70 anos faça doação de bens ao outro, em virtude do princípio da livre disposição do patrimônio, observada a legítima.⁷²⁹

Nesses casos, a restrição vem com outra consideração a respeito da incapacidade, como pode ser observado na restrição imposta aos pródigos. Nos casos analisados em relação à prodigalidade na primeira parte, observa-se que há uma tendência muito maior em se considerar prodigo o indivíduo idoso, como forma de proteger o patrimônio dos futuros herdeiros. Lacour indica a mesma tendência no direito francês, no sentido de a jurisprudência utilizar mecanismos como nulidade por vícios de consentimento, insanidade de espírito ou ausência de causa nos negócios a título gratuito praticados pelas pessoas de idade para desconsiderar a produção de efeitos.⁷³⁰

Barletta salienta que muito cuidado a de se ter em relação às doenças duradouras da velhice no que tange à supressão da capacidade. Segundo a autora

Não se pode entender que qualquer doença neuropsíquica de longa duração faça uma pessoa ser considerada deficiente mental e retirar dela toda autonomia, pois isso a diminuiria como pessoa diante de si mesma, quando o que a normativa constitucional propõe é a repersonificação do direito civil, valorizando antes o ser do que as titularidades de um sujeito de direito real, numa dada relação jurídica e não um sujeito de direito abstrato. Logo, deve-se proceder à análise da condição de deficiência caso a caso. Consta reconhecido que a generalização das doenças mentais e intelectuais feita pelo antigo Código Civil de 1916, que usava a expressão *loucos de todo gênero* fez da curatela total, por tanto tempo, instrumento de ingerência extrema e

⁷²⁶ BAPTISTA, Silvio Neves. A separação obrigatória do idoso e a possibilidade de alteração do regime de bens. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 249

⁷²⁷ BAPTISTA, Silvio Neves. A separação obrigatória do idoso e a possibilidade de alteração do regime de bens. In: MENDES, Gilmar Ferreira et alii. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 250.

⁷²⁸ TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Aspectos patrimoniais do direito de família no Brasil. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul./ago. 2014, p. 37 et seq. Dias descreve a proibição dirigida aos idosos, mas no que toca aos requisitos da alteração, dispõe ser injustificável o procedimento judicial para os casos em que há escolha livre pelos cônjuges em um primeiro momento. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 236.

⁷²⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323.

⁷³⁰ LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-em-Provence: Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 518.

indevida na vida civil das pessoas portadoras de leves transtornos neuropsíquicos, idosas e hipervulnerabilizadas, violentador, pois, da dignidade da pessoa humana, principalmente quando fragilizada biopsicossocialmente pelas contingências naturalíssimas da velhice.⁷³¹

A velhice pode ter estrita relação com a doença mental, como apontam Karl e Doll, descrevendo que a demência, processo irreversível, durante o qual as capacidades cognitivas de uma pessoa, principalmente a memória, são cada vez mais comprometidas, atinge um terço das pessoas com mais de 80 anos.⁷³² No entanto, os próprios autores alertam que o fato de alguém envelhecer não significa automaticamente um declínio geral e irreversível.⁷³³

Com objetivo de tratar sobre esse tema, a Conferência da Haia emvidou esforços para a elaboração de uma Convenção para a Proteção de Adultos Vulneráveis, concluída em 13 de janeiro de 2000.⁷³⁴ Nas “linhas gerais”, elaboradas pela organização, é enfatizada a necessidade de regulamentação jurídica e de cooperação internacional, tendo em vista que “o aumento do tempo de vida é acompanhado pelo correspondente aumento da incidência de doenças relacionadas com a velhice”,⁷³⁵ propondo, dentre outros temas, a facilidade de circulação dos “mandatos de proteção futuro”,⁷³⁶ também chamados de “autocuratela” por alguns doutrinadores brasileiros,⁷³⁷ ou ainda, “diretivas antecipadas de vontade”, terminologia utilizada para as disposições relativas a tratamento médico futuro.⁷³⁸ Nesse sentido, a Convenção da Haia de 2000 foi pioneira nessas previsões, estando em conformidade com a

⁷³¹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Direitos e limites à autonomia do consumidor idoso de planos de saúde em face ao fornecedor em situações jurídicas de vida e morte, capacidade e incapacidade. In: MIRAGEM, Bruno, MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flavio de. (Coord.) **25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Trajetórias e perspectivas**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 223-224.

⁷³² KARL, Fred; DOLL, Johannes. Demência e pedagogia social. **Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento**, Porto Alegre, v. 10, 2006, p. 47. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevEnvelhecer/article/view/4795/2701>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

⁷³³ KARL, Fred; DOLL, Johannes. Demência e pedagogia social. **Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento**, Porto Alegre, v. 10, 2006, p. 45. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevEnvelhecer/article/view/4795/2701>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

⁷³⁴ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convention sur la protection internationale des adultes, 2000**. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/ff70a94c-d526-422f-9d4a-23e091c479b5.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁷³⁵ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Linhas Gerais**. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/29feb6f1-8e22-4b4c-a8be-c2b6ac0fbc34.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁷³⁶ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. **Relatório que contém recomendações à Comissão Europeia sobre a proteção dos adultos vulneráveis de 3 de abril de 2017**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0152+0+DOC+XML+V0//PT#top>>. Acesso em: 26 jan. 2018. O texto faz referência expressa “mandato por incapacidade”, conceituando nos Considerandos: “P. Considerando que por «mandato por incapacidade» se entende os poderes de representação conferidos por um adulto capaz, ao abrigo de um acordo ou através de um ato unilateral, que entram em vigor quando esse adulto deixa de estar em condições de zelar pelos seus interesses;”

⁷³⁷ COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, passim.

⁷³⁸ NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas da vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 2, maio/ago. 2014, p. 241-251.

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007 e da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa de 2015 e, no âmbito nacional, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/2015.

Por isso, com razão, Lacour distingue a vulnerabilidade da incapacidade, sendo a vulnerabilidade um estágio intermediário e muitas vezes negligenciado pelo ordenamento jurídico.⁷³⁹ Segundo a autora, os idosos sofrem de uma fragilidade psicológica maior e, por isso, são mais sugestionáveis, além de alguma fragilidade física própria do corpo em processo de envelhecimento.⁷⁴⁰ Em alguns casos, essa vulnerabilidade pode ser examinada a partir de dupla consideração, como vulnerabilidade em razão da idade, somada à deficiência.⁷⁴¹

Essa vulnerabilidade agravada também é reconhecida no Direito do Consumidor,⁷⁴² tanto nas referências do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90,⁷⁴³ como na doutrina e na jurisprudência com o direcionamento à caracterização da hipervulnerabilidade.⁷⁴⁴ A jurisprudência também trata com atenção a tutela de proteção do

⁷³⁹ LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-em-Provence: Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 515.

⁷⁴⁰ LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-em-Provence: Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 44.

⁷⁴¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; PINHEIRO, Flavia de Campos. A pessoa idosa com deficiência, a dupla vulnerabilidade e a defesa em juízo: breves considerações. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 532-548. ARAÚJO, Luiz Alberto David; FONSECA, Suzana Carielo da. A pessoa idosa com deficiência: a dupla vulnerabilidade e a importância da fala. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 577-592.

⁷⁴² Vide MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 8, out./dez. 2001p. 3 et seq.

⁷⁴³ BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018: “Art. 39: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.”

⁷⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1064009/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Fundação Nacional de Saúde e União, Recorrido: Ministério Público Federal, julgado em 04/08/2009, DJe 27/04/2011. Corroborando acórdão precedente, decidiu a Corte Especial: Ementa: “Embargos de Divergência no Recurso Especial nos Embargos Infringentes. Processual civil. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública em favor de idosos. Plano de saúde. Reajuste em razão da idade tido por abusivo. Tutela de interesses individuais homogêneos. Defesa de necessitados, não só os carentes de recursos econômicos, mas também os hipossuficientes jurídicos. Embargos de divergência acolhidos. [...] 4. “A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os **hipervulneráveis** (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no *Welfare State*, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana” (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). [...]” BRASIL Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1192577/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte

idoso no mercado de consumo,⁷⁴⁵ afirmando-os como grupo de necessitados constitucionais⁷⁴⁶ a depender de atuação por demanda coletiva,⁷⁴⁷ e constante monitoramento por órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública.⁷⁴⁸ Dentre os principais aspectos relacionados a essa

Especial, Agravante: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; Agravado: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini – Plano de Saúde Tacchimed, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015, grifado.

⁷⁴⁵ Conforme salienta Camarano, os idosos têm uma grande disponibilidade para o consumo em razão da promessa da eterna juventude, como tratamentos cosméticos, cirurgia, atividade física, terapia, comida, bebida, vitaminas, sais minerais e suplementos. CAMARANO, Ana Amélia. Política de cuidados para a população idosa/Necessidades, contradições e resistências. In: FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabarra Koogan, 2016, p. 1241.

⁷⁴⁶ Nesse sentido, ementa: “Recurso Especial - Dano moral coletivo - Cabimento - Artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor - Requisitos - Razoável significância e repulsa social - Ocorrência, na espécie - Consumidores com dificuldade de locomoção - Exigência de subir lances de escadas para atendimento - Medida desproporcional e desgastante - Indenização - fixação proporcional - Divergência jurisprudencial - Ausência de demonstração - Recurso Especial improvido. I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VI - Recurso especial improvido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Recorrente: Itaú Unibanco S.A.; Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012.

⁷⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 357. SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87 et seq. Ainda BARLETA, Fabiana Rodrigues; MAIA, Maurílio Casas. Idosos e planos de saúde: os necessitados constitucionais e a tutela coletiva via Defensoria Pública – Reflexões sobre o conceito de coletividade consumidora após a ADI 3943 e ERESP 1192577. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, jul./ago. 2016, p. 201 et seq. De se salientar o pioneirismo do STJ, em acórdão de relatoria do Min. Herman Benjamin, em reconhecer a necessidade de tutela às pessoas em detrimento ao critério meramente objetivo para a ação civil pública. Ementa: “Administrativo. Ação Civil Pública. Direito à Educação. Art. 13 do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais E Culturais. Defensoria Pública. Lei 7.347/85. Processo de transferência voluntária em instituição de ensino. Legitimidade Ativa. Lei 11.448/07. Tutela de interesses individuais homogêneos. [...]. 4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, caput, da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população - aos pobres sobretudo - nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível. 5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo stricto sensu ou difuso, pois sua legitimidade ad causam, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1264116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Defensoria Pública da União, Recorrido: Fundação Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012.

⁷⁴⁸ Neste ponto, mister salientar que a Defensoria Pública da União criou, recentemente (03/02/2018), um Grupo de Trabalho de Atendimento à Pessoa Idosa. Regulamentando sua criação e funções, explícita a legislação: “Art. 13. [...]. II – Ao Grupo de Trabalho Atendimento a Pessoa Idosa: 1. promover a defesa dos direitos individuais,

hipervulnerabilidade, está a contratação, por idosos, de planos e seguros privados de saúde,⁷⁴⁹ em situações que vão desde a dificuldade de realizar contratos, embora vedação legal para tanto,⁷⁵⁰ a reajustes indevidos em razão da idade.⁷⁵¹

coletivos e difusos da população idosa, em especial os salvaguardados pela Lei 10.741/2003; 2. Fomentar a eliminação de todas as formas de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão contra os idosos; 3. Incentivar a criação e a adoção de medidas, programas e políticas específicas para os idosos, a fim de garantir o direito ao envelhecimento saudável e digno; 4. Zelar pelo respeito à garantia do atendimento preferencial, imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviço à população; 5. Propor meios de difundir e universalizar o direito ao benefício assistencial à pessoa idosa (LOAS).” BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgrf/2018/41200-portaria-gabdpgrf-dpgru-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-dpu-e-revoga-a-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-por-meio-da-qual-regulamentou-as-atividades-as-atividades-dos-grupos-de-trabalho-vinculados-a-dpu>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁷⁴⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. O idoso e os contratos de planos e seguros de saúde. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 280-303.

⁷⁵⁰ “Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.” BRASIL. Lei n. 9.656 de 03 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁷⁵¹ Em recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento da interpretação do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade". Ementa: “Recurso Especial Repetitivo. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Civil. Plano de saúde. Modalidade individual ou familiar. Cláusula de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária. Legalidade. Último grupo de risco. Percentual de reajuste. Definição de parâmetros. Abusividade. Não caracterização. Equilíbrio financeiro-atuarial do contrato. 1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998). 2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos. 3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde. 4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado). 5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção). 6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato. 7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (I) a expressa previsão contratual; (II) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (III) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá

O contrato de plano de saúde é um exemplo da dependência do idoso no mercado de consumo, em que põe em evidência sua catividade, também verificável nos contratos bancários e creditícios.⁷⁵² A presença de idosos superendividados tem aumentado significativamente, salientando, conforme Marques, a maior vulnerabilidade desses consumidores no acesso ao crédito.⁷⁵³ Trata-se de um drama social, como o superendividamento deve ser tratado,⁷⁵⁴ mas que leva em conta também condições subjetivas e intersubjetivas dos indivíduos superendividados, ganhando relevo as questões relacionadas à velhice.⁷⁵⁵

Outro exemplo, que merece ser ressaltado, da ligação dos idosos com o Direito do Consumidor, é o abuso do assédio em relação à oferta de crédito, principalmente consignado,

ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (I) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (II) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (III) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas. 8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado. 9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença. 10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (I) haja previsão contratual, (II) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (III) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. 11. Caso Concreto: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de "cláusula de barreira" com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora. 12. Recurso especial não provido." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, Recorrente: Maria das Graças Sá, Recorrido: Samoc S.A. Soc. Assistencial Médica Odonto e Cirúrgica, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016.

⁷⁵² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** (livro eletrônico). 2. ed. (e-book). 8. ed. (impresso). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, s/p. e MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

⁷⁵³ MARQUES, Claudia Lima. A proteção do idoso consumidor: diálogo das fontes para proteger o idoso e prevenir o superendividamento. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 329 et seq.

⁷⁵⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito do consumidor, reforma do CDC e constante renovação metodológica do direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, set. / out. 2016, p. 304.

⁷⁵⁵ BENDER DE PAULA, Jeanine; GRAEFE, Lucas. O superendividamento na terceira idade: um estudo de caso. **Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento**, v. 19, n. 2, p. 569-582, 2014, p. 580. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevEnvelhecer/article/view/40037/32765>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

como demonstrado em reportagem veiculada no Jornal Nacional de 14 de agosto de 2017.⁷⁵⁶ Conforme refere Doll, muito embora, em tese, os idosos teriam mais dificuldades em receber crédito em razão da idade, justamente são eles os principais eixos de direcionamento das financeiras, principalmente a partir da Lei n. 10.820/2003, que permite consignar 30% (hoje 35%, em razão da alteração pela Lei n. 13.172/2015⁷⁵⁷) da aposentadoria para pagamento de um empréstimo.⁷⁵⁸

A garantia de aposentadoria para maiores de 60 ou 65 anos, com um tempo mínimo de contribuição ou de benefício assistencial, têm possibilitado uma renda fixa aos idosos, como salvaguarda ao mínimo existencial e dignidade, referidos na Constituição.⁷⁵⁹ Por outro lado, a existência de um valor fixo por mês, bem como sua vinculação ao sistema bancário,⁷⁶⁰ tem atraído credores interessados nesse tipo de contratação de crédito com garantia de desconto em folha, evidenciando um aumento significativo de superendividamento nessa faixa etária da população.⁷⁶¹ Tal forma de crédito, própria da sociedade de consumo, pode implicar perda das

⁷⁵⁶ RECÉM- APOSENTADOS sofrem assédio de bancos para fazerem consignados: Bancos e financeiras sabem que contribuinte se aposentou antes dele. Ofertas insistentes são feitas a partir de informações sigilosas. **Jornal Nacional**. 14 ago. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/08/rece-aposentados-sofrem-assedio-de-bancos-para-fazerem-consignado.html>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

⁷⁵⁷ A referida legislação conferiu nova redação à Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003. “Art. 6º. Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS. [...] § 5º. Os descontos e as retenções mencionados no caput não poderão ultrapassar o limite de 35% (trinta e cinco por cento) do valor dos benefícios, sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.” BRASIL. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.820.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁷⁵⁸ DOLL, Johannes. Algumas observações sobre crédito consignado para idosos: dados de uma pesquisa. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 145.

⁷⁵⁹ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁷⁶⁰ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Crédito consignado ao idoso e "diálogo das fontes": consequência da coordenação das normas do direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 88, jul./ago. /2013, p. 88.

⁷⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em porto alegre. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 100, jul./ ago. 2015, p. 393 et seq.

seguranças estabelecidas no âmbito da sociedade salarial com a fragmentação e flexibilização laboral, inclusive comprometendo um mínimo existencial do consumidor.⁷⁶²

Esse aumento do endividamento dos idosos tem acentuado sua vulnerabilidade, revelando dificuldades desse grupo em compreender os termos dos contratos de crédito e ausência de educação financeira para tal.⁷⁶³ Isso porque estudo sobre o tema revela uma fragilidade acentuada, principalmente considerando que a grande maioria dos contratantes são analfabetos e de baixa escolaridade, somado ao fato de que essas pessoas estão mais propensas a doenças e limitações em razão da idade.⁷⁶⁴

As questões relativas ao superendividamento e suas repercussões na autonomia e capacidade serão abordadas, mais detalhadamente no tópico relativo à vulnerabilidade do consumidor superendividado (*infra*).

3.1.1.1.3 Pessoas com deficiência e os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada

Importantes alterações foram promovidas desde que o Código Civil designava as pessoas com deficiência sob o domínio dos loucos de todo o gênero. Nesse aspecto, merece destaque a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 com base na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007. Adota, a legislação, um novo paradigma de deficiência que não é apenas clínico, mas social.⁷⁶⁵ Reconhece-se a deficiência não unicamente sob o ponto de vista individual, mas no convívio social, como responsabilidade do Estado e da sociedade. A lei determina, nesse

⁷⁶² CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 76, out./dez. 2010, p. 101.

⁷⁶³ DOLL, Johannes. Algumas observações sobre crédito consignado para idosos: dados de uma pesquisa. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 165 et seq.

⁷⁶⁴ DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Crédito consignado e superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, set./out. 2016, p. 338.

⁷⁶⁵ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: _____. (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96 - 97. Conforme ensinam os autores, “a denominação modelo social de deficiência foi cunhada pelo sociólogo britânico Mike Oliver. Assentado em dois argumentos básicos- primeiro: é necessário distinguir a limitação do corpo ou da mente (que é considerada um atributo da pessoa), da deficiência, pois enquanto aquela é um atributo físico, sensorial ou psicológico, inerente à própria pessoa, esta é proveniente de barreiras sociais e culturais que implicam na exclusão da pessoa que está fora dos padrões majoritários; segundo: na medida que a deficiência não tem um caráter individual, por não se caracterizar com uma patologia que deveria ser curada, por se tratar na realidade, de restrições presentes no meio, de cunho estrutural, significa que a responsabilidade de alterar esse quadro, a fim de permitir que todos tenham acesso aos mesmos direitos, a partir de uma noção ampla de acessibilidade e de promoção da cidadania, é da sociedade e do Estado.” (p. 97).

sentido, que qualquer avaliação a respeito da deficiência deve ser biossocial e não apenas médica,⁷⁶⁶ levando em conta aspectos de funcionalidade/incapacidade, saúde/doença, aptidões sociais e pessoais.⁷⁶⁷

Afasta-se o paradigma médico e clínico de cura e interdição, visto na primeira parte dessa tese. O paradigma da deficiência é social.⁷⁶⁸ Assim, por exemplo, a eliminação de barreiras arquitetônicas assegura o direito de ir e vir para as pessoas com deficiências físicas; a criação de meios alternativos de comunicação garante o direito de livre expressão para os surdos e cegos; os métodos de educação especial viabilizam o acesso ao conhecimento para qualquer pessoa com deficiência, mental ou sensorial.⁷⁶⁹ Não é a pessoa com deficiência que *deve* se integrar à sociedade, mas a sociedade é que deve buscar meios para a sua inclusão social.

Mas, ao mesmo tempo em que as considera iguais como pessoas, o Estatuto reconhece diferenças inerentes à sua condição e necessidade de especial proteção do Estado e da sociedade.⁷⁷⁰ Esta lei aparece como corolário da adoção pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007 e do Protocolo Adicional, internalizado pelo Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009. Trata-se do primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, aprovado pelo Congresso Nacional conforme o procedimento qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, recebendo o status de emenda constitucional.

⁷⁶⁶ “Art. 2º, § 1º. A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷⁶⁷ Nesse sentido, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), proposta pela Organização Mundial de Saúde (OMS) que apresenta um modelo para abordagem da funcionalidade e incapacidade humana por um modelo biossocial. Vide BRASILEIRO, Ismênia de Carvalho; MOREIRA, Thereza Maria Magalhães; BUCHALLA, Cássia Maria. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde e seu uso no Brasil. Revista **Acta Fisiátr**, São Paulo, v. 20, n. 1, 2013, p. 37-41.

⁷⁶⁸ Vide PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008, passim.

⁷⁶⁹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **AMPID – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência**. Disponível em:

<http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 19 out. 2017.

⁷⁷⁰ “Art. 8º. É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

A Convenção das Nações Unidas reproduz, em grande medida, a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência, assinada na Guatemala, em 1999, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional.⁷⁷¹ Conforme o seu preâmbulo, trata-se de um movimento internacional de busca do reconhecimento da deficiência em ambiente não-discriminatório.⁷⁷² Não trabalhou, da forma como a Convenção da ONU, o tema das incapacidades.

Nesse instrumento e na Convenção das Nações Unidas, reconhecem-se a necessidade de se promover a igualdade dessas pessoas,⁷⁷³ estabelecendo como princípios a autonomia, inclusive quanto à liberdade de fazer as próprias escolhas, e respeito pela diferença, com a sua aceitação como parte da diversidade humana.⁷⁷⁴ Estipula que a interpretação dos dispositivos dirigidos a essas pessoas deve se pautar pelos postulados “*in dubio pro capacitas*” e intervenção

⁷⁷¹ BRASIL. Decreto 3.956, de 08 de outubro de 2001. **Planalto**. Disponível em: < Decreto 3.956, de 08 de outubro de 2001>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁷⁷² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência de 2001**. “Preâmbulo. Tendo presente o Convênio sobre a Readaptação Profissional e o Emprego de Pessoas Inválidas da Organização Internacional do Trabalho (Convênio 159); a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (AG.26/2856, de 20 de dezembro de 1971); a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Resolução nº 3447, de 9 de dezembro de 1975); o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 37/52, de 3 de dezembro de 1982); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” (1988); os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental (AG.46/119, de 17 de dezembro de 1991); a Declaração de Caracas da Organização Pan-Americana da Saúde; a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Continente Americano [AG/RES.1249 (XXIII-O/93)]; as Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência (AG.48/96, de 20 de dezembro de 1993); a Declaração de Manágua, de 20 de dezembro de 1993; a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, das Nações Unidas (157/93); a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Hemisfério Americano [AG/RES. 1356 (XXV-O/95)] e o Compromisso do Panamá com as Pessoas Portadoras de Deficiência no Continente Americano [AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)]; e Comprometidos a eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas portadoras de deficiência, Convieram no seguinte:”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁷⁷³ Considerandos: “k) Preocupados com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo.”

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁷⁷⁴ Os princípios estão elencados no artigo 3º. “Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

mínima.⁷⁷⁵ Conforme se observa do art. 3º da Convenção das Nações Unidas, a deficiência deve ser tratada como algo inerente à diversidade humana, no sentido de que os "impedimentos" pessoais de caráter físico, mental, intelectual ou sensorial se revelam como atributos pessoais, que, todavia, são fatores de restrição de acesso aos direitos, não pelos efeitos que tais impedimentos produzem em si mesmos, mas, sobretudo, em consequência das barreiras sociais e atitudinais.⁷⁷⁶

É interessante pontuar que a Convenção traz como princípio o respeito pela diferença e não a vulnerabilidade. Aliás, o termo vulnerabilidade sequer aparece na Convenção, assim como não aparece na Convenção Interamericana. O tratamento buscado é a luta pela igualdade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência traz o termo vulnerável apenas quando associa a deficiência a determinados grupos, tratando especialmente da vulnerabilidade.⁷⁷⁷ Nesse caso, verifica-se que a lei adota o parâmetro da vulnerabilidade em casos específicos de discriminação ou ainda em situações de risco, de ameaça de direitos⁷⁷⁸ para um benefício específico⁷⁷⁹ e considera mais vulnerável o deficiente quando associado a outra coletividade. Essa perspectiva é importante, pois o modelo social que se deve pautar é um modelo de diversidade, “cuja premissa é tutelar a pessoa com a diferença que a caracteriza, no caso, a diversidade funcional.”⁷⁸⁰ Isso não significa que não se deva reconhecer, em determinadas

⁷⁷⁵ VIVAS-TESSÓN, Inmaculada. La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. La experiencia española. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 36.

⁷⁷⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **AMPID – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência**. Disponível em

<http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 19 out. 2017.

⁷⁷⁷ BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷⁷⁸ “Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷⁷⁹ “Art. 5º. A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018. “Art. 39. [...] § 1º. A assistência social à pessoa com deficiência, nos termos do *caput* deste artigo, deve envolver conjunto articulado de serviços do âmbito da Proteção Social Básica e da Proteção Social Especial, ofertados pelo SUS, para a garantia de segurança fundamentais no enfrentamento de situações de vulnerabilidade e de risco, por fragilização de vínculos e ameaça ou violação de direitos.”

⁷⁸⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015). In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 609.

situações, a vulnerabilidade da pessoa com deficiência,⁷⁸¹ como, por exemplo, nas relações de consumo com uma vulnerabilidade agravada.⁷⁸²

A Convenção trata de diversos direitos, muitos já elencados nas Convenções universais, como o direito à vida, à educação, ao trabalho. No entanto, particulariza no que concerne especificamente à situação das pessoas com deficiência. Por exemplo, em relação ao direito do trabalho, prevê a obrigação de os Estados assegurarem mecanismos de inclusão, o que já vem sendo adotado pelo Brasil na legislação infraconstitucional⁷⁸³ e constitucional.⁷⁸⁴ Trata-se, como nos demais casos de grupos vulneráveis, de reconhecer a necessidade de que o Estado promova ações afirmativas para superar o paradigma da igualdade meramente formal, o que foi ratificado pela Lei da Inclusão.⁷⁸⁵

Além do aspecto do trabalho, merece ênfase a questão relativa à constituição e proteção da família (art. 23).⁷⁸⁶ A Convenção e a legislação interna posterior, nesse tema, pretende

⁷⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175. Essa vulnerabilidade pode ser acentuada no caso de consumidores com deficiência. Vide NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016, passim. Martins aponta essa uma das grandes falhas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois traria capacidade sem vulnerabilidade. Vide MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016, p. 230: “Justamente aqui revela-se o ponto nevrálgico e sensível de retrocesso. Por parte do EPD, além da retirada sem cuidados da incapacidade, a condição de vulnerabilidade somente advém de forma extraordinária, excepcional e invencível.”

⁷⁸² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 141.

⁷⁸³ “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados - 2%; II - de 201 a 500 - 3%; III - de 501 a 1.000 - 4%; IV - de 1.001 em diante - 5%.” BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 jan. 2018.

⁷⁸⁴ “Art. 37. [...] VIII. A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 27 dez. 2017.

⁷⁸⁵ “Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. [...] Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷⁸⁶ “Art. 23. Respeito pelo lar e pela família. 1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes. b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos. c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas. 2. Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação

superar o não-reconhecimento judicial, de pronto, em relação ao matrimônio de pessoas com qualquer deficiência.⁷⁸⁷ Significa promover a autonomia da pessoa relacionada a aspecto relevante de questões existenciais. Por esse motivo, foi revogado o inciso I do art. 1.548 do Código Civil, que dispunha ser nulo o casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. O Estatuto alterou o Código Civil para permitir, em consonância com a Convenção, o casamento da pessoa com deficiência.⁷⁸⁸ Nesse ponto, equivocou-se o Estatuto ao possibilitar a manifestação de vontade para o casamento por meio do curador, já que se trata de ato personalíssimo, cujo próprio Estatuto não admite curatela (art.

nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos. [...]” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁷⁸⁷ Nesse sentido, ementa: “Recurso Especial - Ação Declaratória de reconhecimento de união estável - Negativa de prestação jurisdicional - Não-ocorrência - Alteração da base fática sob a qual se fundou o aresto a quo - Impossibilidade nesta instância especial - Inteligência da súmula n. 7/STJ - Pretensão companheiro desprovido do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil - Impossibilidade do reconhecimento da relação pretendida (união estável) - Recurso Especial a que se nega provimento. 1. Não existe negativa de prestação jurisdicional no acórdão que, a despeito de adotar fundamento diverso daquele pretendido pela parte, efetivamente decide de forma fundamentada toda a controvérsia, como sucede *in casu*. 2. O recurso especial presta-se a definir a interpretação da lei federal e não a rediscutir a base fática sobre a qual se fundou o acórdão recorrido. 3. Se o "enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil" (artigo 1.548, inciso I, do Código Civil) não pode contrair núpcias, sob pena de nulidade, pela mesma razão não poderá conviver em união estável, a qual, neste caso, jamais será convertida em casamento. A adoção de entendimento diverso, data venia, contrariaria o próprio espírito da Constituição Federal, a qual foi expressa ao determinar a facilitação da transmutação da união estável em casamento. 4. A lei civil exige, como requisito da validade tanto dos negócios jurídicos, quanto dos atos jurídicos - no que couber -, a capacidade civil (artigo 104, 166 e 185, todos do Código Civil). 5. Não só pela impossibilidade de constatar-se o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável, tem-se que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob tal vínculo. 6. Recurso especial desprovido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1201462/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Recorrente: Gustavo Capanema de Almeida e outros, Recorrido: A. P. C. B. e outros, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011.

⁷⁸⁸ “Art. 1.550. [...] A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. ” Registra-se o equívoco do legislador ao designar idade *núbia*, que não é parte do vocábulo português e não núbil, como nos demais dispositivos do Código Civil. BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

6º⁷⁸⁹ e art. 85⁷⁹⁰).⁷⁹¹ Também não se mostra adequada a proposta de alteração do PL 757/2015 para considerar nulo o casamento das pessoas submetidas à curatela com a ressalva de o juiz autorizar tal ato. Veja-se que já há dispositivo no Código Civil para tratar da invalidade do incapaz de consentir ou manifestar de forma inequívoca (art. 1.550, IV⁷⁹²). Tratando-se de ato formal, não há como imaginar uma pessoa em coma ou com mal de Alzheimer que possa realizar a cerimônia por completo.⁷⁹³

A principal crítica feita à possibilidade de casamento por pessoas com deficiência diz respeito ao regime de bens por envolver assunto patrimonial. Nesse aspecto, Menezes afirma que não se poderá impor a aplicação do artigo 1.641 que prevê regime de bens de separação absoluta, porquanto tratar-se de norma restritiva de direitos que não pode sofrer uma interpretação extensiva.⁷⁹⁴ A ausência de escolha importará o regime de comunhão parcial, com

⁷⁸⁹ “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷⁹⁰ “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º. A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º. A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º. No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷⁹¹ LIMA, Márcia Fidelis. O impacto da lei de inclusão da pessoa com deficiência nos serviços notariais e de registro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 678.

⁷⁹² “Art. 1.550. É anulável o casamento: [...]IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁷⁹³ Nesse sentido, discorda-se do posicionamento de Tartuce no sentido de que haveria de se alterar a legislação para uma causa de nulidade nesse sentido: “Todavia, mais uma vez, esqueceu-se das situações de pessoas sem qualquer condição de manifestar vontade, caso daquele que se encontra em coma e do portador do mal de Alzheimer. Urge, portanto, que o dispositivo volte ao sistema jurídico, assim como deve ocorrer com a reintrodução da regra do art. 3º, III, do CC/2002.” Concorde-se com o professor quanto à rejeição da alteração do PL 757/15 e do substitutivo: “Com o devido respeito, não nos filiamos a qualquer uma das propostas. A primeira delas menciona aqueles que estejam eventualmente sob curatela; enquanto a segunda induz a necessidade de uma tomada de decisão apoiada para o ato matrimonial, o que não só representa afronta ao art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência como ao seu art. 84, caput, segundo o qual ‘a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas’. Para que tal norma fosse introduzida, seria necessário alterar os dois comandos da Lei nº 13.146/2015, que têm status de Emenda Constitucional.” TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015 – altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 422-423.

⁷⁹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com**

possibilidade de intervenção judicial pontual, se for o caso. Se há capacidade para casar, competirá apenas ao cônjuge o requerimento de divórcio.⁷⁹⁵ Nesse sentido, deve ser procedida a leitura do art. 1.582, parágrafo único, do Código Civil.⁷⁹⁶ Apenas em caso muito excepcional, sobrevindo incapacidade com ausência de discernimento e impossibilidade de prolação de vontade, no interesse não apenas patrimonial do curatelado, poderá o juiz aceitar que pedido seja realizado pelo curador, afastando-se qualquer hipótese de divórcio cartorário.

Na educação, a Convenção das Nações Unidas impõe a obrigação de promover um sistema inclusivo (art. 24.1),⁷⁹⁷ obrigação essa acolhida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 27 e 28).⁷⁹⁸ O artigo 28, §1º,⁷⁹⁹ foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, sendo que, em decisão de Medida Cautelar, o Min. Fachin afastou qualquer inconstitucionalidade da norma e salientou o compromisso do Estado com a pluralidade adotada pela Constituição.⁸⁰⁰ Essa pluralidade

deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 531.

⁷⁹⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas:** Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 532.

⁷⁹⁶ BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.. “Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges. Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão. ”

⁷⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁷⁹⁸ BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷⁹⁹ “Art. 28. [...]§ 1º. Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸⁰⁰ Ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ensino inclusivo. Convenção Internacional Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Indeferimento da Medida Cautelar. Constitucionalidade da Lei 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. **Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade.** E, na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido

analisa as diferenças e se propõe a superá-las sem ignorá-las, mesmo que isso gere custos que não se traduzam em lucros.⁸⁰¹

Outra questão importante trazida pela Convenção diz respeito à própria nomenclatura ‘pessoa com deficiência’, abandonando a terminologia pessoa portadora de deficiência que se encontra na Constituição Federal,⁸⁰² ou portador de necessidades especiais. A alteração pretende afastar a ideia de que o deficiente “porta” sua condição o que não corresponde à realidade da deficiência ser. Como refere Sassaki⁸⁰³

[...]o termo “portadores” já vem sendo questionado por sua alusão a “carregadores”, pessoas que “portam” (levam) uma deficiência. O termo “direitos especiais” é contraditório porque as pessoas com deficiência exigem equiparação de direitos e não direitos especiais. Mesmo com o advento da Constituição, o percurso legislativo para a implementação dos direitos ainda seguia curso lento até o advento da Convenção das Nações Unidas.⁸⁰⁴

O art. 12 da Convenção, sob o título “o reconhecimento igual perante a lei”, determina que as pessoas com deficiência gozem de capacidade legal para os diversos aspectos da vida.⁸⁰⁵ Essa capacidade legal engloba tanto a capacidade de ser titular de direitos como de exercê-los,

sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida Cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.” BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Recorrente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, Intimado: Presidente da República, julgado em 09/06/2016, Processo Eletrônico Dje-240 Divulg. 10-11-2016 Public. 11-11-2016. Grifado.

⁸⁰¹ BARBOSA, Fernanda Nunes. Democracia e participação: o direito da pessoa deficiente à educação e sua inclusão nas instituições de ensino superior. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 830.

⁸⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vide art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII, art. 203, IV e V; art. 227, II e § 2º e art. 244. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁸⁰³ SASSAKI, Romeu Kasumi. Como chamar as pessoas que tem deficiência? **Revista da Sociedade Brasileira de Ostomizados**, São José dos Campos, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p.8-11. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1855>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁸⁰⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 68, ago. /2016, p. 232 et seq.

⁸⁰⁵ “Art. 12. [...] 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

segundo repositório elaborado pelo Comitê sobre o Direito das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas.⁸⁰⁶ No mesmo sentido, apura Palacios a respeito das discussões sobre a extensão desse termo, concluindo pela referência também à capacidade de exercício e não apenas de gozo.⁸⁰⁷ Corrobora esse entendimento Lôbo,⁸⁰⁸ ao afirmar que se trata de capacidade mais abrangente do que da capacidade civil e; portanto, por essa absorvida.

Especificamente, referido art. 12 elenca “o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.”⁸⁰⁹ Seguidamente e, em respeito a essa capacidade legal, dispõe que os mecanismos do direito protetivo devam se consubstanciar em apoios e não

⁸⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Observación general sobre el artículo 12:** Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comitê sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. 25 nov. 2013. Disponível em: <<http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1860> .>. Acesso em: 27 out. 2017. “II. Contenido normativo del artículo 12. 11. *En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos. (...)* 12. *La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.*” Em tradução livre: “No artigo 12, parágrafo 2, reconhece-se que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica em igualdade de condições com as outras em todos os aspectos da vida. A capacidade jurídica inclui a capacidade de ser titular de direitos e a de agir diretamente. A capacidade jurídica de ser titular dos direitos concede à pessoa a proteção plena de seus direitos, conforme oferece o ordenamento jurídico. A capacidade jurídica de agir em direito reconhece diretamente que a pessoa é um sujeito jurídico que pode realizar atos com efeitos jurídicos. (...) 12. A capacidade jurídica e a capacidade mental seus conceitos distintos. A capacidade jurídica é a capacidade de ser titular de direitos e de obrigações (capacidade legal) e de exercer esses direitos e obrigações (legitimação para agir). É a chave para alcançar uma participação verdadeira na sociedade. A capacidade mental se refere à aptidão de uma pessoa para adotar decisões, que naturalmente varia de uma pessoa para outra e pode ser diferente para uma pessoa determinada em função de muitos fatores ambientais e sociais. Nos termos do artigo 12.º da Convenção, os déficits de capacidade mental, assumidos ou reais, não devem ser utilizados como justificativa para negar a capacidade jurídica.”

⁸⁰⁷ PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad:** Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008, p. 448.

⁸⁰⁸ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 26 out. 2017.

⁸⁰⁹ “Art. 12.[...]. 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.”

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

na substituição de vontade.⁸¹⁰ Embora não defina taxativamente quais sejam os mecanismos de apoio, define as salvaguardas como aquelas cautelas e providências tendentes a evitar que os mecanismos de apoio venham a prejudicar os direitos das pessoas por meio de eventuais abusos, excessos ou ilegalidades.⁸¹¹

A Convenção deixa de adotar o regime meramente médico para a definição da deficiência, como apontado, o que afeta o próprio conceito de reabilitação na forma descrita na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Não é dirigido à “cura” ou à “normalização” da pessoa deficiente, mas à sua inclusão com respeito às suas peculiaridades, como necessidades inerentes às diferenças de idade e gênero.⁸¹² Percebe-se a reabilitação como um direito da pessoa com deficiência e não como uma medida terapêutica.⁸¹³ Aliás, a própria lei determina que o tratamento, quando couber, é um direito e não uma obrigação.⁸¹⁴

⁸¹⁰ “Art. 12.[...]. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁸¹¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jun./2015, p. 6. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 12 ago. 2017.

⁸¹² “Art. 14. [...]. 4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física, cognitiva e psicológica, inclusive mediante a provisão de serviços de proteção, a reabilitação e a reinserção social de pessoas com deficiência que forem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso. Tais recuperação e reinserção ocorrerão em ambientes que promovam a saúde, o bem-estar, o auto-respeito, a dignidade e a autonomia da pessoa e levem em consideração as necessidades de gênero e idade.” No mesmo sentido o art. 26.1 que trata da reabilitação: “1.Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. [...]”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁸¹³ “Art. 14. O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência. Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸¹⁴ “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

Alterando-se o paradigma da deficiência para um paradigma social, no regime das incapacidades, significará a aplicação da regra da proporcionalidade. Deverá ser proporcional às necessidades da pessoa, sendo que deverá, no mínimo, preservar os atos existenciais, como resta claro na redação do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao relacionar a autonomia para o exercício de constituição de casamento ou união estável, de planejamento familiar e liberdade sexual.⁸¹⁵ Tal disposição vem ao encontro da noção de autonomia privada na legalidade constitucional, a qual necessita de maior liberdade e proteção para as questões de cunho existencial em comparação com as de caráter patrimonial.⁸¹⁶ Conforme acentua Bodin de Moraes,

[...] no que tange às questões pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento -, considera-se haver uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, esses direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade.⁸¹⁷

Ao revogar os dispositivos do Código Civil que tratam da incapacidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência afastou a existência de deficiência para caracterizar a capacidade civil. Não é toda a pessoa com deficiência que é incapaz. A incapacidade deixa de ser dirigida a essas pessoas diretamente. O que deve ser aferido, no caso concreto, é a existência, ou não, de discernimento e possibilidade de exprimir vontade. Conforme aponta Menezes, o foco está no discernimento e não no diagnóstico médico,⁸¹⁸ o que deveria contribuir para atenuar a ‘verdade médica’, consubstanciada no prestígio do laudo pericial.⁸¹⁹ E esse discernimento se distingue

⁸¹⁵ “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343.

⁸¹⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 190.

⁸¹⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015, p. 7. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 12 ago. 2017.

⁸¹⁹ PEREIRA, Jacqueline Lopes; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. A capacidade civil no Estatuto da Pessoa com Deficiência: a quebra da dogmática e o desafio da efetividade. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 489-490. Em pesquisa sobre o tema, as autoras identificaram tendência nos julgados à prevalência do laudo em detrimento do princípio *in dubio pro capacitas*.

no que se refere a atos existenciais e a atos patrimoniais, revelando-se mais acessível no que tange aos atos relacionados à vida pessoal, como a escolha de seu parceiro afetivo, onde morar ou mesmo de seu curador em detrimento das compreensões relacionadas a um contrato de compra e venda de imóvel ou administração de uma sociedade civil.

Assim, o fato de um sujeito possuir transtorno mental de qualquer natureza não faz com que ele, automaticamente, se insira no rol dos incapazes. Trata-se de passo importante na busca pela promoção da igualdade dos sujeitos, já que se dissocia a deficiência da necessária incapacidade. Aliás, em relação ao transtorno mental, a doutrina entende que ele estaria albergado pelo Convenção por um critério de isonomia, em razão de não ter sido feita menção expressa a essa modalidade, embora tenha sido feita referência à deficiência intelectual.⁸²⁰

A nova lei atribui capacidade a esses sujeitos com um claro recado de igualdade, ao dispor no art. 84: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.”⁸²¹ Denomina o capítulo de “Do reconhecimento igual perante a lei, ” como se, por séculos, essas pessoas não fossem consideradas iguais pelo ordenamento jurídico de forma a não as permitir participar da vida em sociedade.

Não há como não inserir no rol abrangente de pessoas com deficiência ou enfermidade, especificados na Convenção, a referência à prodigalidade, ao uso regular de bebidas alcólicas ou de drogas, já que é causa ou efeito de algum transtorno mental e de comportamento. Também essas pessoas devem ser consideradas a priori capazes, apenas caso a caso, após procedimento judicial, será possível aferir a existência, em razão ou por efeito das causas mencionadas, de comprometimento do discernimento e restrição no âmbito da autonomia privada a situações específicas. Não há espaço para categorias de incapazes, aliás, em relação à prodigalidade e ao abuso de drogas e álcool, somente poderá indicar mácula na capacidade se comprovada alguma enfermidade que impossibilite a prolação de vontade válida.

⁸²⁰ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 549 et seq. Segundo a autora (p. 556), “o que se está pretendendo é garantir direitos humanos fundamentais para os portadores de transtorno mental que inicialmente não estariam contemplados pela norma, porém cujo transtorno interagindo com uma ou mais barreiras, culmina por ensejar um quadro de dificuldades de sua participação na escola, no trabalho, e em outras atividades sociais. Além disso, não estariam sendo esquecidas as necessidades específicas de cada categoria.”

⁸²¹ BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

Nesse sentido, a curatela passa a ter o caráter de medida excepcional, a ser adotada somente quando e, na medida em que, for necessária e pelo menor tempo possível.⁸²² Tanto assim que restaram revogados os incisos I, II e IV, do artigo 1.767, do Código Civil, em que se afirmava que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à curatela. Não mais estão; podem estar. A curatela apenas ficará restrita aos direitos de natureza patrimonial e negocial, afastando aqueles de natureza existenciais, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.⁸²³ Trata-se de enaltecer o perfil funcionalizado da curatela, não mais vocacionado exclusivamente à proteção do patrimônio do incapaz, porém instrumentalizado à proteção e promoção das situações existenciais da pessoa humana.⁸²⁴

Abandona-se o paradigma deficiência/interdição para que se ofereçam instrumentos de auxílio e proteção flexíveis que não necessariamente comportem privações da capacidade de agir da pessoa. A ênfase é dada no bem-estar das pessoas e na defesa da autonomia, ainda que possa afetar uma segurança absoluta,⁸²⁵ pois abandona-se o sistema do tudo ou nada da capacidade/interdição.

Com razão Rosenvald, quando afirma que o próprio vocábulo interdição é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um desproporcional processo de supressão de direitos fundamentais da pessoa, quando na verdade, a curatela está funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação.⁸²⁶ E continua o jurista, afirmando, com propriedade, que “o termo ‘interdição’ remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra de familiares ou terceiros.”⁸²⁷ No mesmo sentido, Lôbo para quem não há mais que se falar em interdição

⁸²² Nesse sentido, antes mesmo da edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vide ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, passim.

⁸²³ “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º. A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸²⁴ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 97.

⁸²⁵ MARQUES, Claudia Lima; DOLL, Johannes. Posfácio. In: ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 362. Belíssima a comparação dos autores da interdição com o “deixar o velho de lado”, retratado em um dos contos dos irmãos Grimm, denunciando a forma de tratar as pessoas mais velhas e com debilidades.

⁸²⁶ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 97.

⁸²⁷ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O**

em nosso direito, já que teria como finalidade vedar o exercício de direitos pela pessoa com deficiência.⁸²⁸

Assim, mesmo que o Código de Processo Civil de 2015 tenha entrado em vigor posteriormente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e utilizado o termo interdição (arts. 747 a 757), esse termo não foi recepcionado pela Constituição de 1988 com a entrada em vigor da Convenção de 2007 sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que tem *status* de emenda constitucional, tratando justamente do tema sob viés de direitos fundamentais. Observa-se que a Convenção, em nenhum momento, trata da interdição. No artigo 12, que dispõe a respeito justamente da igualdade, faz menção à possibilidade de salvaguardas que devam ser proporcionais e provisórias, submetidas a uma revisão regular por uma autoridade ou órgão judicial.⁸²⁹

Nessa senda, a Lei 13.146/15 trata a curatela como medida extraordinária, dispondo a respeito desse instrumento para a proteção da pessoa na proporção de sua necessidade. A referida lei não utiliza o termo interdição, apenas interditando em dois momentos, quando se refere à escolha do curador, conforme as suas preferências,⁸³⁰ e quando trata da necessidade de entrevista.⁸³¹ Ambos os dispositivos foram revogados com o Código de Processo Civil. As regras do novo CPC deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pois esta tem força normativa superior àquele,

direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 97-98.

⁸²⁸ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 26 out. 2017.

⁸²⁹ “Art. 12.[...]. 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁸³⁰ Ao conferir nova redação ao art. 1772, parágrafo único do Código Civil de 2002: “Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸³¹ Ao conferir nova redação ao art. 1771 do Código Civil de 2002: “Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

relativamente à curatela, não sendo cabível a interpretação que retome o modelo superado de interdição, apesar da terminologia inadequada utilizada pela lei processual.⁸³²

O procedimento de curatela está regulado pelo diploma processual, na seção IX (arts. 747 a 763) dentre os procedimentos de jurisdição voluntária, no capítulo XV. Essa referência é importante, pois o juiz poderá decidir o caso com base na equidade, podendo se afastar da legalidade estrita, conforme redação do art. 723, parágrafo único,⁸³³ que trata das disposições gerais desse tipo de procedimento. Esse entendimento já vem sendo adotado pela jurisprudência.⁸³⁴

A entrada em vigor da Lei 13.105/2015 (CPC) não dialogou adequadamente com a publicação da Lei 13.146/15 (EPD).⁸³⁵ Veja-se que o CPC é anterior ao EPD (este de 07 de julho de 2015 e o CPC de 17 março de 2015), no entanto, em razão de sua *vacatio legis*, entrou em vigor apenas em 18 de março de 2016, posteriormente ao Estatuto que entrou em vigor em 03 de janeiro de 2016. Isso ocasionou incoerência à própria sistemática de revogação, pois quando o art. 1072 CPC determina a revogação do Código Civil, nos dispositivos 1.768 a 1.773, referia-se à redação original do CC/02, sem as alterações promovidas pelo Estatuto, o que acabou ocorrendo.

Nesse aspecto, Didier traz posicionamento de que o Código de Processo Civil de 2015 não teria revogado dispositivos que foram acrescentados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência já que se referia à redação originária do artigo, de tal sorte que as inovações trazidas

⁸³² LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 26 out. 2017.

⁸³³ “Art. 723. [...] Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸³⁴ Ementa: “Processo Civil. Recurso Especial. Interdição. Supressão do prazo de impugnação previsto no art. 1.182 do CPC com fundamento no art. 1.109 do mesmo diploma legal. Inviabilidade. - O art. 1.109 do CPC abre a possibilidade de não se obrigar o juiz, nos procedimentos de jurisdição voluntária, à observância do critério de legalidade estrita, abertura essa, contudo, limitada ao ato de decidir, por exemplo, com base na equidade e na adoção da solução mais conveniente e oportuna à situação concreta. - Isso não quer dizer que a liberdade ofertada pela lei processual se aplique à prática de atos procedimentais, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa do interditando. Recurso Especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 623.047/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Recorrido: Neli Marisa Ribeiro Dias da Luz, julgado em 14/12/2004, DJ 07/03/2005, p. 250.

⁸³⁵ Nesse aspecto, Tartuce denomina de “atropelamento legislativo.” Vide TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. **Migalhas**. Campinas. 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 26 out. 2017.

por esse diploma devem ser respeitadas pela legislação processualista posterior.⁸³⁶ Serpa Lopes tem entendimento de que o princípio de que a legislação posterior revoga a legislação anterior deve ser analisado no momento da publicação da lei e não no momento da vigência, trazendo posicionamento que reverteria a lógica construída pela doutrina até então.⁸³⁷ Esses dois posicionamentos não foram acolhidos pela maioria da doutrina e pelo próprio sítio eletrônico dos diplomas legislativos que traz referência à hipótese de revogação.

Um dos principais prejuízos nessa sucessiva revogação foi a alteração promovida pelo Estatuto no que tange à possibilidade de a própria pessoa requerer curatela. Nesse ponto, com razão a ponderação trazida por Menezes no sentido de que, ao trazer a capacidade da pessoa com deficiência e permitir que ela venha traçar um plano de apoio para as suas decisões, por meio da chamada tomada de decisão apoiada, não é razoável negar-lhe a possibilidade de pleitear a sua própria curatela e indicar o seu curador.⁸³⁸ Ademais, não há como negar que a escolha do curador se insere dentre os atos existenciais que devem ser exercidos prioritariamente pela pessoa com deficiência. Ora, tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária, pedido nesse sentido deve ser aceito por uma questão de equidade e coerência com a própria capacidade do indivíduo. Ainda, o CPC assegura capacidade processual para o curatelado requerer o levantamento da curatela (art. 756, § 1º)⁸³⁹, não havendo razão para proibir que ele próprio também requeira sua instituição.⁸⁴⁰ Além disso, decorre de diretriz constitucional, consubstanciada na hierarquia da Convenção sobre os demais diplomas legislativos. Por fim, trata-se da incidência da cláusula geral de dignidade da pessoa humana e dos princípios da igualdade e solidariedade dela integrantes.⁸⁴¹

⁸³⁶ DIDIER JR., Fredie. **Editorial 187**. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. 06 ago. 2015. Disponível em:

<<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁸³⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentários à lei de introdução ao Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 53.

⁸³⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015, p. 11. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 12 ago. 2017.

⁸³⁹ “Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou. § 1º. O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁴⁰ No mesmo sentido, MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 534.

⁸⁴¹ BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autocuratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 585.

Ainda em relação à legitimidade para requerer a curatela, o art. 747 do Código de Processo Civil elenca a possibilidade de o Ministério Público solicitar, fazendo alusão, no artigo seguinte, que essa legitimidade é subsidiária e terá lugar “em caso de doença grave” (art. 748).⁸⁴² Nesse ponto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tinha justamente revogado a expressão doença mental que constava no Código Civil de 2002 (art. 1.769, I- redação original) para “deficiência mental ou intelectual”, em conformidade com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007, tendo o Código de Processo Civil substituído, indevidamente e novamente, a expressão para “doença mental.”

Nesse caso, além de o Ministério Público ter o poder de requerer subsidiariamente a curatela é preciso estabelecer legitimidade concorrente da Defensoria Pública, como instituição destinada à proteção das pessoas vulneráveis, como expressamente consignado no Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 79, § 3º),⁸⁴³ na Lei Complementar n.80, em seu art. 4º,⁸⁴⁴ e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à referência aos denominados necessitados jurídicos.⁸⁴⁵ Assim, tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública têm

⁸⁴² “Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁴³ “Art. 79. [...] § 3º. A Defensoria Pública e o Ministério Público tomarão as medidas necessárias à garantia dos direitos previstos nesta Lei.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸⁴⁴ “Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).” BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018. Reconhecendo especial vulnerabilidade das pessoas com deficiência, a Defensoria Pública da União criou um Grupo de Trabalho para esse grupo. Segundo a regulamentação, “Art. 13. [...] III – Ao Grupo de Trabalho Atendimento a Pessoa com deficiência: 1. Assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais à pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania; 2. A defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos da pessoa com deficiência, em especial os salvaguardados pela Lei 13.146/2015 e pelas convenções internacionais de direitos humanos sobre a matéria; 3. Fomentar a eliminação de todas as formas de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão contra as pessoas com deficiência; 4. Zelar pela criação e implementação de políticas públicas garantidoras de acessibilidade e voltadas a eliminação de toda e qualquer forma de barreira que impeça a participação social ou gozo e fruição de direitos pela pessoa com deficiência.” BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdp/2018/41200-portaria-gabdp-dp-gu-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-dpu-e-revoga-a-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-por-meio-da-qual-regulamentou-as-atividades-dos-grupos-de-trabalho-vinculados-a-dpu>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁸⁴⁵ Ementa: “Embargos de Divergência no Recurso Especial nos Embargos Infringentes. Processual Civil. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública em favor de idosos. Plano de saúde. Reajuste em razão da idade tido por abusivo. Tutela de interesses individuais homogêneos. Defesa de necessitados, não só os carentes de recursos econômicos, mas também os hipossuficientes jurídicos. Embargos de divergência acolhidos. 1. Controvérsia acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde

legitimidade para promover a curatela, de forma subsidiária, tratando-se da curatela como expressão dos direitos fundamentais.

Outra questão introduzida pela Lei 13.146/15 dizia respeito ao acréscimo do art. 1.775 A ao Código Civil, com a seguinte redação: “Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.”⁸⁴⁶ Esse dispositivo também teria sido revogado pelo Código de Processo Civil. No entanto, a partir da flexibilização do instituto da curatela para melhor atender aos interesses do curatelado, é possível que, na prática, o magistrado indique duas pessoas para o múnus. Essa adoção já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência.⁸⁴⁷

reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária. 2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal. 3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII ("Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso"): "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida." 4. "A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana" (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 ("Art. 5.º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: ... II - a Defensoria Pública"). 6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, EREsp 1192577/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, Embargante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Embargado: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini - Plano de Saúde Tacchimed, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015.

⁸⁴⁶ BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸⁴⁷ Ementa: “Apelação Cível. Família. Ação de Interdição. Curatela Compartilhada. Possibilidade. Melhor Interesse do Interditando. Cabível a concessão da curatela compartilhada aos genitores da curatelada, tendo em vista que objetiva o melhor interesse da incapaz. Apelo provido.” RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70068670066, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Apelante: V. C. P., Apelado: R. M. C. P. Julgado em 26/10/2016. Publicado em: 03/11/2016. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ementa: “Processo de Interdição. Pretensão da mãe. Sentença de procedência em parte, para decretar a interdição parcial e a curatela compartilhada da autora com a esposa do interditando. (...). Conflito entre a mãe e a esposa do necessitado é fato incontroverso. Circunstância considerada para a concessão da curatela compartilhada. Mérito. Curatela objetiva preservar os interesses do incapaz. Art. 1.109 do CPC/73 (parágrafo

Ponto importante de dissonância entre o Código de Processo Civil e a Lei 13.146/2015 diz respeito à própria avaliação da pessoa com deficiência para fins de curatela. Veja-se que, conforme já delimitado, o conceito de deficiência é biossocial, dispondo o art. 2º, §1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que:

A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.⁸⁴⁸

Esse artigo somente teve vigência “dois anos após a entrada em vigor do Estatuto” (art. 124).⁸⁴⁹ Assim, considerando que o EPD entrou em vigor em 180 dias da sua publicação, em 6 de janeiro de 2016, o art. 2º §1º, entrou em vigor em 6 de janeiro de 2018, após, portanto, ao CPC, e tendo como impacto, na interpretação do art. 753, §1º, do CPC a ideia não de uma faculdade (poderá) do juiz, mas como uma determinação legal para a própria aferição de deficiência.⁸⁵⁰

Desse modo, a perícia deve ser realizada por equipe multidisciplinar no procedimento de curatela. Veja-se que essa leitura inclusive está em consonância com o §2º do art. 756 do CPC no que se refere à perícia por esse tipo de equipe quando se tratar da hipótese de levantamento da curatela.⁸⁵¹ Mesmo assim, a doutrina tem enfatizado que a prática judicial muitas vezes ignora essa nova postura, evidenciando a relevância do discurso médico para a

único do art. 723 do CPC/2015) autoriza o órgão julgador, por equidade, a superar a ordem legal estabelecida no art. 1.775 do CC. Com fundamento no mesmo preceito, nada obsta a concessão da curatela compartilhada, mesmo antes da vigência da Lei nº 13.146/2015. Inexistência de dispositivo que vedasse seu deferimento. Concessão como se deu visa a assegurar um equilíbrio de forças entre a figura da mãe e a da esposa, para que haja fiscalização recíproca e atuação redobrada em prol do interditando. Recurso improvido.” Apelação 1010237-33.2015.8.26.0008; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 1ª Vara da Família e Sucessões; Apelante: Iranildes Florentino Fatica, Apelado: Edilice da Silva Fatica. Data do Julgamento: 25/07/2016; Data de Registro: 25/07/2016.

⁸⁴⁸ BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸⁴⁹ BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸⁵⁰ “Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil. § 1º. A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁵¹ “Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou. § 1º [...]. §2º. O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

determinação do alcance da restrição, inclusive ainda com menção ao termo interdição.⁸⁵² Por isso, a importância da entrevista realizada pelo juiz (em substituição ao termo interrogatório) para ouvi-lo “acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos.”⁸⁵³

Outra alteração que também não foi adequada foi a revogação do art. 1.780 do Código Civil,⁸⁵⁴ promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Esse artigo já vinha proporcionando uma distinção importante entre o instituto da curatela e da incapacidade civil, reconhecida pela jurisprudência.⁸⁵⁵ Trata-se da curatela por representação (ou administrativa) e não por interdição.⁸⁵⁶ Ela poderá ser mantida pela leitura do art. 84, §1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no sentido de possibilitar a curatela à pessoa capaz, na interpretação sistemática e coerente com o *caput* do art. 84.⁸⁵⁷

⁸⁵² PEREIRA, Jaqueline Lopes; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. A capacidade civil no Estatuto da Pessoa com Deficiência: a quebra da dogmática e o desafio da efetividade. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 487.

⁸⁵³ “Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. §1º. Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. § 2º. A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁵⁴ “Art. 1780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁵⁵ Ementa: “Recurso Especial. Ação destinada à obtenção de reembolso pelas despesas médicas expendidas em hospital e equipe médica não credenciados/conveniados, em virtude de acidente aéreo. 1. Tratamento em situação de emergência e urgência. Dever legal de reembolso, limitado, no mínimo, aos preços do produto contratado à época do evento. Dever legal. Inteligência do art. 12, vi, da lei n. 9.656/98. Hospital de alto custo. Irrelevância. Prosseguimento do tratamento médico, após alta hospitalar e cessação da situação emergencial, no hospital não credenciado. Cobertura. Exclusão. 2. Pretensão de anular a declaração de quitação, assinada pelo recorrente, então curatelado. Irrelevância da questão. Reconhecimento. Curatela requerida por enfermo, nos termos do art. 1.780 do código civil, que não pressupõe, necessariamente, a perda de discernimento do curatelado e, por conseguinte, a completa incapacidade para os atos civis. Recurso Improvido. (...)3. Nos termos do art. 1.780 do Código Civil, possível ao enfermo ou portador de deficiência física requerer a sua interdição, para que lhe seja nomeado um curador, a fim de cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens. Esta peculiar espécie de curatela, que, segundo doutrina autorizada, aproxima-se do instituto do mandato, não pressupõe a perda de discernimento do curatelado e, por conseguinte, a completa incapacidade para os atos civis. 4. Recurso especial improvido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1286133/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Recorrente: Ricardo Queiroz Guimarães e outro, Recorrido: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico, julgado em 05/04/2016, DJe 11/04/2016.

⁸⁵⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 529.

⁸⁵⁷ “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. [...] § 1º. Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

Nesse ponto, ganha importância as denominadas diretrizes para o futuro⁸⁵⁸ ou “mandato por incapacidade”, regulamentado pela Convenção de Haia relativa à Proteção Internacional de Adultos Vulneráveis, concluída em 13 de janeiro de 2000.⁸⁵⁹ Essa Convenção procura, dentre outras disposições, efetivar um mecanismo de cooperação internacional para tutelar as manifestações de vontade prospectivas em caso de sobrevir a incapacidade, o que, no sistema do Código Civil, encontraria resistência no art.682, II, do Código Civil que estabelece o fim do mandato pela interdição.⁸⁶⁰ O Superior Tribunal de Justiça já assinalou quanto à validade do mandato outorgado ao advogado no caso de incapacidade futura, procurando uma ampliação dos limites estreitos do referido dispositivo.⁸⁶¹

⁸⁵⁸ Defendendo sua possibilidade, com o nome de autocuratela, vide COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, passim.

⁸⁵⁹ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convention sur la protection internationale des adultes, 2000**. Disponível em: < <https://assets.hcch.net/docs/ff70a94c-d526-422f-9d4a-23e091c479b5.pdf>.> Acesso em: 26 jan. 2018. O Brasil não ratificou o instrumento. A União Europeia tem demonstrado preocupação com tema, reforçando a necessidade de os Estados ratificarem a Convenção ou mesmo recomendando à Comissão Europeia que se dedique a elaboração de um regulamento sobre o tema. Nesse sentido, extrai-se: “10. Solicita à Comissão que apresente ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até 31 de março de 2018, com base no artigo 81.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, uma proposta de regulamento destinado a reforçar a cooperação entre os Estados-Membros e a melhorar o reconhecimento de pleno direito e a execução das decisões sobre a proteção dos adultos vulneráveis e dos mandatos por incapacidade, de acordo com as recomendações que figuram em anexo;” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. **Relatório que contém recomendações à Comissão Europeia sobre a proteção dos adultos vulneráveis de 3 de abril de 2017**. Disponível em: < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0152+0+DOC+XML+V0//PT#top>.> Acesso em: 26 jan. 2018.

⁸⁶⁰ “Art. 682. Cessa o mandato: [...] II - pela morte ou interdição de uma das partes;” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁶¹ Ementa: “Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Ação de interdição. Efeitos da sentença de interdição sobre as procurações outorgadas pelo interditando a seus advogados no próprio processo. Negativa de seguimento à apelação apresentada pelos advogados constituídos pelo interditando. Não ocorrência da extinção do mandato. A sentença de interdição possui natureza constitutiva. Efeitos *ex nunc*. Inaplicabilidade do disposto no art. 682, II, do CC ao mandato concedido para defesa judicial na própria ação de interdição. Necessidade de se garantir o direito de defesa do interditando. Renúncia ao direito de recorrer apresentada pelo interditando. Ato processual que exige capacidade postulatória. Negócio jurídico realizado após a sentença de interdição. Nulidade. Atos processuais realizados antes da negativa de seguimento ao recurso de apelação. Preclusão. 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos *ex nunc*. 2. Outorga de poderes aos advogados subscritores do recurso de apelação que permanece hígida, enquanto não for objeto de ação específica na qual fique cabalmente demonstrada sua nulidade pela incapacidade do mandante à época da realização do negócio jurídico de outorga do mandato. 3. Interdição do mandante que acarreta automaticamente a extinção do mandato, inclusive o judicial, nos termos do art. 682, II, do CC. 4. Inaplicabilidade do referido dispositivo legal ao mandato outorgado pelo interditando para atuação de seus advogados na ação de interdição, sob pena de cerceamento de seu direito de defesa no processo de interdição. 5. A renúncia ao direito de recorrer configura ato processual que exige capacidade postulatória, devendo ser praticado por advogado. 6. Nulidade do negócio jurídico realizado pelo interdito após a sentença de interdição. 7. Preclusão da matéria relativa aos atos processuais realizados antes da negativa de seguimento ao recurso de apelação. 8. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 9. Recurso Especial parcialmente provido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1251728/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Recorrente: Luiz Cavalcanti Lacerda, Recorrido: Jóia Lacerda e outro, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013.

Nesse sentido, parte da doutrina teceu críticas⁸⁶² quanto às modificações promovidas em relação ao regime de curatela que provocariam uma abertura geral do sistema quando o artigo 84, §1º, que alude à possibilidade de submissão à curatela “quando necessário”, ou mesmo à possibilidade de curatela para a pessoa capaz.⁸⁶³ Por outro lado, pode ser interpretado como abandono do regime de curatela apenas no reconhecimento da incapacidade civil. Tal qual o art. 1.780 do Código Civil revogado, permitirá que a curatela alcance também maiores capazes, revestindo-se em curatela por representação. Apenas a decisão judicial irá, ao fixar os limites, definir se se trata de curatela de capaz ou incapaz. Desta forma, também deve ser feita a leitura do art. 749 do Código de Processo Civil,⁸⁶⁴ quando associa o procedimento de interdição à demonstração de incapacidade, devendo prevalecer entendimento mais flexível em relação à viabilidade de curatela para a pessoa capaz.

A curatela está dissociada da deficiência e poderá ou não estar atrelada à incapacidade. É possível ser deficiente e não se está submetido a um regime de curatela. Esse é o verdadeiro sentido da revogação do regime de incapacidade civil às pessoas com deficiência. Elas não estão sempre submetidas à curatela; podem estar. Assim, em um caso recente, em que um indivíduo requeria benefício securitário à Justiça Federal, equivocou-se a decisão quanto à necessária interdição do requerente caso a perícia médica for favorável ao seu benefício.⁸⁶⁵ Embora a prática judiciária caminhe nesse sentido, revelando mais uma vez que, no que tange à capacidade, qualquer dúvida seria dirimida no sentido da interdição, a legislação é clara

⁸⁶² NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50.

⁸⁶³ SIRENA, Hugo Cremonese. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 70, out. 2016, p. 80.

⁸⁶⁴ “Art. 749. Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁶⁵ Extrato da decisão: “[...]13. Se o laudo pericial concluir que a parte autora está incapacitada para os atos da vida civil, proceda-se à regularização do polo ativo e à inclusão, na lide, do Ministério Público Federal. Nesse caso, intime-se a parte autora para que, em 15 (quinze) dias, indique um familiar para ser nomeado curador especial, na forma do art. 72, I, do Código de Processo Civil, observando-se o rol do art. 1.775 do Código Civil. O curador deverá apresentar comprovante de parentesco, RG e CPF, bem como outorgar procuração a advogado, em nome da parte autora por ele representada. Sua nomeação garante apenas o andamento do processo, de modo que é dever da parte promover a devida interdição, na Justiça Estadual, com comprovação, nos presentes autos, da nomeação do curador provisório/definitivo. Além disso, os valores eventualmente devidos à parte autora, na fase de cumprimento da sentença ou do acordo, serão oportunamente encaminhados ao juízo da interdição, a quem, em última análise, caberá avaliar a necessidade de liberação do dinheiro (art. 1.774 c/c arts. 1.753 e 1.754, todos do Código Civil).” BRASIL, Justiça Federal, Seção Judiciária de Pelotas, Processo nº 50032964420164047110, 3ª Vara Federal de Pelotas, Autor: Luis Adriano Espírito Santo da Silva, Reú: INSS, decisão em 27/06/2006.

quanto não requerer a interdição/curatela para a concessão do benefício assistencial.⁸⁶⁶ Aliás, pesquisa já apontava que muitos dos processos de interdição, visavam a obtenção de benefícios securitários, como por exemplo o benefício de prestação continuada destinado a pessoa com deficiência.⁸⁶⁷ Nesse sentido, importante alteração foi promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na Lei 8.213/91 que reforça a desnecessidade da exigência de termo de curatela para requerimento de benefícios ao INSS.⁸⁶⁸ A jurisprudência também já assinala, em muitos casos, que o conceito de deficiência, em relação aos efeitos securitários, deve ser aferido de forma ampla e não apenas médica.⁸⁶⁹

Denomina-se personalização da curatela, submetendo as normas infraconstitucionais ao primado da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais incorporados ao bloco de constitucionalidade.⁸⁷⁰ Esse caminho já vem sendo perseguido pelos operadores do Direito, como pode ser observado no enunciado 574 da VI Jornada de Direito Civil:⁸⁷¹ “A decisão de interdição deverá fixar os limites da curatela para toas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772 Código

⁸⁶⁶ BRASIL. Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018. “Art. 18. A concessão do Benefício de Prestação Continuada independe da interdição judicial do idoso ou da pessoa com deficiência.”

⁸⁶⁷ MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. Interdição civil: uma exclusão oficializada? **Revista virtual textos & contextos**, Florianópolis, nº 5, nov. 2006, p. 16. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801>>. Acesso: 26 de out. 2017.

⁸⁶⁸ “Art. 101. A Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 110-A. No ato de requerimento de benefícios operacionalizados pelo INSS, não será exigida apresentação de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência, observados os procedimentos a serem estabelecidos em regulamento.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁸⁶⁹ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. “Súmula 80. Enunciado: Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.” Data do julgamento 15/04/2015. DOU 24/04/2015, p. 162.

⁸⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 97. No mesmo sentido, NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

⁸⁷¹ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

Civil⁸⁷²).” A jurisprudência já vinha assinalando no sentido de que a curatela deve atentar para o interesse do incapaz e não na conveniência da família.⁸⁷³

Somente a partir dessa visão humanizada e personalizada da curatela é que o instituto deve ser aplicado no caso concreto. Trata-se, como aponta Abreu, da “curatela sob medida”.⁸⁷⁴ A curatela perde fôlego enquanto medida de substituição de vontade e, no seu estabelecimento, passa-se a atribuir maior relevo às circunstâncias pessoais do próprio curatelado, notadamente às suas preferências, aos seus vínculos de afetividade e aos seus interesses fundamentais.⁸⁷⁵ Não é a curatela que se adapta às categorias de capacidade, pois essas deixam de existir enquanto parâmetros estanques. Somente no caso concreto é que o juiz poderá delimitar a extensão da proteção conferida à pessoa, ou, como refere Lôbo, tem-se uma curatela específica para determinados atos.⁸⁷⁶

O procedimento é claro quanto à restrição aos atos patrimoniais e, apenas excepcionalmente, na leitura do art. 84, § 3º, o juiz poderá fixar a possibilidade de intervenção

⁸⁷² “Art. 1.772 -. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782. ” O artigo foi alterado pela Lei 13.146/15, passando a ter a seguinte redação: “Art. 1.772 - O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. ” Esse dispositivo posteriormente também foi revogado pelo Código de Processo Civil, conforme art. 1.072 que determinou a revogação de todo o procedimento de interdição: arts. 1768 a 1773 do Código Civil. BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁷³ Ementa: “Ação de remoção de curador. Tutela provisória. Cabimento. Evidente ausência de condições da curadora para exercer o encargo. 1. A remoção de curador, para ser determinada, deve estar embasada em elementos de convicção seguros e restar evidenciada situação de risco para o incapaz, situação que restou evidenciada nos autos. 2. A questão da curatela deve ser apreciada no interesse do incapaz, e não no interesse ou conveniência de pessoas da sua família, devendo a escolha do curador atender exclusivamente aos interesses da pessoa incapaz. 3. Como é evidente que a curadora removida não vinha prestando ao curatelado os cuidados mínimos necessários, correta a concessão de tutela provisória de remoção. Recurso desprovido.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70073638249, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Recorrente: M. P., Recorrido: M. V. N. G., Julgado em 16/08/2017, Publicado em: 18/08/2017. Vide também precedente do Tribunal de São Paulo: “Interdição - Alzheimer - Estágio Inicial da Doença - Ausência de Incapacidade - Interesse Patrimonial dos filhos Evidente - Negado Provimento ao Recurso. ” SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação 0005336-13.2009.8.26.0408; Relator (a): Lucila Toledo; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ourinhos - 3ª. Vara Cível; Recorrente: Gladys Maria de Avila Abdo, Recorrido: Geraldo José Abdo, Data do Julgamento: 05/06/2012; Data de Registro: 30/07/2012.

⁸⁷⁴ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 557.

⁸⁷⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 528.

⁸⁷⁶ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 26 out. 2017.

do curador para decisões a respeito da saúde do curatelado, tratamento médico,⁸⁷⁷ quando total impossibilidade de ele prover decisão nesse sentido.⁸⁷⁸ Trata-se, como afirma Perlingieri, de representar a curatela o único instrumento possível para realizar essa exigência de relevância primária.⁸⁷⁹

Assim, a curatela poderá ser parcial ou total na forma do art. 9º do Código Civil.⁸⁸⁰ Ao revogar a designação dos grupos sujeitos à incapacidade, não significa que não exista a incapacidade civil dos maiores no ordenamento. Ela simplesmente não está associada a nenhum grupo específico e não pode ser verificada *a priori*. Dependerá do procedimento judicial de curatela que fixará os limites do instituto e reconhecerá, ou não, a capacidade civil do indivíduo, após o devido processo legal. É a sentença que *define* a incapacidade, na forma do § 2º do art. 85.⁸⁸¹ Melhor teria sido a designação utilizada pelo Direito francês ao fazer referência aos

⁸⁷⁷ Ementa: “Ação de Interdição. Pretensão da genitora em face do filho maior, com histórico de esquizofrenia agravado pelo uso de entorpecentes. Sentença de improcedência. Apela a autora sustentando a demonstração por laudo pericial médico do transtorno mental sofrido pelo filho, tornando-o incapaz para a prática de atos da vida comum; afirma ser necessário o exercício da curatela para viabilizar seu tratamento adequado, devendo ainda contar com supervisão para gerir sua vida financeira. Cabimento. Apesar do laudo pericial apontar parcial incapacitação para os atos da vida civil, assevera também ter o réu percepção prejudicada da realidade, necessitando de amparo para gerir sua vida financeira e o próprio tratamento médico de que necessita. Embora excepcional a medida, a incapacidade do réu tange justamente naquilo que lhe é mais essencial à sobrevivência e incolumidade, podendo trazer prejuízo ao seu tratamento, sendo de rigor a interdição, para preservação de seus interesses mais essenciais. Recurso provido.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 0001611-45.2013.8.26.0547; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Rita do Passa Quatro - 1ª Vara; Recorrente: Selma Eliana Pessoa Nobre, Recorrido: Diego Pessoa Nobre, Data do Julgamento: 13/03/2016; Data de Registro: 13/03/2016.

⁸⁷⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 532. Para isso, salienta a autora que o curador deverá proceder conforme as preferências já externadas pelo curatelado ou, no caso de o curatelado haver nascido sem qualquer competência volitiva, de acordo com o princípio da beneficência, seguindo padrões respeitáveis de dignidade.

⁸⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 165.

⁸⁸⁰ “Art. 9º. Serão registrados em registro público: [...] a interdição por incapacidade absoluta ou relativa.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁸¹ “Art. 85. [...] § 2º. A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

maiores protegidos (*majeurs protégés*),⁸⁸² ou a nomenclatura de adulto vulnerável, utilizada pela Convenção de Haia de Proteção Internacional ao Adulto Vulnerável de 2000.⁸⁸³

No entanto, como se verá, a utilização do termo capacidade poderá ser interessante para a coerência do sistema, principalmente no que se refere às considerações a respeito da prescrição e da invalidade. Nesse ponto, partilha-se do entendimento de Martins de que a sentença que fixa a curatela poderá estabelecer o impedimento do transcurso do prazo prescricional e decadencial diante do caso concreto.⁸⁸⁴ A sentença irá afirmar se se trata, ou não, de pessoa com incapacidade na forma do art. 4º do Código Civil, inciso III, do Código Civil (que deveria, em realidade, ser transportado para o art. 3º, como se propõe).

Outro procedimento destinado a resguardar os interesses das pessoas em determinadas ocasiões é o procedimento de tomada de decisão apoiada, introduzido pela Lei 13.146/15 que acrescentou o art. 1783 A⁸⁸⁵ no Código Civil. Não há regulamentação do rito no Código de

⁸⁸² França. **Code Civil, version consolidée au 3 janvier 2018**. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926>.

Acesso em: 26 jan. 2018. “*Article 415. Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l’intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l’autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique.*” Em tradução livre: “As pessoas maiores recebem a proteção à sua pessoa e a seus bens conforme o seu estado ou a situação exigir, segundo as modalidades previstas neste título. Esta proteção é estabelecida e assegurada no respeito das liberdades individuais, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa. Ela tem por finalidade o interesse da pessoa protegida. Ela deve favorecer, na medida do possível, a autonomia dessa pessoa. Essa proteção é um dever da família e da sociedade.”

⁸⁸³ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convention sur la protection internationale des adultes, 2000**. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/ff70a94c-d526-422f-9d4a-23e091c479b5.pdf>> Acesso em: 26 jan. 2018. No Relatório do Parlamento à Comissão Europeia sobre a importância da Convenção, extrai-se o conceito de adulto vulnerável utilizado: “K. Considerando que um adulto vulnerável é uma pessoa que atingiu a idade de 18 anos e que, devido a uma alteração ou insuficiência das suas faculdades pessoais, não está em condições de zelar pelos seus próprios interesses (assuntos pessoais e/ou propriedade pessoal) de forma temporária ou permanente;” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. **Relatório que contém recomendações à Comissão Europeia sobre a proteção dos adultos vulneráveis de 3 de abril de 2017**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0152+0+DOC+XML+V0//PT#top>> Acesso em: 26 jan. 2018.

⁸⁸⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016, p. 248.

⁸⁸⁵ “Art. 1783 A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. §1º. Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar §2º. O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo. § 3º. Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. § 4º. A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. § 5º. Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar

Processo Civil. Esse procedimento é destinado às pessoas capazes que necessitem algum apoio de terceiros para a decisão, mas sem afastar a pessoa desse processo. Não há a substituição do sujeito, mas sua integração na medida de suas possibilidades e necessidades. O direito de decidir das pessoas com deficiência tem sido uma luta e objeto de campanhas mundiais sobre o tema,⁸⁸⁶ tem sua conquista se concretizado justamente no art. 12 da Convenção que se transformou, no plano interno, dentre outras formas, na tomada de decisão apoiada.

O modelo brasileiro teria se inspirado no modelo italiano da *amministrazione di sostegno*,⁸⁸⁷ introduzida, naquele sistema, pela Lei n. 6 de 9 de janeiro de 2004, que modificou o Código Civil italiano. Nos termos de seu art. 1º, tem como finalidade tutelar, com a menor limitação possível da capacidade de agir, a pessoa privada, em parte, de sua autonomia para funções da vida cotidiana, mediante intervenções de sustento temporária ou permanente.⁸⁸⁸ Também, em outros ordenamentos, pode-se perceber uma tendência à adoção de procedimentos alternativos à curatela, como no caso da austríaca *Sachwalterschaft*, da alemã *Betreuung*,⁸⁸⁹ e

que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. § 6º. Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. § 7º. Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. § 8º. Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. § 9º. A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. § 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. § 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁸⁶ Vide INCLUSIÓN INTERNACIONAL. Independiente. Pero No Sólo. **Informe Mundial sobre El Derecho a Decidir**. London: Inclusion Internacional. Londres, 2014. Disponível em: <<http://corporacionsindromedownload.org/portal/wp-content/uploads/2014/08/INDEPENDIENTE-PERO-NO-SOLO-web.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁸⁸⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52.

⁸⁸⁸ ITÁLIA. **Legge 9 gennaio 2004**, n. 6. “Art. 1º. 1. *La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.*” Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04006l.htm>>. Acesso em: 25 out. 2017. Em tradução livre: “A presente lei tem como finalidade de tutelar, com a menor limitação possível da capacidade de agir, das pessoas privadas no todo ou em parte de autonomia no desempenho das funções do cotidiano, mediante intervenção de apoio temporário ou permanente.”

⁸⁸⁹ REQUIÃO, Maurício. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>>. Acesso em: 26 out. 2017.

no Código Civil argentino, com os denominados *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad*.⁸⁹⁰

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária em que a própria pessoa se dirige ao Poder Judiciário, como ato personalíssimo,⁸⁹¹ indicando duas pessoas da sua confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisões, conforme definido em termo em que conste os limites desse apoio e o prazo do compromisso. Como o procedimento é de reforço à autonomia, sem substituição do sujeito, o requerimento poderá ser dirigido também à realização de atos existências.⁸⁹²

A indicação de duas pessoas para o exercício da função, em que pese ter como escopo uma maior proteção ao apoiado, acaba por dificultar e burocratizar o procedimento em comparação com o instituto da curatela.⁸⁹³ Em face da omissão legislativa, esse suporte pode ser conjunto/compartilhado, o que implicaria o exercício reunido das responsabilidades pelos apoiadores ou conjunto/fracionado, o que permitiria uma divisão de tarefas,⁸⁹⁴ facilitando a

⁸⁹⁰ ARGENTINA. **Código Civil**. Ley 26.994. Decreto 1795/2014. “*Artículo 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*” Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf> Acesso em: 17 nov. 2017. Em tradução livre: “Art. 43. Conceito. Função. Designação. Entende-se por apoio qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que o precise tomar decisões em relação a si, a seus bens ou à realização de atos jurídico em geral. As medidas de apoio têm a função de promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos. O interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança par que lhe preste apoio. O juiz deve avaliar o alcance da designação e procurar a proteção da pessoa em caso de possíveis conflitos de interesse ou influência indevida. A decisão deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e, se necessário, ser inscrita no Registro de Pessoas Naturais.”

⁸⁹¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 619.

⁸⁹² Nesse sentido também MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 620.

⁸⁹³ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53.

⁸⁹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica**

desburocratização do instituto. Embora não se aplique diretamente o art. 1.735 do Código Civil⁸⁹⁵ na indicação daqueles que não podem exercer a tutela, o juiz, no caso concreto, deverá compatibilizar as características dos escolhidos para que possam melhor desempenhar seus papéis.

O Código regulamenta o procedimento de afastamento dos apoiadores no caso de negligência, de exercer pressão indevida ou, ainda, de não adimplir as obrigações assumidas, ocasião em que poderá a pessoa apoiada, ou qualquer outra, apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao Judiciário. De todo o modo, a qualquer momento, tanto a pessoa apoiada quanto a apoiadora poderão se desvincular do procedimento, dirigindo pedido nesse sentido à autoridade judicial. O Código prevê a aplicação subsidiária dos dispositivos que regulamentam a curatela, especialmente quanto à prestação de contas.⁸⁹⁶

Alguns autores expressam preocupação em relação à judicialização do procedimento de tomada de decisão apoiada e sua formalidade em relação à escolha de dois apoiadores para o ato.⁸⁹⁷ Melhor seria a solução encontrada no Direito argentino que faculta a possibilidade de recursos extrajudiciais.⁸⁹⁸ Em relação à viabilidade de flexibilização da curatela, inclusive com a possibilidade para pessoa capaz, a tomada de decisão apoiada não se revela procedimento mais simples quando com aquela comparada.⁸⁹⁹ A grande vantagem do instituto realmente não é de ordem prática, mas de valorização da pessoa com alguma vulnerabilidade no ordenamento jurídico, abandonando um espaço de “não-consideração” jurídica a respeito de sua condição

e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 621.

⁸⁹⁵ “Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor; III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores; VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁹⁶ “Art. 1.783 A. [...]§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002.

Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁸⁹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: Uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52.

⁸⁹⁸ ARGENTINA. **Código Civil**. Ley 26.994. Decreto 1795/2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁸⁹⁹ Alguns autores diferenciam o procedimento apenas para pessoas capazes e a curatela para pessoas incapazes, vide FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 341.

humana.⁹⁰⁰ Para esse procedimento, resta claro que não poderá haver qualquer limitação na capacidade. Além disso, a tomada de decisão apoiada não implica alteração no registro civil,⁹⁰¹ o que poderá ser interessante para preservar o interesse da pessoa no resguardo a sua privacidade.

Para Nevares e Shreiber, melhor teria sido a inspiração no instituto do *sauvegarde de justice* do Direito francês, que possibilita procedimento judicial ou extrajudicial, diretamente no Ministério Público.⁹⁰² No procedimento francês, expressamente se consigna a conservação do exercício de seus direitos pela pessoa protegida, sendo interessante mencionar que a invalidez apenas será declarada quando for necessária a atuação de um mandatário especial; de outro modo, seria possível o recurso ao instituto da lesão.⁹⁰³

Em relação aos aspectos de validade do negócio jurídico realizado sob esse procedimento, mister salientar que a lei expressamente a consigna e dispõe a respeito de sua eficácia perante terceiros (art. 1.783 A, §4º),⁹⁰⁴ abandonando qualquer viés de que os atos

⁹⁰⁰ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 269.

⁹⁰¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 624-625.

⁹⁰² FRANÇA. **Code Civil, version consolidée au 3 janvier 2018**. “Art. 434. *La sauvegarde de justice peut également résulter d'une déclaration faite au procureur de la République dans les conditions prévues par l'article L. 3211-6 du Code de la Santé Publique.*” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926>. Acesso em: 26 jan. 2018. Em tradução livre: “A *sauvegarde de justice* (salvaguarda de justiça) pode também resultar de uma declaração feita ao Ministério Público nas condições previstas pelo art. L -3211-6 do Código de Saúde Pública.”

⁹⁰³ FRANÇA. **Code Civil, 1804**. Disponível em: <http://lfil.s3.amazonaws.com/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf> Acesso em: 24 jan. 2018. “Art. 435. *La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437. Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.*” Esse artigo foi modificado pela reforma do Código Civil - Ordonnance nº2016-131 du 10 février 2016. Em tradução livre: “A pessoa sujeita à salvaguarda de justiça conserva o exercício de seus direitos. No entanto, não pode, sob pena de nulidade, realizar um ato para o qual um mandatário especial foi designado conforme artigo 437. Os atos ou contratos praticados durante a medida podem ser rescindidos por simples lesão ou reduzida a obrigação em caso de excesso, mesmo que eles possam ser anulados com base no art. 414-1. Os tribunais devem levar em consideração notadamente a utilidade da operação, a importância ou o conteúdo do patrimônio da pessoa protegida e a boa ou má-fé do cocontratante.” Vide GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**: Les personnes. Paris: LGDJ, 1989, p. 501. A autora comenta o dispositivo na vigência anterior, salientando que a tutela por meio da lesão levaria à rescisão do contrato ou a sua redução.

⁹⁰⁴ “Art. 1.783 A. [...] § 4º. A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.

praticados por pessoa com deficiência não seriam válidos ou que seriam proferidos por pessoa desprovida de capacidade jurídica. Tanto há capacidade que não há lugar para aplicação do art. 166, I e art. 171, I do Código Civil.

Veja-se que o § 5º do art. 1.783 do CC dispõe que o terceiro com que a pessoa apoiada realize o negócio jurídico poderá solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo, especificando sua função quanto ao apoiado. Esse dispositivo visa à proteção do cocontratante quanto ao reconhecimento de que foram seguidos os procedimentos para compensar a vulnerabilidade da pessoa apoiada, afastando eventual nulidade ou ineficácia do negócio por incompatibilidade à ordem pública ou em relação a um dever mais específico de proteção como de informação para a pessoa com vulnerabilidade. Não se trata de suprir validade em razão de aspecto relacionado à capacidade do agente, pois em relação ao terceiro o ato é, em princípio, sempre válido. Esse artigo reforça a premissa, defendida nesta tese, de que a teoria da invalidade do negócio jurídico ganha novos contornos para resguardar os vulneráveis, como será analisado no capítulo seguinte e não trata a expressão da vontade do sujeito como condição de validade.

Neves e Schreiber apontam que tal procedimento poderia levar a que a tomada de decisão apoiada se revestisse de uma disfarçada assistência, tornando praxe o procedimento a justificar a ‘suspeita’ daqueles que contratam com deficiente, ou ainda, estimular que terceiros incentivem deficientes a promoverem tal mecanismo.⁹⁰⁵ Embora os autores assinalem, com razão, eventual risco que o dispositivo poderá causar, não há como desconsiderar que o seu fundamento de ser está justamente no reconhecimento da vulnerabilidade jurídica desse grupo social. A diferença está que, na assistência, o mecanismo é obrigatório enquanto que, na tomada de decisão apoiada, é facultativo para os deficientes.

Aliás, quanto a esse aspecto, importante considerar a possibilidade de um diálogo de fontes para viabilizar a adoção da tomada de decisão apoiada para outros grupos vulneráveis, como idosos, pessoas com dificuldade de locomoção, limitadas por sequelas de acidente vascular cerebral ou que estão em fase inicial de Alzheimer.⁹⁰⁶ Como instrumento que reforça

406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁹⁰⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53-54.

⁹⁰⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 619.

a autonomia das pessoas, poderá ser preferido em relação ao procedimento de curatela ou mesmo substituir figuras clássicas como o mandato, por denotar maior controle judicial. Destarte, a própria natureza do procedimento como de jurisdição voluntária reforça a ampla liberdade interpretativa a que está sujeito o instituto.

Diferentemente da assistência, a vontade que prevalece é a do sujeito submetido ao procedimento, nem que, para isso, tenham que serem destituídos os apoiadores. Mas se essa vontade, de alguma forma, agravar a sua vulnerabilidade não será sequer o caso de tomada de decisão apoiada, conforme avaliação jurídica com apoio em parecer de equipe multidisciplinar. Concorde-se com relevante crítica de Nevares e Schreiber de que a legislação promoveu uma reforma restrita no regime de incapacidades, gerando “um resultado fraturado em que os conceitos tradicionais do Direito Civil foram excepcionados de modo casuístico, sem a efetiva e necessária reformulação,”⁹⁰⁷ ou ainda que poderia ter conferido maiores garantias de proteção contra as práticas do mercado, como cláusulas abusivas ou modalidades de consentimento esclarecido.⁹⁰⁸

Esse justamente é o propósito desta tese, demonstrar que o regime de incapacidade merece uma reformulação que se inicia com as pessoas com deficiência, mas que deve alcançar também figuras tão tradicionais como os pródigos, ébrios, indígenas. No entanto, não há como negar o enorme avanço promovido pela Convenção e o Estatuto das Pessoas com Deficiência, tratando de corrigir um grande estigma no regime de incapacidade civil e na história desse grupo na sociedade.⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54.

⁹⁰⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016, p. 235.

⁹⁰⁹ Vide LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015, p. 23 et seq.

3.1.2 Vulnerabilidade e diversidade “por fatores sociais e econômicos”

3.1.2.1 Indígenas

Ao se referir aos indígenas, o Código Civil remete à legislação específica.⁹¹⁰ Para tratar do tema, apenas o já referido Estatuto do Índio – Lei 6.001/1967. Esta lei, influenciada pela política integracionista, dividia os índios em integrados e não-integrados. Os integrados gozariam do regime geral de capacidade. O índio não integrado estaria sujeito ao regime de tutela, exercido pela FUNAI, considerando nulos os negócios por ele praticados sem a participação da autarquia.

Essa visão estava de acordo com o modelo evolucionista adotado por instrumentos internacionais, como a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 107 de 1957. Posteriormente, essa Convenção foi substituída pela Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, nº 169 da OIT,⁹¹¹ com especial ênfase ao empoderamento dos povos indígenas, que deverão participar das políticas públicas que os atingem,⁹¹² e para o reconhecimento da diversidade cultural. Com essa mesma visão, merece ser ressaltada a Agenda 21 (ONU/1992), documento elaborado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada no Rio de Janeiro em 1992. Um capítulo inteiro desse documento foi dedicado para “o reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades.”⁹¹³

⁹¹⁰ “Art. 4º. [...] Parágrafo único: A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018:

⁹¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 169, de 1989**. Disponível em:

<<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20C2%BA%20169.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018. Ratificada pelo Brasil pelo Decreto Presidencial nº 5.051 de 19 de abril de 2004.

⁹¹² “Artigo 7º. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. [...]” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 169, de 1989**. Disponível em:

<<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20C2%BA%20169.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁹¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992**. Agenda 21. Cap. 26. Disponível em

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

No âmbito internacional, merece destaque a Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas de 2007, com intensa participação de lideranças das comunidades.⁹¹⁴ Em relação ao tema da igualdade, destaca a relação entre igualdade e diferença, como fica evidenciado no Preâmbulo, condenando, ademais, qualquer teoria evolucionista:

Afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais.

.....
 Afirmando ainda que todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendem alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas.⁹¹⁵

Na América, a Organização dos Estados Americanos (OEA) tem se dedicado ao tratamento dos povos indígenas em múltiplas resoluções da Assembleia Geral, enfatizando a necessidade de uma Declaração Interamericana sobre essa temática.⁹¹⁶ A Comissão Interamericana tem reforçado sua atenção nessa área por meio de seus relatórios,⁹¹⁷ e a Corte Interamericana já se pronunciou sobre violações de direitos humanos dos povos indígenas, dentre elas, especificamente sobre o reconhecimento de personalidade jurídica dos membros da comunidade.⁹¹⁸

No Brasil, a Constituição rompeu com o modelo integracionista, reconhecendo a diversidade étnica e autodeterminação do povo indígena. Muito embora o Estatuto do Índio já

⁹¹⁴ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Direitos humanos dos povos indígenas. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 388.

⁹¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007**. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁹¹⁶ Vide ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Povos Indígenas**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/topicos/povos_indigenas.asp>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁹¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatoria sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁹¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidade Indígena de Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Extrai-se do documento: “A Corte tem considerado que o conteúdo próprio do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é que se reconheça a pessoa em qualquer parte como sujeito de direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais, o que implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e de deveres; a violação daquele reconhecimento supõe desconhecer em termos absolutos a possibilidade de ser titular dos direitos e deveres civis e fundamentais [Cf. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, par.179; Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par.69, e Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, par.87.).” Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

tivesse estabelecido uma identidade cultural, houve o rompimento com a visão anterior e o seu reconhecimento como direito fundamental.⁹¹⁹ Conforme assevera Albuquerque, não é mais o índio que necessita entender e incorporar-se à sociedade, mas a sociedade é que deve buscar os valores e concepções étnicas de cada grupo pertencente ao Estado brasileiro.⁹²⁰

Assegura-lhes, assim, o direito de manterem seus costumes e identidade cultural, conforme previsto no artigo 231 da Constituição:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.⁹²¹

Não há mais, como no modelo integracionista, duas categorias de índios. Todo indivíduo que se reconhece como índio e que é reconhecido, por um povo ou comunidade indígena como um de seus membros, é índio. Pouco importa avaliações de quem quer que seja sobre o modo de vida, uso de roupas e outros elementos, identificados como característicos da sociedade moderna, pelos índios, para, a partir disso, decidir quem é índio de *verdade* e quem é índio integrado.⁹²²

No artigo constitucional referido, há expressa menção ao direito à demarcação de terras. Embora reconhecido constitucionalmente e em tratados internacionais,⁹²³ vem sofrendo omissão do Estado, conforme aponta a doutrina:

De fato, o Poder Executivo permanece leniente com reiteradas práticas de ações contra indígenas, inerte quanto ao seu dever de proteger os índios, suas comunidades e culturas próprias, e, sobretudo, omissão com relação ao dever de identificar e demarcar terras indígenas.⁹²⁴

⁹¹⁹ BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito à diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na Constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, jul. /dez. 2007, p. 51.

⁹²⁰ ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008, p. 225.

⁹²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁹²² BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito à diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na Constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, jul. /dez. 2007, p. 46.

⁹²³ Além da Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (UNESCO, 1978), a Declaração de Princípios de Tolerância (UNESCO, 1995), a Convenção OIT 169 (1989), a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU, 1992) e a Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007). SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Direitos humanos dos povos indígenas. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 384.

⁹²⁴ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Direitos humanos dos povos indígenas. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 392.

Nesse sentido, as discussões têm sido direcionadas para o Supremo Tribunal Federal,⁹²⁵ destacando-se ainda a constante ameaça ao território indígena por parte de setores governamentais.⁹²⁶

No que tange ao tema da capacidade, a Constituição trouxe significativa modificação:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Previu a Constituição capacidade processual. A doutrina salienta que essa capacidade já existia no Estatuto do Índio para a comunidade para a defesas de seus direitos, mas não de forma individual.⁹²⁷ E, ao prever capacidade processual, abandona qualquer resquício de incapacidade civil.⁹²⁸ A capacidade processual diz respeito “à aptidão de praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação.”⁹²⁹

A capacidade processual, embora seja tratada por alguns processualistas como se fosse a capacidade de ser parte, dela é diferente substancialmente, porque se caracteriza pela

⁹²⁵ Recentemente, foi negada liminar no Mandado de Segurança pelo Relator Min. Edson Fachin em que se discute o caso do grupo indígena Naruvôtu relativamente à Terra Indígena Pequizar do Naruvôtu – BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 34206, Impetrante Município de Gaúcha do Norte, Impetrado: Presidente da República (ainda pendente de julgamento). O caso mais famoso foi o Raposa do Sol. Vide BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pet 3388, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto, Requerido: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, julgado em 19/03/2009, DJe-181 Divulg 24-09-2009, Public 25-09-2009. Republicação: Dje-120 Divulg. 30-06-2010, Public. 01-07-2010, Ementa Vol-02408-02, p-00229 RTJ Vol-00212-01, p-00049.

⁹²⁶ Nesse contexto, em outubro de 2017, foi divulgada notícia de que seria editada Medida Provisória para autorizar arrendamento em terras indígenas. A notícia causou protestos por vários setores da sociedade civil nacional e internacionalmente. Vide Temer prepara Medida Provisória que vai liberar terras indígenas para ruralistas. **Revista Forum**. 04 out. 2017. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/2017/10/04/temer-prepara-medida-provisoria-que-vai-liberar-terras-indigenas-para-ruralistas/>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁹²⁷ BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito à diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na Constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, jul. /dez. 2007, p. 52. Conforme explicam os autores: “Expressa e explicitamente pelo menos desde 1973, com o advento do Estatuto do Índio, as comunidades indígenas são tratadas como sujeitos coletivos de direito, no qual são reconhecidas sua existência de direito e sua capacidade processual ativa, independente de qualquer formalismo de constituição em associação e com registro, para que possam recorrer ao Poder Judiciário. Essa digressão é importante para que não se pense que foi a Constituição de 1988 que atribuiu pela primeira vez capacidade processual às comunidades indígenas.”

⁹²⁸ Em sentido contrário, vide LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro**: Subsídios à sua doutrina São Paulo: LTr, 1996, p. 29. Nas palavras do autor, “tal dispositivo não implica a revogação da tutela, posto que esta interpretação corresponde a verdadeiro abandono das populações indígenas à própria sorte [...]. Sem nenhum prejuízo da relativa capacidade em vigor, perfeitamente recepcionada pela nova ordem jurídica constitucional, o que se verifica é uma legitimação anômala, *legitimatío ad processum*, conferida aos índios individual ou coletivamente e suas organizações, para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses.” Ainda BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito à diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na Constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, jul. /dez. 2007, p. 63.

⁹²⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 17 ed. Salvador: Jus Podivum, 2015, p. 316.

possibilidade de alguém estar pessoalmente em juízo, sem que seja legalmente representado pelos pais, tutor ou curador, ou, em outras espécies, por pessoas indicadas pela lei, tais como, e.g., síndico, administrador de condomínio, inventariante.⁹³⁰ Entende-se, por esse motivo, por revogado os dispositivos que tratam da incapacidade dos índios na legislação infraconstitucional.⁹³¹

Isso não significa que não se deva considerar especial atenção a esse grupo. É imperioso refletir sobre a sua peculiar situação de vulnerabilidade a reclamar por vezes a interferência da FUNAI, como, por exemplo, na persecução criminal do índio, na forma decidida pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹³² É certo que a Constituição não menciona diretamente a FUNAI nos artigos dedicados aos índios, em razão das falhas históricas da autarquia,⁹³³ mas, ainda assim, esse órgão tem representado papel institucional importante, reconhecido por legislações posteriores, como a Lei 12.010/09 sobre adoção⁹³⁴ e pelo Poder Judiciário.⁹³⁵ A Defensoria

⁹³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das incapacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, jul./set. 2000, p. 23-24.

⁹³¹ CAVALCANTI, Fábio da Costa. A capacidade civil e a culpabilidade penal dos indígenas em face da Constituição de 1988. **AGU. S/D**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/650578>>. Acesso: 18 maio 2017.

⁹³² Ementa: “Mandado de Segurança. Recurso. Ação Penal. Indígena. Assistência da Funai. Índio denunciado por crime de toxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado. Habeas-corpous, Mandado de Segurança e Apelação, concomitantes, para reformar o indeferimento de assistência e liberdade provisória, e contra a condenação respectivamente. Mandado de Segurança que se conhece, pois, o indeferimento da assistência pleiteada pela FUNAI constitui ato administrativo para quem não é parte, dispensando a exigência de inexistência de recurso com efeito suspensivo. Apuração da condição de indígena que deve observar a inteligência constitucional (art. 231 CF) e que não cabe à jurisdição criminal. Aferição do direito à assistência legal (art. 11-B, § 6º L.9.028/95) pela autarquia fundacional que compete à Justiça Federal. Recurso em mandado de segurança provido para anular o processo da ação penal desde a denúncia, bem como da sentença e do acórdão, pondo-se o réu em liberdade e remetendo-se os autos à Justiça Federal.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 30.675/AM, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Recorrente: FUNAI, Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011.

⁹³³ BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito à diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, jul. /dez. 2007, p. 63.

⁹³⁴ “Art. 28. [...] § 6º. Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.” BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁹³⁵ Ementa: “Recurso Especial. Constitucional. Civil. Direito indígena. Colocação de menor indígena em família substituta. Previsão de intervenção obrigatória da FUNAI no processo. Necessidade de demonstração do prejuízo para que a nulidade seja decretada. Não ocorrência no caso dos autos. Criança inserida há quatro anos em família comum. Constituição de laços afetivos. Recurso improvido. 1. No inciso III do § 6º do art. 28 da Lei 8.069/1990 (ECA), introduzido pela Lei 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção), está disciplinada a obrigatoriedade de participação do órgão federal de proteção ao indígena, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI -, além de antropólogos, em todos os procedimentos que versem sobre a colocação do menor indígena em família substituta, seja por meio de guarda, tutela ou adoção. 2. A intervenção da FUNAI nesses tipos de processos é de

Pública da União, atenta a vulnerabilidade atinente à condição indígena, possui Grupo de Trabalho específico para tratar do tema,⁹³⁶ reconhecendo vulnerabilidade própria dessa comunidade.

Com olhar para essa diferença, mas sem se descuidar da especial vulnerabilidade dos indígenas, o Superior Tribunal de Justiça bem analisou caso envolvendo assistência à saúde. De relatoria do Min. Benjamin, faz referência expressa à condição de hipervulnerabilidade. Extrai-se um excerto do julgado:

Processual Civil e Administrativo. Ação Civil Pública. Proteção dos índios. Assistência à saúde. Ministério público. Legitimidade ativa *ad causam*. Interpretação de normas de proteção de sujeitos hipervulneráveis e de bens indisponíveis. Lei 8.080/90 e decreto federal 3.156/99. Súmula 126/STJ Art. 461 do CPC. Multa contra a fazenda pública. Possibilidade.

.....
7. O *status* de índio não depende do local em que se vive, já que, a ser diferente, estariam os indígenas ao desamparo, tão logo pusessem os pés fora de sua aldeia ou Reserva. Mostra-se ilegal e ilegítimo, pois, o *discrímen* utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde, ou seja, a distinção entre índios aldeados e outros que vivam foram da Reserva. Na proteção dos vulneráveis e, com maior ênfase, dos hipervulneráveis, na qual o legislador não os distingue, descabe ao juiz fazê-lo, exceto se for para

extrema relevância, porquanto os povos indígenas possuem identidade social e cultural, costumes e tradições diferenciados, tendo, inclusive, um conceito de família mais amplo do que o conhecido pela sociedade comum, de maneira que o ideal é a manutenção do menor indígena em sua própria comunidade ou junto a membros da mesma etnia. A atuação do órgão indigenista visa justamente a garantir a proteção da criança e do jovem índio e de seu direito à cultura e à manutenção da convivência familiar, comunitária e étnica, tendo em vista que a colocação do menor indígena em família substituta não indígena deve ser considerada a última medida a ser adotada pelo Estado. 3. A adoção de crianças indígenas por membros de sua própria comunidade ou etnia é prioritária e recomendável, visando à proteção de sua identidade social e cultural. Contudo, não se pode excluir a adoção fora desse contexto, pois o direito fundamental de pertencer a uma família sobrepõe-se ao de preservar a cultura, de maneira que, se a criança não conseguir colocação em família indígena, é inconcebível mantê-la em uma unidade de abrigo até sua maioridade, sobretudo existindo pessoas não indígenas interessadas em sua adoção. (...).” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1566808/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Recorrente: Neyla Ferreira Mendes, Recorrido: Ministério Público do Mato Grosso do Sul, julgado em 19/09/2017, DJe 02/10/2017.

⁹³⁶ A regulamentação do Grupo foi publicada na Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018, que revogou as disposições anteriores. “Art. 3º. [...]II – Ao Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas: 1. promover a defesa dos interesses de comunidades indígenas; 2. fomentar a educação em direitos indígenas; 3. identificar as dificuldades políticas e processuais à certificação e à titulação de terras indígenas; 4. Salvarguardar os direitos dos índios em situação de prisão; 5. atuar na defesa de comunidades impactadas por grandes empreendimentos, desde que envolvidos interesses de comunidades indígenas. 6. contribuir na elaboração de políticas públicas de assistência jurídica às comunidades indígenas;” BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2018/41200-portaria-gabdpgf-dpgu-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-dpu-e-revoga-a-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-por-meio-da-qual-regulamentou-as-atividades-as-atividades-dos-grupos-de-trabalho-vinculados-a-dpu>>. Acesso em: 10 fev. 2018. Extrai-se: do sítio eletrônico da instituição: “O Grupo de Trabalho Indígenas discute em outras instâncias do Poder Público o acesso desse segmento da população a seus direitos. Além disso, a DPU tem projetos itinerantes. Neles, a instituição visita várias comunidades para prestar atendimento à população, incluindo os indígenas.” BRASIL. Defensoria Pública da União. Grupos vulneráveis: indígenas. Disponível em: <www.dpu.def.br> Acesso em: 25 set. 2017. A regulamentação

ampliar a extensão, o grau e os remédios em favor dos sujeitos especialmente amparados.⁹³⁷

Assim, embora se possa superar o paradigma da incapacidade dos “silvícolas”, por expressa disposição da Constituição Federal, não há como não ter especial atenção para a vulnerabilidade dos indígenas a merecer tratamento protetivo do Direito Privado, sempre com o olhar para as peculiaridades inerentes a esse grupo social. É justamente com esse propósito que se justifica a intervenção da FUNAI. Os princípios de proteção ao vulnerável e as cláusulas gerais do Código Civil orientarão o intérprete à melhor solução jurídica que leve em conta as diferenças atinentes a respeito dos sujeitos integrantes das comunidades indígenas.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.675⁹³⁸ bem expressou esse posicionamento, no voto da lavra do Min. Dipp, na íntegra do acórdão:

De fato, o Estatuto do Índio, foi concebido e editado ao tempo da Constituição anterior tendo recebido da legislação infraconstitucional civil alguns conceitos que mais tarde foram clara e sistematicamente rejeitados pelo texto constitucional atual e até mesmo pelo próprio Código Civil de 2002.

Ou seja, atualmente não se cuida mais de tutela como mecanismo de proteção e gradativa integração do índio à sociedade, do mesmo modo que a assistência que o órgão indigenista exerce não é a de atuação em suprimimento da incapacidade civil, nem se cuida de integrá-lo à sociedade.

Em outros termos, não se trata mais do pressuposto de incapacidade para definir a intervenção da FUNAI.

Hoje, a designação de índios integrados, ou em vias de integração ou isolados constitui quando muito metodologia interna da instituição para definição de suas políticas públicas.

Por consequência, tecnicamente, não se fala mais em índio dessa ou daquela condição de integração, mas simplesmente em índio ou não índio. E para a definição da condição de índio, a antropologia e a lei dão critérios para os quais é irrelevante o grau de integração.

Recentemente, adotando normativo da Convenção OIT 169 o Estado brasileiro (Decreto nº 5.051, DO de 20.04.2004) acolheu formalmente, como critério de identificação, a autoidentificação, de tal modo que, para fins legais, é indígena quem se sente, se comporta ou se afirma como tal, de acordo com os costumes, organização, usos, língua, crenças e tradições indígenas da comunidade a que pertença.

⁹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1064009/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Fundação Nacional de Saúde e União, Recorrido: Ministério Público Federal, julgado em 04/08/2009, DJe 27/04/2011.

⁹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RMS 30.675/AM, Recorrente: Fundação Nacional do Índio, Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011.

Como deixa claro o julgamento, não há mais espaço para a exclusão promovida pelo instituto da incapacidade civil, que afasta o sujeito da participação dos atos na sociedade. A definição de indígena deve obedecer aos parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos, reconhecendo a diversidade e tutelando vulnerabilidades, na medida em que se apresentem como pressuposto de tutela à pessoa e aos direitos coletivos dos povos indígenas.

3.1.2.2 Mulheres

Outro grupo que era tratado como incapaz no Código Civil de 1916 era as mulheres, no caso, as mulheres casadas. A preocupação de proteção das mulheres solteiras estava, por exemplo, na legislação que atribuía pensão em caso de falecimento do ascendente (pai), já que não etariam sob a tutela do marido.⁹³⁹ De acordo com Duprat, “a esfera da justiça – desde Hobbes, passando por Locke e chegando a Kant – é vista como o domínio de chefes de família masculinos, responsáveis por criar as bases legítimas da ordem social. À mulher, foram confiadas as tarefas da criação, da reprodução, do amor e do cuidado, desenvolvidas no âmbito doméstico.”⁹⁴⁰ O Estado, complementa a autora, “tem um papel fundamental na reprodução dessa divisão de gêneros, especialmente pelas prescrições que são inscritas no Direito de Família.”⁹⁴¹ O lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não-lugar.⁹⁴² Como aponta Kaufman, não existe outra categoria humana que tenha sido tratada de modo tão diferente durante tanto tempo.⁹⁴³ No mesmo sentido, Fachin: “a história da exclusão da mulher e da sua desqualificação jurídica, é a história da supremacia de uma certa linhagem.”⁹⁴⁴

Foi no âmbito da família que se justificou a incapacidade da mulher casada. Se a sociedade conjugal tinha um chefe, e esse era o cônjuge masculino, como permitir vontades antagônicas na direção da família? Essa incapacidade também se justificava na invisibilidade

⁹³⁹ Vide, como exemplo, BRASIL, Lei n. 3.765, de 04 de maio de 1960, art. 7º, na redação originária. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3765.htm.> Acesso em: 20 março 2018.

⁹⁴⁰ DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-164.

⁹⁴¹ DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 164

⁹⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara et al (Corrd.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003, p. 156. Apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96.

⁹⁴³ KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares: Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 67.

⁹⁴⁴ FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 181. E complementa o autor: “O sistema tem uma linhagem que é a do sujeito masculino, espelhada nos Manuais de Direito Civil. ”

da mulher na sociedade. Foi dentro da família que a inferioridade da mulher foi acentuada por meio do estabelecimento do *status* de incapacidade.⁹⁴⁵

Desse papel histórico, advém as principais reivindicações das mulheres, em relação ao tratamento jurídico do gênero,⁹⁴⁶ por exemplo, o reconhecimento da violência doméstica, os direitos da mulher no mercado de trabalho e a participação no cenário político-institucional.⁹⁴⁷ Apenas em 2006,⁹⁴⁸ o Brasil adotou uma legislação específica a respeito da violência no ambiente doméstico, tratada até então como assunto interno da família, mesmo pelo Poder Judiciário, em função da preservação da unidade familiar.

Em relação à participação da mulher no mercado de trabalho, embora a Constituição tenha assegurado uma série de direitos, a realidade ainda demonstra que as mulheres ocupam menos cargos de direção e ganham salários mais baixos em comparação com os homens.⁹⁴⁹ Foi um longo processo histórico para o reconhecimento do exercício de profissões pela mulher, tida como incapaz para o desempenho de qualquer atividade além daquilo que os franceses chamam *affaire de ménage*.⁹⁵⁰ Recentemente, foi divulgado um contrato de professora de 1923, cujas cláusulas referiam sobre a proibição de casamento, restar em casa entre as 20h e 6h e não andar na companhia de homens.⁹⁵¹ As mulheres casadas que se dedicavam ao magistério, deveriam

⁹⁴⁵ BRUN, Anne-Sophie; GALLIARD, Camille. La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée: évolution historique de 1804 à nos jours. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit.** Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 149.

⁹⁴⁶ Por gênero se entende o “sistema de signos e símbolos, representações, normas, valores e práticas que transforma as diferenças sexuais entre os seres humanos em desigualdades sociais, organizando as relações entre homens e mulheres de maneira hierárquica, valorizando o masculino como superior ao feminino.” ZAVALA DE COSIO, María Eugenia. Impacto sobre al fecundidad de los cambios en el sistema de género. Apud DOMÍNGUEZ, Andrés Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, María. **Derecho constitucional de familia.** Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 362.

⁹⁴⁷ DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015, passim.

⁹⁴⁸ Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, resultado do caso levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em que foi reconhecido a violação de direitos humanos sofridos por Maria da Penha Fernandes em relação à omissão do Estado por ser vítima de tentativa de homicídio pelo ex-marido. Vide DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 168.

⁹⁴⁹ Vide pesquisa da ONU: “Mulheres ganham 24% menos que homens e ocupam 25% de direção, diz ONU”. MULHERES GANHAM 24% menos que homens e ocupam 25% dos cargos de direção diz ONU. **UOL.** 14 dez. 2015. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/efe/2015/12/14/mulheres-ganham-24-menos-que-homens-e-ocupam-25-de-direcao-diz-onu.htm>>. Acesso em: 27 set. 2017.

⁹⁵⁰ ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 75. No dicionário, a expressão é traduzida por “fazer os trabalhos domésticos” ou “fazer limpeza/faxina”. Interessante observar que há, na língua francesa, o termo “*femme de ménage*” que significa faxineira, responsável pela limpeza. Não há a expressão “*homme de ménage*”. Para isso, utiliza-se a palavra “*employé de ménage*”, como equivalente para faxineiro. PROject MT. **Dicionário-reverso.** Disponível em: <www.dicionario-reverso.net>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁹⁵¹ Vide CONTRATO DE PROFESSORA em 1923 proíbe de casar, frequentar sorveterias e andar com homens. **Jornal O Globo.** 09 jun. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/contrato-de-professora-em-1923-proibia-de-casar-frequentarsorveterias-andar-com-homens-16384742>>. Acesso em: 03 out. 2017.

fazer preferencialmente recebendo os alunos em sua própria casa, pois havia um desprestígio para a mulher casada ter que deixar o lar.⁹⁵²

Outro dado interessante que reforça o estigma feminino no mercado de trabalho diz respeito a um caso, julgado na Espanha em 1987, que teve, como discriminatório, o afastamento das comissárias de voos em idade superior a de seus colegas homens. Vejam-se os argumentos da empresa aérea para a sua atitude

[...] já que se entende que a mulher, por suas condições físicas, aconselha e até impõe, no exercício das funções de auxiliar de voo, uma presença atrativa, que normalmente demanda o pessoal receptor desses serviços e, portanto, umas peculiaridades que não são exigíveis do homem e que, estando em função da idade, aconselham possibilitar a antecipação do fim da mulher em tal serviço.⁹⁵³

A discussão chegou ao Congresso dos Estados Unidos pela afirmação das companhias aéreas de que os executivos seriam desmotivados de tomar aviões se quem lhes servissem café ou verificassem os cintos de segurança não fossem mulheres jovens e magras.⁹⁵⁴ Percebe-se uma divisão de tarefas que acarreta discriminação e distribuição diversas dos recursos, salientando-se que as ocupações femininas são menos remuneradas do que as ditas masculinas.⁹⁵⁵

Além disso essa divisão encobre desigualdades e afeta a distribuição de poderes. Por isso, no espaço político também, as mulheres ocupam muito menos cargos.⁹⁵⁶ Refletindo sobre o tema, esclarece Souza: “Se a variável sexo-gênero é aleatória, não deveria haver tal desproporção, de forma que, se esta ocorre, é em razão de um mecanismo interruptor: a hierarquização de status sexo-gênero.”⁹⁵⁷ Essa hierarquização é enfatizada por Ferreira como

⁹⁵² ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 75.

⁹⁵³ KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares: Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 69. Tradução livre de “*ya que se entiende que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de auxiliar de vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre que, estando em función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio.*” O autor ainda cita casos, nos Estados Unidos e França, em que foram consideradas discriminatórias as contratações de funcionárias exclusivamente do sexo feminino por empresas aéreas.

⁹⁵⁴ Essa afirmação teria sido respondida pela Congressista Martha Griffiths, perguntando-lhes se estavam a cargo de uma empresa aérea ou prostíbulo. Vide KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares: Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 69.

⁹⁵⁵ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, María. **Derecho constitucional de familia**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 365.

⁹⁵⁶ Vide reportagem: “Mulheres só ocupam 13% dos cargos eletivos no país”, Congresso em Foco. UOL. 30 abr. 2015. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/mulheres-so-ocupam-13-dos-cargos-eletivos-no-pais/>> Acesso em: 28 set. 2017.

⁹⁵⁷ SOUZA, Cristiane Aquino. A política da presença para as mulheres. In: _____. (Org.). **Democracia, igualdade e liberdade: Perspectivas jurídicas e filosóficas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 33.

característica da sociedade patriarcal brasileira ao longo da história e que, por essa razão, necessita de mecanismos de correção.⁹⁵⁸

A Constituição previu a igualdade de gênero no âmbito da família,⁹⁵⁹ estabelecendo que a sociedade conjugal é dirigida pelo homem e pela mulher,⁹⁶⁰ e na sociedade. Duprat⁹⁶¹ assinala que apenas “uma relação de igualdade permite a autonomia individual”, sendo que, conforme complementa, esta só é possível se for garantido a cada qual sustentar as suas muitas diferentes concepções do sentido e da finalidade da vida. ” Essa visão de autonomia somente é viável no contexto do pluralismo, permitindo uma concepção múltipla de família.⁹⁶² Como acentua Fachin, o tradicional modelo familiar que instrumentalizava as relações sociais enquanto instituição erigida sobre o matrimônio, o patrimônio e o pátrio poder dá lugar à família nuclear, com foco sobre os sujeitos que nela encontram afetivamente envolvidos.⁹⁶³

Esse ideal também é sustentado por Dias para quem é necessário substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença.⁹⁶⁴ A autora defende certas discriminações, salientando que desconhecer as diferenças pode levar à eliminação das características femininas e conduzir ao reconhecimento do modelo masculino. Não se pode esquecer que o papel do direito também é de normatizar e normalizar as diferenças, reforçando o que a sociedade entende que deva ser o papel da mulher.⁹⁶⁵

⁹⁵⁸ FERREIRA, Maria Mary. Igualdade de gênero e participação política: As contradições do Estado brasileiro. In: SOUZA, Cristiane Aquino (Org.). **Democracia, igualdade e liberdade**: Perspectivas jurídicas e filosóficas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 222.

⁹⁵⁹ Quando se trata da categoria gênero importante a reflexão trazida pela doutrina especializada: “A categoria gênero trata dos sujeitos masculino e feminino, como também das relações entre homens e mulheres, mas especificamente do domínio de um gênero sobre o outro, do masculino sobre o feminino, sobretudo nas sociedades ocidentais contemporâneas,” BASSIT, Ana Zahira; WITTER, Carla. Envelhecimento e gênero. In: FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1538.

⁹⁶⁰ “Art. 226. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 27 dez. 2017.

⁹⁶¹ DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165.

⁹⁶² Vide FACHIN, Melina Girardi. Diversos caminhos do afeto: as uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da cena contemporânea de proteção dos direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240 et seq. e CHAVES, Marianna. A família homoafetiva e a sua tutela jurídica. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 257.

⁹⁶³ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado – problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralítica, **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 23, ago./set. 2011, p. 6.

⁹⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

⁹⁶⁵ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, María. **Derecho constitucional de familia**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 363.

Assim, as políticas afirmativas e de atenção especial à condição de mulher, como a ADI 1946-DF,⁹⁶⁶ ao julgar a inconstitucionalidade do limite dos benefícios previdenciários sobre o salário maternidade, demonstram que é preciso igualar, mas distinguir, com regras e políticas que levem em conta essa busca de igualdade de gênero na sociedade contemporânea. A partir de então, poderá se ultrapassar a afirmação de que “o direito tem gênero,”⁹⁶⁷ com mudanças normativas e também da própria perspectiva do papel dos julgadores.

No Direito Privado, pode ser pontuada a iniciativa de conferir a escritura do imóvel no Programa Minha Casa Minha Vida à mulher como exemplo da necessidade de tutelar um aspecto importante do gênero. A alteração veio com a Lei n. 12.693/12, proveniente da conversão da Medida Provisória n. 561/12, que incluiu o art. 35A na Lei n. 11.977/09, determinando que o título da propriedade do imóvel, no caso de ser adquirido na constância de casamento ou união estável, será em nome da mulher independentemente do regime de bens, salvo se atribuída guarda exclusiva dos filhos ao ex-marido/companheiro.⁹⁶⁸ Tal discriminação, ao contrário de representar retrocessos,⁹⁶⁹ parte da realidade de que a disposição dos bens geralmente está nas mãos masculinas, e a mulher, via de regra, é a encarregada pela criação dos filhos, cuja responsabilidade não é compartilhada igualmente pelo pai.⁹⁷⁰

Outro exemplo é a criação, na Defensoria Pública da União, de um Grupo de Trabalho para as mulheres acusadas de subtração internacional de crianças e alimentos no Direito Internacional Privado.⁹⁷¹ Foi identificado que o processamento de mulheres acusadas de

⁹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 1946, Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, Legitimado: Partido Comunista do Brasil, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003, p.90.

^{967/967} SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico, p. 33. Apud DOMÍNGUEZ, Andrés Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, María. **Derecho constitucional de familia**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 365.

⁹⁶⁸ “Art. 35 A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS. Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido.”

BRASIL. Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁹⁶⁹ Nesse sentido FERRIANI, Adriano. A preferência da mulher no programa Minha Casa Minha Vida.

Migalhas. Campinas. 11 abr. 2012. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI153415,81042->

[A+preferencia+da+mulher+no+Programa+Minha+Casa+Minha+Vida](#)>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 103.

⁹⁷¹ O GT foi criado pela Portaria 907 de 25/11/2013, inicialmente como acesso à justiça gratuita e integral às mulheres vítima de violência processadas por sequestro internacional de crianças da Convenção de Haia, bem como as migrantes nas fronteiras secas, às estrangeiras em situação de prisão e vítima de tráfico internacional de mulheres. Posteriormente, foram criados outros grupos de trabalho específicos para tráfico de pessoas, migrações e refúgio e prisões, de forma que o GT ficou especializado na questão da subtração de crianças. BRASIL. Defensoria Pública da União. Grupos vulneráveis: Mulheres. Disponível em: <www.dpu.def.br>. Acesso em: 25 set. 2017.

sequestro internacional tem se incrementado nos últimos anos, especialmente nas camadas carentes e de classe média baixa. Parte-se da constatação de que aquelas que viajam ao exterior para constituição de novas famílias quando retornam estão em situação de extrema vulnerabilidade diante da possibilidade de serem acionadas via Convenção da Haia, sem conhecimento dos termos do referido tratado⁹⁷² e das consequências de seus atos, tendo sido muitas vezes vítimas de violência doméstica no exterior. Ao desconstituírem os laços familiares que tinham no estrangeiro, essas mulheres encontram adversidades de se manterem nesses países, às vezes de forma ilegal, tendo como único referencial o Estado de origem. Mais recentemente, o Grupo de Trabalho foi remanejado pela Portaria n. 15 de 2018 para ampliar sua atuação, entendendo que as mulheres estariam em situação de desvantagem também em outras esferas na sociedade.⁹⁷³

Mesmo sob a égide da Constituição de 1988, é possível identificar alguns dispositivos que permanecem sob o viés patriarcal do antigo Código Civil. Nesse sentido, o artigo 1.736, I,⁹⁷⁴ que possibilita a escusa da tutela pela mulher casada. A doutrina defende a inconstitucionalidade do dispositivo que traz o ranço do regime de submissão, o qual condiciona a vontade da esposa à vênia do marido.⁹⁷⁵ Outra questão, considerada pela doutrina como

⁹⁷² CONFERÊNCIA DE DIREITO INTERNACIONAL DE HAIA. **Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980**. Disponível em:

<<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>>. Acesso em: 20 jan. 2018. O Brasil internalizou a Convenção por meio do Decreto n. 3.413 de 14 de abril de 2000.

⁹⁷³ “Art. 3º. Art. 3º. Compete ao Grupo de Trabalho Mulheres: I - Atuar no reconhecimento e defesa dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais das mulheres; II - Monitorar ações de discriminação e violação de direitos das mulheres; III - Disseminar o conhecimento do direito universal à educação, à saúde e à proteção previdenciária; IV - Promover a defesa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres; V - Estimular a autonomia econômica da mulher e promover a igualdade no mundo do trabalho, em todas as suas acepções; VI - Fortalecer a participação das mulheres nos espaços de poder e decisão e atuar no enfrentamento e combate à violência contra a mulher; VII - Garantir o direito das mulheres sobre a gestação, com acesso de qualidade à concepção e/ou contracepção; VIII - Promover o debate sobre políticas públicas e atuar na defesa das mulheres presas, das migrantes nas fronteiras secas e das vítimas de tráfico internacional de drogas; IX - Promover a defesa das mulheres processadas por subtração internacional de crianças em decorrência da Convenção de Haia e atuar extraordinariamente nos processos administrativos relacionados, respeitados os princípios do defensor natural e da independência funcional; X - Monitorar os casos relacionados à temática mulheres em trâmite na DPU e consolidar os dados necessários para subsidiar a atuação em âmbito nacional e internacional, judicial ou administrativo.”. As mesmas atribuições foram repetidas pela Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018, que regulamentou todos os grupos de trabalho no âmbito da Defensoria Pública da União. BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2018/41200-portaria-gabdpgf-dpgu-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-dpu-e-revoga-a-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-por-meio-da-qual-regulamentou-as-atividades-as-atividades-dos-grupos-de-trabalho-vinculados-a-dpu>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁹⁷⁴ “Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela: I - mulheres casadas;” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 103 e LÓBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 414. Segundo o autor, “não se

discriminatória, diz respeito à (im)possibilidade de a mulher excluir o nome do marido em caso de viuvez.⁹⁷⁶ Embora sem impedimento legal para tanto, ainda há, por parte da jurisprudência, resistências ao exercício desse direito pela viúva.⁹⁷⁷ No mesmo sentido, relutância para alterar, na certidão de nascimento do filho, o nome da genitora no caso de divórcio.⁹⁷⁸

Assim, é forçoso identificar que, muito embora a Constituição traga o princípio da igualdade, o Código Civil de 2002 tem como paradigma “uma versão melhorada do que prevaleceu no Código Civil de 1916,”⁹⁷⁹ fundada na hierarquia e exercício dos poderes marital e paternal. Dessa forma, é possível apontar resíduos desse antigo modelo no texto do Código Civil de 2002 a exigir um controle interpretativo em conformidade com a Constituição. Dias denuncia, ademais, que muitos dos avanços legislativos não teriam alterado o discurso dos juízes no que se refere à conotação discriminatória em relação ao comportamento das mulheres.⁹⁸⁰ Esse discurso jurídico tende a ser emancipatório, mas em outros momentos pode simplesmente refletir o sentimento discriminatório presente na sociedade.⁹⁸¹

trata de discriminação positiva, pois subjaz a ela o sentido negativo de incapacidade da mulher para exercer certos atos, considerados mais apropriados para o homem.”

⁹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

⁹⁷⁷ Ementa: “Retificação de Registro Civil. Pleito visando a retirada de sobrenome do marido após a viuvez. Ausência de motivo relevante. Ação improcedente. Sentença confirmada. Recurso desprovido.” SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação 9170736-54.2007.8.26.0000; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã - 3. Vara Cível; Apelante: Gislaíne de Cássia Gonçalves, Apelado: Juízo original, Data do Julgamento: 08/06/2011; Data de Registro: 13/06/2011. Em sentido contrário, o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ementa: “Nome. Possibilidade de alteração em face da viuvez. Facultando a lei a alteração do nome quando do fim do casamento pela separação e impondo sua perda por ocasião do divórcio, nada justifica impedir a exclusão do nome quando o casamento finda pela morte do marido. Embargos acolhidos. (8 FLS.).” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70003313384, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Maria Berenice Dias, Embargante: Ministério Público, Embargado: Rosélia de Fraga, Julgado em 08/03/2001, Publicado em 16/03/2001.

⁹⁷⁸ Os tribunais passaram a admitir tal possibilidade a partir do julgamento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. Ementa: “Conversão de separação judicial em divórcio. Supressão do nome de casada. Exceções previstas no art. 25, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 6.515, de 26.12.1977. Cerceamento de defesa. Inocorrência. - Em princípio, cabe ao Tribunal de 2º grau, sopesando os termos do contraditório e os elementos probatórios coligidos nos autos, decidir sobre a necessidade ou não da produção de prova em audiência. - Acórdão recorrido que conclui acarretar a supressão do nome da ex-mulher prejuízo à sua identificação. Matéria de fato. Incidência da Súmula nº 7-STJ. Preservação, ademais, do direito à identidade do ex-cônjuge. - Distinção manifesta entre o sobrenome da mãe e o dos filhos havidos da união dissolvida, não importando que hoje já tenham estes atingido a maioridade. Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 358.598/PR, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Recorrente: Sérgio Marcos Prosdócimo, Recorrido: Lisiane Maria Rutz Prosdócimo, julgado em 17/09/2002, DJ 02/12/2002, p. 315.

⁹⁷⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

⁹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 104.

⁹⁸¹ Como exemplo o resultado de uma pesquisa de Sigríd Metz-Gockel e Ursula Muller: *‘Cuando se pregunta como puede distribuirse lo mejor posible una familia con hijos [...] el trabajo profesional, el cuidado de la casa y la educación de los hijos, la gran mayoría de los varones alemanes defiende este modelo: la mujer se queda en casa, el hombre trabaja en su profesión [...]’. Esto no representa, propriamente, en la opinión de los hombres, ninguna desventaja para las mujeres, sino que las cosas son, objetivamente, así.*” Apud DOMÍNGUEZ, Andrés Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, María. **Derecho constitucional de familia**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 366. Em tradução livre: “Quando se pergunta como se pode distribuir as funções de uma família com filhos,

O ideal de igualdade no Direito de Família ainda é um caminho a ser percorrido, sobretudo quando se trata do reconhecimento das uniões homoafetivas,⁹⁸² afastando-se do modelo cristão de definição de família.⁹⁸³ Coube papel protagonista do Poder Judiciário por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e posterior Resolução 175, de 14 de maio de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça para possibilitar a conversão de uniões estáveis de casais homoafetivos em casamento. Essa postura do Poder Judiciário foi importante na afirmação do pluralismo e diversidade no âmbito da família para um grupo historicamente discriminado na sociedade. Há não muito tempo, a homossexualidade era considerada doença⁹⁸⁴ e, portanto, passível de tratamento médico com um claro viés de “normalizar” e “controlar” comportamentos, como se observou no tratamento das pessoas com deficiência.

Nesse tópico de análise da mulher e da discriminação em relação ao gênero, cuja afirmação de igualdade tem percorrido um longo caminho ainda infundável, não se pode deixar de mencionar, além da orientação sexual, os direitos relativos à identidade de gênero⁹⁸⁵ e a postura do ordenamento jurídico em relação aos direitos à saúde, como a possibilidade de

da melhor maneira possível, em relação ao trabalho profissional, ao cuidado da casa e a educação dos filhos, a grande maioria dos homens alemães defende este modelo: a mulher fica em casa, e o homem trabalha na sua profissão. Isto não representa, propriamente, na opinião dos homens, nenhuma desvantagem para as mulheres, já que as coisas são objetivamente assim.”

⁹⁸² Vide FACHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do direito de família**: Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 93.

⁹⁸³ CHAVES, Marianna. A família homoafetiva e a sua tutela jurídica. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 257.

⁹⁸⁴ No dia 17 de maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade da lista internacional de doenças. Registra-se que em 1952, a Associação Americana de Psiquiatria publicou, em seu primeiro Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtorno Mentais, que a homossexualidade era uma desordem, o que fez com que a opção sexual fosse estudada por cientista, que acabaram falhando por diversas vezes ao tentarem comprovar que a homossexualidade era, cientificamente, um distúrbio mental. Com a falta desta comprovação, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a opção sexual da lista de transtornos mentais em 1973. Em 1975, a Associação Americana de Psicologia adotou a mesma posição e orientou os profissionais a não lidarem mais com este tipo de pensamento, evitando preconceito e estigmas falsos. Recentemente, a discussão voltou com o deferimento de uma liminar na Justiça Federal do DF, determinando que o Conselho Federal de Psicologia não proíba terapias de reversão sexual que estavam impedidas de serem exercidas por tais profissionais desde 1999. Vide JUSTIÇA CONCEDE liminar que permite tratar homossexualidade como doença. **Folha de São Paulo**. 18 set. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/09/1919516-justica-concede-liminar-que-permite-tratar-homossexualidade-como-doenca.shtml>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

⁹⁸⁵ Importante consignar a definição para tal expressão: “A identidade de gênero corresponde ao sentimento da pessoa quanto ao gênero sexual a que pertence, popularmente chamado ‘sexo psicológico’, no íntimo, como a pessoa se sente, homem ou mulher.” SANCHES, Patrícia. A pessoa transgênera e a promoção do direito à identidade de gênero no nome e no sexo civil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 272.

cirurgia de transgenitalização,⁹⁸⁶ alteração de nome,⁹⁸⁷ bem como o uso do denominado nome social.⁹⁸⁸ São todas questões de sexualidade e gênero que ultrapassam a dicotomia feminino x masculino (mulher x homem) para a afirmação de direitos LGBTI,⁹⁸⁹ até pouco tempo distanciados da discussão jurídica.⁹⁹⁰ Recentemente, o Conselho Nacional de Direitos

⁹⁸⁶ Vide MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade**: Implicações sociais e jurídicas. Porto Alegre: Evangraf, 2017, passim. Nesse sentido, o Centro da Justiça Federal aprovou o enunciado nº 276 na IV Jornada de Direito Civil: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.” BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – Cjf, 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁹⁸⁷ Vide SANCHES, Patrícia. A pessoa transgênera e a promoção do direito à identidade de gênero no nome e no sexo civil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 272.

⁹⁸⁸ No âmbito da Administração Pública Federal, foi publicado decreto para regularizar o uso do nome social. Decreto n. 8.727/2016. “Art. 1º. Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se: I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento. Art. 2º. Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto. Parágrafo único. É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais. Art. 3º. Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.” BRASIL. Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁹⁸⁹ A sigla LGBTI designa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros. Em uso desde os anos 1990, o termo é uma adaptação de LGB, que era utilizado para substituir o termo gay para se referir à comunidade LGBT no fim da década de 1980. O i se refere “a intersexuais” – em LGBTI –, indivíduos que podem se identificar como homem, mulher ou nenhum dos dois. Vide ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA. **LGBT**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/LGBT>>. Acesso em: 29 dez. 2017. A Defensoria Pública da União, reconhecendo a vulnerabilidade especial dessas pessoas, criou o Grupo de Trabalho Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI. Conforme a Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018, são atribuições específicas do GT: “Art. 3º. [...] XIII – Ao Grupo de Trabalho Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Pessoas Trans e Intersexuais: 1. promover a defesa dos direitos da população LGBTI; 2. fomentar a educação em direitos LGBTI e o enfrentamento do preconceito e da discriminação; 3. salvaguardar os direitos da população LGBTI em situação de prisão; 4. monitorar casos sensíveis relacionados ao enfrentamento do preconceito contra a população LGBTI, podendo realizar os encaminhamentos e recomendações que entender cabíveis;” BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdp/2018/41200-portaria-gabdp-dp-gu-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-dpu-e-revoga-a-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-por-meio-da-qual-regulamentou-as-atividades-dos-grupos-de-trabalho-vinculados-a-dpu>>. Acesso em: 10 fev. 2018. Vide também BRASIL. Defensoria Pública da União. Grupos vulneráveis: Identidade de gênero e cidadania LGBTI. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/identidade-de-genero-e-cidadania-lgbti>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

⁹⁹⁰ Em 2009, o Poder Executivo reconheceu sua situação diferenciada. Vide BRASIL. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, 2009. Disponível em: <<http://www.arco-iris.org.br/wp-content/uploads/2010/07/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

Humanos, órgão de de composição paritária, formado pelo Poder Público e a Sociedade Civil, reconhecendo a vulnerabilidade especial relacionada ao gênero e orientação LGBTI, especialmente quando conjugada a discriminações raciais, criou a Comissão Permanente de Combate ao Racismo e Defesa dos Direitos das Mulheres e da População LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos).⁹⁹¹ O reconhecimento do direito à diferença passa, portanto, pela afirmação do direito à identidade individual⁹⁹² e da tutela da igualdade na diversidade das composições familiares⁹⁹³ e nas demais atividades na sociedade.

3.1.2.3 Consumidores (superendividados)

Por fim, ainda no tema das vulnerabilidades socioeconômicas, optou-se por tratar da vulnerabilidade dos consumidores. A massificação das relações alterou a sistemática dos negócios jurídicos, revelando a disparidade de forças no mercado e a necessidade de proteção ao vulnerável, no caso, o consumidor. Conforme Marques e Miragem, “não há como negar que o agente social que definiu o início desta fase do capitalismo e suas mudanças nos séculos XIX e XX foi o trabalhador moderno, mas hoje este agente social parece ser mais o consumidor, um homem globalizado e virtual.”⁹⁹⁴ Essa fragilidade do consumidor pessoa física é o que o identifica como um “novo sujeito de direitos especiais.”⁹⁹⁵

O termo vulnerabilidade vem expresso na legislação consumerista como princípio das relações de consumo (art. 4º, I do CDC),⁹⁹⁶ justificando uma proteção constitucional (art. 5º, XXXII, art. 170, V)⁹⁹⁷ e a elaboração de um Código próprio: o Código de Proteção e Defesa do

⁹⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Resolução n. 1, de 1º de fevereiro de 2018. **Diário Oficial da União**. Seção 1, n. 34. 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/Infoleg/2018/02/20/resolu%C3%A7%C3%A3o_1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁹⁹² MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

⁹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

⁹⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

⁹⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 257.

⁹⁹⁶ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;” BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁹⁹⁷ “Art. 5º. [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” e “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do

Consumidor (Lei n. 8.078/90). De acordo com Pasqualotto, a função do Código seria “compensatória das desigualdades,”⁹⁹⁸ mas sem interferir na estrutura ou no tipo de relação jurídica, assegurando o devido equilíbrio entre as partes. Conforme Moraes, “o princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento de liberdade,” complementando que “somente poderá ser reconhecido como igual alguém que não está subjugado por outrem.”⁹⁹⁹

Inaugurou-se, assim como no Direito do Trabalho, um direito específico, baseado na vulnerabilidade de uma das partes contratantes que era desconhecida para os primeiros Códigos Civis.¹⁰⁰⁰ Críticas se fizeram sentir em relação ao tratamento privilegiado em torno de um dos atores no plano civil e que reascende, de tempos em tempos, com designações a respeito do “paternalismo” das regras ou sobre tratar o consumidor como um incapaz,¹⁰⁰¹ desconhecendo o verdadeiro significado do termo vulnerabilidade. Isso porque, até então, apenas o regime das incapacidades destinava-se a tutelar o indivíduo desigual.¹⁰⁰²

A vulnerabilidade está presente em toda a relação de consumo, como decorrente da estrutura da relação. Todo o consumidor é vulnerável, pois a relação de consumo ocorre entre o consumidor (um civil leigo) frente a um fornecedor. Nesse sentido, esclarece a doutrina: “O Direito do Consumidor é um direito para desiguais, forte, protetor, e assim tem um campo de aplicação subjetivamente especial.”¹⁰⁰³ Conforme Paisant, a fonte de vulnerabilidade está na

consumidor;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁹⁹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol.78, abr.-jul./2011, p. 11 et seq.

⁹⁹⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais – interpretação sistemática do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 125.

¹⁰⁰⁰ Conforme ensina BENJAMIN, “a figura do consumidor era desconhecida no meio jurídico da contratação. Enfatiza, em sua apresentação da obra de Claudia Lima Marques, uma das pioneiras no tratamento das relações de consumo: “no plano da teoria do contrato, proteger o consumidor é, antes de mais nada, um esforço de pesquisa da tipologia dessa vulnerabilidade, de resto conhecida *ope legis* (CDC, art. 4º, I).” BENJAMIN. Antônio Herman. Apresentação. In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 9.

¹⁰⁰¹ Combatendo fortemente essa tese, no sentido de que não se deva confundir incapacidade com vulnerabilidade do consumidor, vide OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Código de Defesa do Consumidor não é expressão de paternalismo jurídico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 02 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-02/garantias-consumo-codigo-defesa-consumidor-nao-expressao-paternalismo-juridico>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹⁰⁰² Por isso as designações ao consumidor como incapaz em menor grau o “semi-débil”. CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnerabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnerabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 243. De se registrar que o autor se mostra crítico a proteção instaurada de forma generalizada à vulnerabilidade do consumidor.

¹⁰⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman, MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 10.

inferioridade de poder e conhecimento, o que justifica intervenções corretivas do legislador, concluindo o autor: “proteger o consumidor é proteger um *faible* (fraco).”¹⁰⁰⁴

Essa vulnerabilidade informa o sistema de proteção ao consumidor, disposto no Código de Defesa do Consumidor, e esse sistema se legitima por essa vulnerabilidade.¹⁰⁰⁵ Para Miragem, trata-se de presunção legal absoluta, que informa se as normas do Direito do Consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas.¹⁰⁰⁶ Assim, não há espaço para relação de consumo com consumidor *não* vulnerável.¹⁰⁰⁷

A doutrina admite determinados graus de vulnerabilidade, como a vulnerabilidade fática, jurídica, técnica ou informacional¹⁰⁰⁸ ou ainda considerando a existência de sujeitos hipervulneráveis,¹⁰⁰⁹ como crianças e idosos, já estudados no âmbito desse trabalho, ou de

¹⁰⁰⁴ PAISANT, Gilles. **Défense et illustration du droit de la consommation**. Paris: LexisNexis, 2015, p. 41.

¹⁰⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 14: “A existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor.”

¹⁰⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p. 14.

¹⁰⁰⁷ Recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou o RESP 1189050/SP a respeito da arbitragem nas relações de consumo, sinalizando uma possibilidade de ser instituída quando o consumidor não fosse vulnerável: Ementa: “Direito Processual Civil e Consumidor. Contrato de financiamento imobiliário. Contrato de adesão. Convenção de arbitragem. Possibilidade, respeitados determinadas exceções. (...)7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1189050/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Recorrente: José Benedito dos Santos, Recorrido: MRV Serviços de Engenharia Ltda., julgado em 01/03/2016, DJe 14/03/2016. Nossos comentários sobre o julgado: BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Jurisprudência comentada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 598-604, jul./ago. 2016.

¹⁰⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 321 et seq.

¹⁰⁰⁹ SCHIMIT, Cristiano. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014. Também reconhecida na jurisprudência: Ementa: “Recurso Especial. Direito do consumidor. Ação indenizatória. Propaganda enganosa. Cogumelo do sol. Cura do câncer. Abuso de direito. Art. 39, inciso IV, do CDC. Hipervulnerabilidade. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Indenização devida. Dissídio jurisprudencial comprovado. 1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. 3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil). 4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes. 5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor. 6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1329556/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 25/11/2014, DJe 09/12/2014.

sujeitos com vulnerabilidade agravada, como o analfabeto ou superendividado,¹⁰¹⁰ mas *sempre* vulneráveis. Ao lado dessas espécies de vulnerabilidade, Oliveira e Carvalho sustentam a presença da vulnerabilidade comportamental do consumidor, acentuando a necessidade de compreensão da fragilidade cognitiva comportamental, em especial dos tomadores de crédito.”¹⁰¹¹

Essa percepção de que não é apenas a racionalidade que informa a tomada de decisões, no âmbito da economia, foi enaltecida no ano de 2017, ao se conceder o prêmio Nobel de economia ao norte-americano Thaler por sua contribuição à economia do comportamento. Segundo a Academia Sueca, responsável pela premiação, “O premiado explorou como uma racionalidade limitada, as preferências sociais e a falta de autocontrole afetam tanto as decisões individuais quanto os resultados do mercado.”¹⁰¹² Essas considerações reforçam o argumento de que a decisão de consumo não é necessariamente racional, o que gera também a consequência de que o excesso de consumo pode não ser um reflexo da ausência de racionalidade ou “deficiência” do indivíduo.

Para se proceder o paralelo que esta abordagem tem se proposto em relação à revisão do regime de incapacidade, opta-se pelo exame do consumidor superendividado em comparação com o pródigo, inserido em um contexto de vulnerabilidade agravada e de caráter existencial, com especial relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰¹³ O pródigo designa aquele que “gasta desordenadamente”,¹⁰¹⁴ destruindo seus recursos e colocando em risco o patrimônio da família, tanto é que eram o cônjuge e os descendentes os legitimados a

¹⁰¹⁰ Segundo Antônio Herman Benjamin no REsp 931.513/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 25/11/2009, DJe 27.09.2010. Vide MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 95, set./out. 2014, p. 99 et seq.

¹⁰¹¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016, p. 198.

¹⁰¹² RICHARD H. THALER, Prêmio Nobel de Economia 2017: Norte-americano, de 72 anos, foi reconhecido por seu estudo da economia comportamental. **Jornal El País**. 10 out. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/09/economia/1507532364_821806.html>. Acesso em: 21 nov. 2017.

¹⁰¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 441. Conforme enfatiza o autor: “Note-se que pelas dimensões que assume e potenciais efeitos pessoais familiares e sociais que envolvem os contratos de concessão de crédito, a proteção do consumidor do crédito extravasa a finalidade protetiva meramente negocial – de proteção do contratante vulnerável em face de uma dada posição ou interesse econômico legítimo – para assumir caráter existencial. A vulnerabilidade agravada do consumidor de crédito e de sua família na realidade atual, faz com que nas relações de consumo se observe a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas.”

¹⁰¹⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 228.

propor ação de interdição, ou o Ministério Público em nome dos filhos menores.¹⁰¹⁵ A interdição do pródigo estaria limitada aos atos de disposição do patrimônio.¹⁰¹⁶ Baptista de Melo, já em 1935, advertia sobre a controvérsia que o instituto causava no direito interno e estrangeiro, sendo Teixeira de Freitas contra a manutenção dessa incapacidade.¹⁰¹⁷

Essa incapacidade retira o pródigo da participação dos atos da vida civil que, nos contratos de massa, sofre uma séria de implicações. O paradigma da confiança e da aparência apresenta os primeiros obstáculos a que se proceda qualquer invalidação dos atos praticados pelos pródigos. Além disso, não há como negar o estigma social da sentença de prodigalidade e interdição do sujeito, como visto na primeira parte, muito utilizada para um controle dos atos de disposição dos idosos.

Importante salientar que a concepção de pródigo está contextualizada em uma sociedade burguesa do século XIX,¹⁰¹⁸ com raízes no Direito romano,¹⁰¹⁹ que ainda não se apresenta como sociedade de massa, sem ter sido atingida pela “revolução consumista” a que se refere Bauman,¹⁰²⁰ principal força propulsora e operativa da sociedade atual, em superação ao trabalho.¹⁰²¹ Essa configuração estava baseada na “sociedade de produtores, principal modelo

¹⁰¹⁵ MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. Revista dos Tribunais - RT 97/318, set. /1935, **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 3, out. / 2010, p. 141.

¹⁰¹⁶ “Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹⁰¹⁷ MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. Revista dos Tribunais - RT 97/318, set. /1935, **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 3, out. / 2010, p. 150.

¹⁰¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421. Conforme refere o autor, “(a prodigalidade) radica na moralidade burguesa do século XIX de que a pessoa em seu pleno juízo deve acumular riquezas e não se desfazer delas.”

¹⁰¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1955, p. 84.

¹⁰²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadorias**. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 38. Nas palavras do autor: “Foi sugerido (e essa sugestão é seguida e desenvolvida no restante deste capítulo) que um ponto de ruptura de enormes consequências, que, poderíamos argumentar, mereceria o nome de ‘revolução consumista’, ocorreu milênios mais tarde, com a passagem do consumo ao ‘consumismo’, quando aquele, como afirma Colin Campbell, tornou-se ‘especialmente importante, senão central’ para a vida da maioria, ‘o verdadeiro propósito da existência’. E quando ‘nossa capacidade de querer, desejar, ansiar por e particularmente de experimentar repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano.’”

¹⁰²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadorias**. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 41. Continua o autor: “Pode-se dizer que o ‘consumismo’ é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros de regime’, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e do grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. O ‘consumismo’ chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho.”

societário da fase ‘sólida’ da modernidade, orientada para a segurança.”¹⁰²² Nesse contexto, a posse de um grande volume de bens implicava uma existência segura e revelava, de seus donos, o “caráter de dignos de confiança e crédito”, o que já não tem espaço em uma sociedade de consumidores. Hoje o consumismo revela um indivíduo que se guia por desejos¹⁰²³ e novas necessidades, harmonizando-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível.¹⁰²⁴

Nesse cenário, duas observações merecem destaque: Não se condena o indivíduo que gasta suas economias para ‘a realização de sonhos’, como uma viagem;¹⁰²⁵ nem o indivíduo que toma crédito para ‘a realização de sonhos.’¹⁰²⁶ No primeiro caso, a possibilidade de não deixar bens futuros poderia caracterizar uma situação de prodigalidade; no segundo, a perspectiva de comprometer sua subsistência pode caracterizar o superendividamento.¹⁰²⁷ A

¹⁰²² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: A transformação das pessoas em mercadorias. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 42.

¹⁰²³ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, mar. /abr. 2016, p. 194.

¹⁰²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: A transformação das pessoas em mercadorias. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 45.

¹⁰²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421. Como afirma o autor: “No mundo atual, desfazer-se de bens de raiz para permitir-se desfrutar de viagens ou de outros desejos que possam significar realização pessoal, não significa prodigalidade, se detém rendimentos que lhe permitem viver com dignidade.”

¹⁰²⁶ Conforme refere MUNÖZ, “o bordão da possibilidade de realizar sonhos nas propagandas de crédito se dá das seguintes maneiras: ‘Crédito parcelado uma alternativa simples e prática na hora de realizar seus sonhos’ (HSBC). ‘Seus sonhos não têm limites. Por que as férias de seus sonhos deveriam ter?’ (Citybank). ‘Sonho ou necessidade? Não importa, estamos sempre ao seu lado. É só informar o que você precisa e o Bradesco traz opções ideais, com taxas e prazos diferenciados.’ (Bradesco). Você acredita em seus sonhos e o Ibi dá crédito para você. O Ibi quer fazer parte dos momentos importantes da sua vida. Para isso tem a linha de crédito certa para você, que quer dinheiro na mão com rapidez e sem burocracia para o dia a dia ou para realizar o que você tanto quer. (Ibi).” MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Crédito e caráter: uma análise do discurso moral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 105, maio/jun. 2016, p. 189. Vide também SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 228. De acordo com o autor, “é muito comum a publicidade explorar a ideia de que um desejo pode ser imediatamente realizado com um crédito ‘rápido e fácil’, ‘sem burocracia’ e ‘sem necessidade de comprovação da capacidade de reembolso.” Ainda CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super)endividamento (des)encontros entre dignidade e esperança. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II**: Vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 172, “o crédito como acesso ao objeto de desejo com a promessa de pagamento futuro.”

¹⁰²⁷ Conforme Marques, “O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriunda de delitos e de alimentos)”. MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado**: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256. Segundo o Projeto de Lei 283/2012 do Senado Federal, que atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados sob o número 3.515/2015, “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta do consumidor, pessoa física, de boa-fé, de pagar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas”.

incongruência do ordenamento é evidente, pois, no primeiro caso, ele *possui bens*, pode dispor; no segundo, ele não teria como dispor, mas lhe é assegurado o direito de fazê-lo sem preocupação futura quanto à sua situação solvabilidade.

O superendividamento se relaciona diretamente com a política de expansão e democratização do crédito.¹⁰²⁸ Vive-se, segundo Marques, em uma economia de endividamento.¹⁰²⁹ Estudos revelam que o perfil do consumidor superendividado,¹⁰³⁰ salientando o aumento da participação das mulheres¹⁰³¹ e idosos,¹⁰³² bem como a faixa de renda de um a dois salários mínimos, o que também inclui outros padrões de vida.¹⁰³³

O superendividado é o sujeito que gasta mais do que a sua capacidade de se endividar, comprometendo sua sobrevivência na sociedade de consumo,¹⁰³⁴ quer em razão de um infortúnio em sua vida, como desemprego superveniente, quer em razão do abuso no uso do crédito.¹⁰³⁵ No superendividamento, há o comprometimento do futuro do consumidor e de sua família, o que o diferencia de uma insolvência momentânea.¹⁰³⁶ Já o pródigo compromete o

¹⁰²⁸ LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: Aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 15.

¹⁰²⁹ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre a prevenção e tratamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 19, n. 75, jul./set. 2010, p. 11.

¹⁰³⁰ Veja relatório da pesquisa em MARQUES, Claudia Lima, LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre (2007 a 2012) e o ‘Observatório do Crédito e Superendividamento UFRGS-MJ’, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, maio/jun. 2015, p. 411 et seq.

¹⁰³¹ MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em porto alegre. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 100, jul. / ago. 2015, p. 393 et seq.

¹⁰³² MARQUES, Claudia Lima. A proteção do idoso consumidor: diálogo de fontes para proteger o idoso e prevenir o superendividamento. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 314 et seq.

¹⁰³³ Veja também LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: Aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, 269. Ainda CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividado: referências no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima; _____. (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 384-398 e PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 101, set./out. 2015, p. 435 et seq.

¹⁰³⁴ Essa é a definição da Comissão Europeia, salientando a incapacidade de o consumidor, pessoa física, saldar suas dívidas a não ser com prejuízo de seu padrão mínimo de subsistência. Vide PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 101, set./out. 2015, p. 439.

¹⁰³⁵ A distinção é proveniente da doutrina europeia. O consumidor superendividado passivo sofre um ‘acidente da vida’, como desemprego, redução do salário, morte, divórcio, nascimento de filhos. Já o ativo é aquele que consome demasiadamente, acima das possibilidades de seu orçamento. Vide MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 258.

¹⁰³⁶ PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 101, set./out. 2015, p. 440.

futuro do patrimônio para os seus herdeiros, embora parte da doutrina também justifique a tutela da prodigalidade para evitar a situação de miséria do indivíduo e o recurso a benefícios assistenciais ofertados pelo Estado.¹⁰³⁷

Veja-se que, em ambos os casos, há reflexos para a família. No caso do pródigo, tem razão na própria origem do instituto, no Direito romano, em que o patrimônio familiar tinha uma conotação coletiva. Insere-se na ideia de que a manutenção da família depende de um patrimônio vultuoso e, por isso, cabe, aos parentes ou herdeiros, a interdição do indivíduo que desconsidera essa necessidade de resguardo patrimonial. No superendividamento, as consequências à família são nefastas, comprometendo o orçamento doméstico para as despesas de sobrevivência,¹⁰³⁸ bem como uma fragilidade emocional em relação aos filhos e demais membros do núcleo.¹⁰³⁹

No conceito de superendividamento, leva-se em conta também a questão subjetiva, no sentido de que o consumidor deva estar de boa-fé para ser incluído no sistema legal de tratamento dessa situação, nos países que admitem regulação,¹⁰⁴⁰ bem como no projeto de lei brasileiro sobre o tema.¹⁰⁴¹ Isso significa que o endividamento não ocorreu por um ato deliberativo, a indicar que estariam abrangidos, na hipótese, o consumidor superendividado passivo (aquele que se endividou por um acidente da vida, como desemprego, morte, divórcio) e o ativo inconsciente (gastou demasiadamente).¹⁰⁴² Afasta-se o consumidor de má-fé, o que se endivida sem capacidade de saldar suas dívidas *propositamente*. Trata-se de um fenômeno típico da sociedade de consumo e da facilitação de acesso ao crédito.

¹⁰³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

¹⁰³⁸ MIRAGEM, Bruno; LIMA, Clarissa Costa de. Patrimônio, contrato e proteção constitucional da família. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 91, jan./ fev. 2014, p. 99 et seq. Conforme explicam os autores: “Os credores tentarão reaver seus créditos, utilizando todos os poderes ou direitos legalmente admitidos, penhorando bens, bloqueando contas bancárias e, conseqüentemente, o superendividado se vê empobrecido, muitas vezes sem condições de manter o sustento e a qualidade de vida da família. Essa combinação entre credores buscando satisfazer seus créditos e devedores em situação de inadimplemento costuma configurar uma situação estressante e psicologicamente dramática para os devedores e suas famílias.”

¹⁰³⁹ FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 27. De acordo com as autoras: “Uma segunda constatação, muito forte também, é a culpa e da vergonha que sentem em relação aos filhos. Os reajustamentos que todos tiverem de fazer nas suas despesas de consumo são menos significativos quando se trata de gastos com crianças e jovens.”

¹⁰⁴⁰ Nesse sentido, PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 42, abr.-jun. 2002, p. 9 et seq.

¹⁰⁴¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁴² LIMA, Clarissa Costa. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 147.

Já a configuração de prodigalidade não está inserida *necessariamente* na sociedade de consumo, do qual o superendividamento é consequência. Investiga-se um comportamento objetivo de desfazimento do patrimônio com uma ausência de *justa causa* (desperdício¹⁰⁴³ ou desvio comportamental¹⁰⁴⁴), segundo aqueles que têm legitimidade para requerer sua interdição (parentes ou Ministério Público). É muito mais um julgamento *dos outros* em relação ao comportamento social do indivíduo, por isso que, desde o Código Civil anterior, muitos autores já exigiam uma avaliação subjetiva.¹⁰⁴⁵

A esse respeito, não se aproxima o pródigo das hipóteses de tratamento do consumidor superendividado passivo, pois esse decorre de um fato da vida, posterior à contratação do crédito. Poderia, em tese, assemelhar-se ao superendividado ativo inconsciente, no caso, aquele que gasta mais do que ganha, mas desde que esteja a revelar um transtorno psíquico ou compulsividade no controle de gastos,¹⁰⁴⁶ ou do superendividado ativo consciente, desde que caracterizado o seu comportamento de má-fé em se endividar.

Estaria, dentro desse cenário, a causa de superendividamento relacionada à impulsividade do consumidor sem um planejamento racional em relação ao futuro e subestimando os riscos e superestimando as chances de sucesso ou de reembolso do crédito no futuro.¹⁰⁴⁷ Mesmo nessa hipótese, deve-se ter em conta que essa impulsividade está inserida no contexto de uma “sociedade pós-moderna do hiperconsumo,”¹⁰⁴⁸ em que são criadas novas formas de crédito a cada dia, alimentando a busca de uma felicidade que é vendida pela mídia, transformando os cidadãos em superendividados.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴³ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 272.

¹⁰⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

¹⁰⁴⁵ Vide BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1955, p. 85. Conforme refere o autor: “O jurista, ouvindo o depoimento da história, da economia política e da psiquiatria, atendendo à necessidade de respeitar o direito individual e a propriedade, sabendo, pela psicologia dos pedidos de interdição, que, muitas vezes, eles abrigam a cobiça imoral de locupletar-se o impetrante com a fazenda do parente, ou o receio egoísta de ter de dar-lhe alimentos, deve afirmar: ou a prodigalidade é um caso manifesto de alienação mental, e não há necessidade de destaca-la para constituir uma classe distinta de incapacidade, pois entra na regra comum; ou não é positivamente, e não há justo motivo para feri-la de interdição.”

¹⁰⁴⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016, p. 209. Conforme refere o autor, “o sistema inicialmente adotado pelo Código Civil de 2002, desdobra a incapacidade considerando: (...) a compulsividade auto lesiva econômica (prodigalidade).”

¹⁰⁴⁷ MIRAGEM, Bruno; LIMA, Clarissa Costa de. Patrimônio, contrato e proteção constitucional da família. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 91, jan./ fev. 2014, p. 95.

¹⁰⁴⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad.: Mario Vilela. São Paulo: Bacarola, 2004, p. 49 et seq.

¹⁰⁴⁹ MIRAGEM, Bruno; LIMA, Clarissa Costa de. Patrimônio, contrato e proteção constitucional da família. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 91, jan./ fev. 2014, p. 95.

Em ambos os casos, pode-se perceber o estigma social sofrido por aquele em situação de superendividamento ou interditado por prodigalidade. Em relação ao pródigo é a sentença que o estigmatiza, tornando-o incapaz. No superendividamento, sua condição implica em transformações de ordem pessoal – e, portanto, morais – pelas quais o sujeito superendividado coloca-se em uma situação de “desrespeito social”, em relação a capacidades particulares negativas e desvalorizadas socialmente, como a imprudência ou a imponderação.¹⁰⁵⁰

No caso do pródigo, a tutela conferida pelo ordenamento é por meio do instituto da incapacidade, com a possibilidade de anulação em razão de um ‘defeito’ do indivíduo de autocontrole, o que prejudicaria uma manifestação *genuína* da vontade, viciando o negócio jurídico. É um fenômeno individual, cuja solução passa pelo afastamento do sujeito de seu próprio patrimônio. A pessoa é interdita por incapacidade, perdendo a administração de seu patrimônio.

Veja-se que a mesma solução é outorgada ao insolvente, conferindo, conforme salienta Theodoro Junior uma *capitis diminutio* até a extinção de suas obrigações.¹⁰⁵¹ A insolvência é caracterizada pelo Código Civil como “toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor.”¹⁰⁵² Inicia-se o procedimento de insolvência, regulado pelo Código de Processo Civil de 1973, a partir do art. 748. O desuso ou bancarrota da insolvência civil ¹⁰⁵³é um dos motivos pelos quais o novo Código de Processo Civil não tenha se interessado em regular o tema. A sentença que declarar a insolvência nomeará um administrador,¹⁰⁵⁴ perdendo o devedor “o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.”¹⁰⁵⁵ O efeito prático é a incapacidade patrimonial da pessoa (art. 766,)¹⁰⁵⁶ bem como o pedido de

¹⁰⁵⁰ BENDER DE PAULA, Jeanine; GRAEFE, Lucas. O superendividamento na terceira idade: um estudo de caso. **Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento**, v. 19, n. 2, p. 569-582, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevEnvelhecer/article/view/40037/32765>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁰⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil**: Execução por quantia certa contra devedor insolvente. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 61.

¹⁰⁵² “Art. 955. Procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹⁰⁵³ BUCAR, Daniel. **Superendividamento**: Reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

¹⁰⁵⁴ “Art. 761. Na sentença, que declarar a insolvência, o juiz:

I - nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa; II - mandará expedir edital, convocando os credores para que apresentem, no prazo de 20 (vinte) dias, a declaração do crédito, acompanhada do respectivo título.” Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁰⁵⁵ “Art. 752. Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.” Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁰⁵⁶ “Art. 766. Cumpra ao administrador: I - arrecadar todos os bens do devedor, onde quer que estejam, requerendo para esse fim as medidas judiciais necessárias; II - representar a massa, ativa e passivamente, contratando advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e submetidos à aprovação judicial; III -

pensionamento àquele desprovido de atividade econômica, se não tiver alcançado a insolvência de forma culposa (art. 785¹⁰⁵⁷) e se a massa arrecadada tiver rendimentos.

Santos salientava que não haveria incapacidade, pois permaneceriam direitos pessoais, como “o pátrio poder, a administração dos bens de seus filhos, a chefia da sociedade conjugal.”¹⁰⁵⁸ No entanto, para além das questões pessoais, não haveria capacidade e, portanto, o indivíduo não poderia praticar atos patrimoniais, relacionados, hoje, essencialmente à vida na sociedade de consumo. Tanto é assim que, nos debates de aprovação do Código Civil de 1916, chegou-se a discutir a respeito de se incluir o falido no regime de incapacidade.¹⁰⁵⁹

O resultado, após o procedimento de insolvência, é a extinção das obrigações, mas apenas após um período de 05 anos da declaração. Durante todo esse período, o sujeito é afastado de seu patrimônio, considerado como incapaz fosse, embora sem possibilidade de anular qualquer ato anterior, pois não haveria mácula na manifestação de vontade anterior,¹⁰⁶⁰ mas *culpa* pela ausência de administração correta de sua vida patrimonial. Não encontrou tal procedimento acolhida na prática judicial, revelando muito mais um caráter repreensivo de castigo do que uma solução ao endividamento e à reabilitação.¹⁰⁶¹ Segundo Bucar, “o desalinho da transposição na experiência brasileira evidencia, na realidade, uma conclusão lógica: a liquidação patrimonial da pessoa na história do Direito nacional jamais contou, em regra, com a possibilidade de prosseguimento da vida quotidiana e paralela do devedor.”¹⁰⁶²

Conforme se observa, a solução encontrada para tratamento do gasto compulsivo do pródigo, ou a situação de insolvência, é por meio da interdição, com a declaração de incapacidade do sujeito e o seu afastamento da administração de seus bens e da sociedade ao

praticar todos os atos conservatórios de direitos e de ações, bem como promover a cobrança das dívidas ativas; IV - alienar em praça ou em leilão, com autorização judicial, os bens da massa.” Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁰⁵⁷ “Art. 785. O devedor, que caiu em estado de insolvência sem culpa sua, pode requerer ao juiz, se a massa o comportar, que lhe arbitre uma pensão, até a alienação dos bens. Ouvidos os credores, o juiz decidirá.” Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁰⁵⁸ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 279.

¹⁰⁵⁹ BEVILÁQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 88.

¹⁰⁶⁰ A insolvência não estaria ligada necessariamente ao comportamento do indivíduo, propenso ao jogo e gastos excessivos, como no caso da prodigalidade. A origem está no tratamento do sucesso dos credores em obter seus créditos de um devedor não comerciante, embora o paralelo com a falência seja inevitável. Vide BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 350 et seq.

¹⁰⁶¹ BUCAR, Daniel. **Superendividamento: Reabilitação patrimonial da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97. Nas palavras do autor: “Ao invés de reabilitar, o rito mais se presta a castigar, tal como em tempos passados.”

¹⁰⁶² BUCAR, Daniel. **Superendividamento: Reabilitação patrimonial da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.

negar-lhe o acesso ao consumo.¹⁰⁶³ Uma solução que busca tutelar os terceiros, os credores ou, no caso do pródigo, os herdeiros, e não propriamente a proteção da pessoa em situação de endividamento.¹⁰⁶⁴ Esse afastamento atenta à dignidade do indivíduo já que o acesso aos bens de consumo promove autonomia e assegura um mínimo existencial.¹⁰⁶⁵

Por isso, a solução não pode ser de ‘anular’ o sujeito, mas promover o seu empoderamento,¹⁰⁶⁶ assim como nos demais casos de vulnerabilidade identificados nessa tese. A *culpa*¹⁰⁶⁷ pela insolvência justificava o afastamento do indivíduo da administração de seus bens. A problematização hoje passa pela superação do “juízo do devedor ser o único responsável pelo seu infortúnio,”¹⁰⁶⁸ fugindo da ideia de culpa subjetiva contratual do

¹⁰⁶³ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; PACHECO, Suellen Martins. Acesso à justiça e educação para a defesa dos vulneráveis. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder e MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 161.

¹⁰⁶⁴ Distinção importante é apontada pela doutrina entre superendividamento e falência: “Uma distinção inicial merece ser enfrentada no que concerne à diversidade dos termos “falência” e “superendividamento”, utilizados nas legislações estrangeiras que destinaram alguma tutela aos devedores pessoas físicas. Sobre isso, oportuna a lição de Catarina Frade, cujo significado e extensão da pesquisa sobre superendividamento retratam o próprio fio condutor proposto nesta obra: ‘Pode-se dizer que, enquanto a falência se reporta a uma realidade de insuficiência financeira encarada do ponto de vista das consequências para os credores, a expressão sobre-endividamento é utilizada para referir a insolvência do ponto de vista do devedor e da sua família, emergindo, pois, como uma abordagem nova e socialmente comprometida’”. BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz.

Superendividamento do consumidor: Mínimo existencial, casos concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

¹⁰⁶⁵ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: Mínimo existencial, casos concretos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83. No ordenamento francês, denomina-se *reste à vivre*, como uma garantia dos meios essenciais de existência do devedor. Vide COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

¹⁰⁶⁶ Conforme dicionário *on line* da língua portuguesa: “[figurado] Passar a ter domínio sobre sua própria vida; dar ou atribuir poder a: ela luta para empoderar as minorias; empoderou-se de coragem e seguiu em frente.” **DICIO** – Dicionário on line de português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/empoderar/>>. Acesso em 21 de novembro de 2017. Sobre a importância do empoderamento, vide reportagem: “Empoderamento é a palavra mais buscada no Aurélio em 2016: A pesquisa levou em consideração ferramentas direcionadas para mais de 2 milhões de estudantes de escolas públicas e particulares de todo o Brasil.”. Gaúcha/ZH. Porto Alegre, 21 dez. 2016. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2016/12/empoderamento-e-a-palavra-mais-buscada-no-aurelio-em-2016-8842283.html>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

¹⁰⁶⁷ Vide GAULIA, Cristina Tereza. Superendividamento: um fenômeno social da pós-modernidade: causas invisíveis – soluções judiciais eficazes. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60. Com o subtítulo ‘o fim de um mito: o devedor não é um pecador’, a autora resgata que a origem da culpa teve relação com o fortalecimento do Cristianismo e a imagem do bom cristão. Nas palavras da autora: “A respeito, cabe destacar que as Ordenações Afonsinas, e posteriormente as Manuelinas e Filipinas, tratavam o devedor com o rigor que exigia a expiação da culpa do pecador: O credor podia pedir a prisão por dívidas e a execução prévia de todos os bens do inadimplente.” (p. 62).

¹⁰⁶⁸ MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Crédito e caráter: uma análise do discurso moral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 105, maio/jun. 2016, p. 200.

consumidor endividado¹⁰⁶⁹ e o tratamento do superendividamento como um problema social¹⁰⁷⁰ e não como punição dos devedores que se endividam.¹⁰⁷¹

Aliás, essa tem sido a tônica das demais legislações estrangeiras de prevenção e tratamento do superendividamento,¹⁰⁷² endereçadas também pelas Nações Unidas¹⁰⁷³ e organismos internacionais (como ILA¹⁰⁷⁴), no sentido de que o tratamento do superendividamento tem relevância social e representa proteção aos Direitos Humanos. Como nas demais categorias de vulnerabilidade/diversidade, a preocupação internacional sobre o tema influencia a legislação nacional, revelando a emergência de um tratamento jurídico nacional adequado.

Nesse sentido, foi constituída uma Comissão de Juristas, em 2010, lideradas pelo Min. Benjamin, para apresentar uma proposta de atualização do Código de Defesa do Consumidor que tratasse, dentre outros temas, dos contratos de crédito ao consumo e de medidas de prevenção e tratamento do superendividamento. O resultado foi o Projeto de Lei n. 283 de 2012, aprovado pelo Senado Federal, em 2015, e que atualmente se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, sob o número 3515/2015.

¹⁰⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 258.

¹⁰⁷⁰ CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super)endividamento (des)encontros entre dignidade e esperança. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 192.

¹⁰⁷¹ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: Mínimo existencial, casos concretos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

¹⁰⁷² Vide PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés.

Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 42, abr./jun. 2002, p. 9. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89. Ainda, BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz.

Superendividamento do consumidor: Mínimo existencial, casos concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47 *et seq.* e LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83 *et seq.* Alertando para o problema na China, vide também DAN, Wei e YIXIAN, Zhao. O crédito para consumo e os direitos do consumidor financeiro na China – apreciação crítica à situação do superendividamento e ao regime da proteção dos direitos dos consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 421-442.

¹⁰⁷³ Vide MARQUES, Claudia Lima. Texto das Diretrizes de Proteção do Consumidor, revisão de 2015 pela Assembleia Geral da ONU, em inglês e espanhol. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016, p. 507 *et seq.*

¹⁰⁷⁴ O International Law Association por ocasião da realização do 75º Congresso de Direito Internacional, realizado em Sofia-Bulgária, nos dias 26 a 30 de agosto de 2012, fixou 5 princípios gerais: princípio da vulnerabilidade, princípio da proteção mais favorável ao consumidor, princípio da justiça contratual, princípio do crédito responsável e princípio da participação dos grupos e associações de consumidores. Vide SANTANA, Hector Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 63.

No aspecto relativo à prevenção, impõe deveres de informação e aconselhamento do fornecedor para com o consumidor,¹⁰⁷⁵ consolidando o princípio do crédito responsável,¹⁰⁷⁶ o que vem ao encontro da filosofia de que o superendividamento não tem apenas causa individual.¹⁰⁷⁷ Conforme acentuam Carvalho e Ferreira, o superendividamento se apresenta como um fenômeno multifacetado, diante da ordem social, econômica, comportamental e jurídica.¹⁰⁷⁸ Por isso, o projeto procura sancionar o assédio de consumo, principalmente dirigido aos mais vulneráveis, elencados como idosos, analfabetos, doentes ou de vulnerabilidade agravada, devendo, nessa última hipótese, a ser aferido conforme critério judicial.¹⁰⁷⁹

No que tange às hipóteses de invalidade, o projeto amplia o rol de nulidades de cláusulas contratuais previsto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, alargando o conceito de ordem pública, como será estudado no próximo capítulo. Dentre essas previsões, inclui as cláusulas que limitem o acesso ao Poder Judiciário, comprometam a impenhorabilidade do bem de família do consumidor ou de seu fiador, limitem os efeitos da purgação da mora, considerem o silêncio como aquiescência a valores cobrados e, finalmente, prevejam a aplicação de lei estrangeira que limite, em qualquer grau, a proteção do Código de Defesa do Consumidor ao

¹⁰⁷⁵ Conforme proposta de alteração do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou intermediário deve, entre outras condutas: I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II - avaliar a capacidade e as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.” BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015.

Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁷⁶ LIMA, Clarissa Costa. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

¹⁰⁷⁷ GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 71, jul./set. 2009, p. 35 et seq.

¹⁰⁷⁸ CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Teoria geral da dignidade e o reconhecimento da tutela aos consumidores superendividados: estudo em homenagem a Claudia Lima Marques. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques.** Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 435.

¹⁰⁷⁹ “Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: [...] IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive a distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio.” BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

consumidor residente no Brasil.¹⁰⁸⁰ Trata-se de conferir, por meio da teoria da invalidade, proteção à parte mais vulnerável na contratação de crédito. Também tutela por ineficácia o descumprimento do dever de informar e aconselhar, determinando a inexigibilidade de juros ou a sua redução compulsória.¹⁰⁸¹

No sistema de tratamento, prevê iniciativa do próprio consumidor, como forma de inseri-lo no contexto de solução das dívidas e não o afastar, que “apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.”¹⁰⁸² Prevê a realização de um procedimento de conciliação judicial global do superendividado, possibilitando também que outros órgãos do sistema de defesa do consumidor possam realizar audiências extrajudiciais com os credores, a exemplo da Defensoria Pública que, no Rio de Janeiro, já vem procedendo com sucesso tal desiderato.¹⁰⁸³

¹⁰⁸⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁸¹ “Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou intermediário deve, entre outras condutas: I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II - avaliar a capacidade e as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito. Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo, no art. 52 e no art. 54-C poderá acarretar judicialmente a inexigibilidade ou a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor. ” BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁸² “Art. 104- A: A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.” BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁸³ Vide relato da experiência realizada na reportagem :“Defensoria dedica Dia Mundial do Consumidor à realização de sessões de conciliação extrajudiciais”. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. 21 mar. 2016. Disponível em: <http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/conteudo.php?id_conteudo=3054>. Acesso em: 21 nov. 2017. Para o histórico da atividade realizada na DPE/RJ, vide OLIBONI, Marcela Lopes de Carvalho. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado**: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 345-354.

Caso a conciliação não seja exitosa, prevê, o projeto, a adoção de um plano judicial compulsório, assegurando “aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço.”¹⁰⁸⁴ Além disso, estabelece, tal qual a insolvência, a liquidação total da dívida, no máximo, em cinco anos. No entanto, o projeto é claro ao se distinguir da insolvência civil,¹⁰⁸⁵ não afastando o indivíduo da administração de seus bens e com nenhum reflexo na sua capacidade civil.

Não faz referência à hipótese de perdão das dívidas a exemplo das legislações estadunidense e francesa.¹⁰⁸⁶ Nesse diapasão, em casos mais extremos, Lima¹⁰⁸⁷ propõe o “perdão como um direito especial e social do consumidor sem bens e sem renda,” como consectário da dignidade humana e do princípio da igualdade. A autora defende a inclusão de novos dispositivos no projeto para permitir a remissão de dívidas em condições especiais,¹⁰⁸⁸ dentre elas, a consideração de que o crédito foi concedido de forma irresponsável e sem observância dos deveres de informação e aconselhamento.

Embora cause certa perplexidade ante princípios tão arraigados como o *pacta sunt servanda* e a liberdade de contratar, essa solução final é a mesma do procedimento da insolvência civil, com a extinção das obrigações após a liquidação do patrimônio do devedor. Em sendo um devedor sem bens e sem renda (*NINAs – no income, no assets*),¹⁰⁸⁹ muito cuidado se deve ter para que a dívida não transforme os sujeitos em escravos, a exemplo da caracterização moderna de escravidão que foi objeto de condenação recente do Brasil pela Corte

¹⁰⁸⁴ “Art. 104-B. Inexitosa a conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado. [...] § 4º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.” BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁸⁵ “Art. 104- A. [...] § 5º. O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importa declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.” BRASIL. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁸⁶ LIMA, Clarissa Costa. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168.

¹⁰⁸⁷ LIMA, Clarissa Costa. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 169.

¹⁰⁸⁸ LIMA, Clarissa Costa. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174-175.

¹⁰⁸⁹ LIMA, Clarissa Costa. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 167.

Interamericana de Direitos Humanos no caso “Fazenda Brasil Verde”, em que se relatava, dentre outros aspectos, o endividamento dos trabalhadores perante o empregador sem que nunca conseguiram saldar seus débitos de moradia e alimentação.¹⁰⁹⁰

Trata-se de um sistema que evita a dicotomia tudo ou nada, no sentido de que, sendo capaz, o consumidor ‘se endivida porque quer’¹⁰⁹¹ e, dessa maneira, deve suportar as consequências de seus atos, não havendo qualquer chance de repactuação.¹⁰⁹² A falta de tratamento jurídico sobre o tema torna invisíveis tais sujeitos na sociedade, a exemplo de tantos outros que não se encaixam no sujeito abstrato e racional, idealizado pelos Códigos Civis modernos. Conforme refere Benjamin, a lei é sempre produto de seu tempo, sendo que, na sociedade de consumo, as mudanças são velozes, exigindo providências concretas do legislador.¹⁰⁹³ Subjaz de importância a matéria, pois o superendividamento se apresenta como uma vulnerabilidade agravada em relação ao consumidor por acarretar situação de extrema fragilidade social, inclusive levando ao suicídio, com inequívoca retração de seus direitos fundamentais.¹⁰⁹⁴ Mostra-se ainda mais danoso quando associado a outras vulnerabilidades, como no caso dos idosos, das pessoas com deficiência, podendo atingir também as crianças pela situação familiar.

Os mecanismos dispostos no Código de Defesa do Consumidor não têm promovido adequada solução jurídica, a uma, porque não aceitos pela prática jurisprudencial para as

¹⁰⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁰⁹¹ Vide CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 100, jul./ ago. 2015, p. 425 et seq.

¹⁰⁹² Nesse sentido, muitas decisões judiciais com base na autonomia da vontade têm rechaçado qualquer tentativa de renegociação das dívidas, desconsiderando qualquer aspecto social do endividamento, como desemprego, aumento da taxa de juros, publicidade enganosa, irresponsabilidade na concessão do crédito. Vide GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 71, jul./set. 2009, p. 41.

¹⁰⁹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Prefácio. In: LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 18.

¹⁰⁹⁴ GAULIA, Cristina Tereza. Superendividamento: um fenômeno social da pós-modernidade: causas invisíveis – soluções judiciais eficazes. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64. Cita a autora: “A incapacidade de o consumidor resolver sozinho suas dívidas, com a redução de suas economias a zero, a inexistência absoluta de fundos disponíveis, a inserção de seu nome em cadastros de inadimplentes, o corte de serviços essenciais, a dependência e submissão ao gerente da instituição bancária, a impossibilidade de estabelecer prioridades por inviabilidade total de obter crédito, a falta de opções para o pagamento parcelado do débito, salvo no valor e tempo estabelecidos pelas próprias instituições credoras, tudo reunido, conduz o consumidor endividado a uma situação-limite, com inequívoca retração de seus direitos fundamentais e que o coloca em quadro de indignidade.”

situações de superendividamento,¹⁰⁹⁵ a duas, porque os institutos de revisão contratual ou lesão recaem sobre a prestação e não sobre a pessoa do consumidor para quem o superendividamento se apresenta.¹⁰⁹⁶ Além disso, tampouco a forma de tratamento ao pródigo se mostra apropriada na sociedade contemporânea, que tem optado pelo abandono de categorias prefixadas de incapacidade, além de promover a interdição do sujeito e seu afastamento da sociedade de consumo. A solução deve ser de superação dos mecanismos de incapacidade e insolvência para se promover a integração do sujeito como partícipe do processo de recuperação e decisão.

Por isso, entende-se que, na sociedade atual, a prodigalidade deve estar associada a alguma causa que retire a possibilidade de discernimento, tal qual a deficiência e a enfermidade, o que ensejaria todo o tratamento dispensado a esse grupo já analisado. Não há mais espaço para a interdição do pródigo, pois todo o mecanismo de interdição foi revogado com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Poderia haver, no entanto, curatela, com os limites estabelecidos pelo juiz ou ainda, a possibilidade de se valer do instituo de tomada de decisão apoiada. É preciso superar o sujeito abstrato que dissipava o patrimônio para trazê-lo à sociedade de consumo e sociedade de endividamento,¹⁰⁹⁷ em que o contexto de suas dívidas está invariavelmente associado a débitos de consumo.¹⁰⁹⁸ É, nesse ambiente constitucionalizado e funcionalizado, que se deve proteger a pessoa, o consumidor, o superendividado, dando ênfase à eficácia social do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁵ Os dispositivos inscritos no Código de Defesa do Consumidor poderiam ser fonte inspiradora para a solução dos casos, principalmente com base no princípio da boa-fé objetiva e da aplicação do art. 52. Vide LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado**: Aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: GZ, 2009, passim. Ainda, SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento como motivo para revisão dos contratos de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II**: Vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 203 et seq.

¹⁰⁹⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito do consumidor, reforma do CDC e constante renovação metodológica do direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, set. / out. 2016, p. 304.

¹⁰⁹⁷ CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super)endividamento (des)encontros entre dignidade e esperança. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II**: Vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 172. Segundo os autores: “As sociedades passaram a ser denominadas a partir dos elementos que as caracterizam, fala-se em sociedade da informação, sociedade em rede e sociedade de exclusão. Entre tantas, é possível um raciocínio que conduz a uma sociedade da oferta, que atrai a sociedade de consumo, oportuniza a sociedade do crédito e produz a sociedade do endividamento.”

¹⁰⁹⁸ Em favor de uma solução mais ampla para a questão da insolvência, inserindo também dívidas de alimentos e tributárias, vide BUCAR, Daniel. **Superendividamento**: Reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167 et seq.

¹⁰⁹⁹ LIMA, Clarissa Costa de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A fora do microssistema do CDC: tempos de superendividamento e de compartilhar responsabilidades. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II**: Vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

Os casos de nulidade devem ser revistos conforme uma ordem pública de proteção, desde que reconhecida eventual situação de vulnerabilidade por meio de decisão judicial. Essa proteção, no âmbito negocial, irá afetar a própria teoria dos planos dos atos jurídicos, reconhecendo a nulidade não como ausência de requisito para a perfectibilização do ato, mas como tutela de defesa dos direitos dos vulneráveis no caso concreto. Do mesmo modo, reconhece-se eficácia dos negócios jurídicos praticados por esses vulneráveis a merecer uma nova abordagem pela dogmática jurídica.

3. 2 Por uma nova leitura da teoria dos planos do negócio jurídico a partir da tutela da vulnerabilidade

Os três planos por que devem passar os negócios conduzem a conclusões a respeito da existência, validade e eficácia. A discussão do tema tem sido desenvolvida em diversos aspectos do Direito Privado, sempre se demonstrado altamente tormentosa. Azevedo se refere à técnica de eliminação progressiva, tratando desse aspecto. Explica o autor:

Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito ‘ato inexistente’) e, então, essa aparência não passa, como negócio para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Neste último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito).¹¹⁰⁰

Essa perspectiva consequencialista é adotada por diversos autores, como se observou na primeira parte desta tese. Na contemporaneidade, tem sido alvo de críticas no sentido de ressaltar um caráter naturalístico e não jurídico.¹¹⁰¹ Propondo uma análise funcional, Souza argumenta que não há diversidade de fins entre existência e validade e que ambas irão tratar da regularidade valorativa da eficácia negocial. O autor recomenda uma apreciação concreta da eficácia negocial, sem vinculações a priori com os esquemas abstratos e suas supostas exceções,

¹¹⁰⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63-64.

¹¹⁰¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Ano 6, n. 1, 2017, p. 16. Disponível em: <www.civilistica.com.>. Acesso em: 8 out. 2017.

tornando possível identificar critérios para a valoração de atos de autonomia em consonância com os princípios fundamentais do sistema.¹¹⁰² Nessa linha, aponta exemplos de negócios jurídicos que, em princípio seriam nulos, mas que começaram a adquirir tamanha legitimidade social que a doutrina passou a defender sua eficácia plena, como, por exemplo, um contrato de transporte realizado por uma criança.

Em sua obra “Teoria das Invalididades do Negócio Jurídico”, o autor situa a noção de “validade no âmbito da legalidade, associando-a ao juízo de licitude dos atos de autonomia, graduado conforme a relevância do papel da vontade para a determinação dos efeitos jurídicos.”¹¹⁰³ Esse juízo valorativo não incidiria sobre os elementos do ato, como dispõem os planos do negócio jurídico, mas sobre os efeitos deles decorrentes. Em suas palavras:

Muito mais do que isso, a invalidade negocial representa um juízo valorativo sobre os efeitos produzidos pelo ato: portanto, um *processo*, que é iniciado em abstrato pelo legislador, ao prever as causas de nulidade e anulabilidade, e que deve necessariamente ser terminado pelo intérprete à luz do caso concreto, ao investigar os interesses que o ato tangencia e, eventualmente, modular a rigidez da disciplina positiva com base nas peculiaridades fáticas e na axiologia do sistema.¹¹⁰⁴

Por isso, rechaça o plano da existência, devendo serem alocadas as suas hipóteses como invalidades, ambas, existência e validade, como regulação da eficácia negocial. Como destaca Souza, a afirmação de que os atos não teriam elementos como sujeito, objeto e forma não corresponderia à realidade, pois “houve uma ação humana sobre determinado objeto e seguindo certa forma, ou, do contrário, sequer se poria o problema.”¹¹⁰⁵ Pereira já advertia para “‘*contradictio in adiectio*’, por ver que o ato pressupõe a existência de algo, e a inexistência é a sua negação.”¹¹⁰⁶ A categoria da inexistência foi cunhada para a superação da textualidade

¹¹⁰² SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilística.com*. Ano 6, n. 1, 2017, p. 16. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 8 out. 2017.

¹¹⁰³ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 171.

¹¹⁰⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 381. A referência a processo, segundo o autor, é uma homenagem à formulação, em matéria obrigacional, colhida do pensamento de Larenz por Clóvis do Couto e Silva.

¹¹⁰⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 36.

¹¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 553.

das nulidades em setor específico do casamento, mas que, para efeitos práticos, confunde-se com as hipóteses de nulidade.¹¹⁰⁷

São os efeitos que devem ser ponderados pelo intérprete, como resultado lógico da aplicação dos valores do ordenamento jurídico e não apenas a tutela da vontade livre, manifestada no princípio da autonomia privada. A teoria do negócio jurídico, assim como o regime das incapacidades, menosprezava a importância dirigida a outros valores, como a confiança, que reascende como característica das sociedades contemporâneas.¹¹⁰⁸

A realidade demonstrou a existência de situações fáticas que em razão da importância nas relações jurídicas e na expectativa gerada pelas partes mereceriam tutela pelo ordenamento. São negócios que se tornam jurídicos no plano da existência em razão da confiança, de forma que o olhar se dirige aos efeitos desses negócios na sociedade e não propriamente à sua estrutura. Os planos da existência, validade e eficácia foram abalados pelo surgimento da teoria da aparência e tutela da confiança.¹¹⁰⁹

Os chamados negócios aparentes que, para Azevedo, seriam inexistentes, merecem atenção pelo ordenamento em razão das considerações trazidas por essa caracterização¹¹¹⁰ e a própria configuração de uma Teoria da Aparência, de influência do Direito Comercial,¹¹¹¹ para, mais tarde, apoiar-se na confiança diante da complexidade social.¹¹¹² Miragem,¹¹¹³ ao discorrer sobre a confiança na obra de Marques, salienta a influência de Danis-Fatôme, em relação à

¹¹⁰⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 193. O autor faz referência a Silvio Rodrigues ao afirmar que a existência poderia ser inexata, inútil e inconveniente: “Seria inexata porque, no mais das vezes, o ato malsinado cria uma aparência que para ser destruída implica recurso judicial. [...] Seria inútil porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta a um ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura permitidos por lei. [...] Finalmente, seria inconveniente porque, a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-á privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade.” RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. V. I. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 291-292.

¹¹⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 8 e segs.

¹¹⁰⁹ A teoria da validade ou da confiança tem sido difundida principalmente na Alemanha em substituição às teses opostas do voluntarismo jurídico, defendido pelos pandectistas. Vide GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 14.

¹¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 96.

¹¹¹¹ MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato. In: _____. (Coord.). **A nova crise do contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

¹¹¹² LUHMAN, Niklas. **Confianza**. Trad.: Darío Rodríguez Mansília. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, p. 14.

¹¹¹³ MIRAGEM, Bruno. A proteção da confiança no direito privado: notas sobre a contribuição de Claudia Lima Marques para a construção do conceito no direito brasileiro. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber**: Uma homenagem para Claudia Lima Marques. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 128.

teoria da aparência no Direito Privado, referindo-se ao triunfo dos fatos sobre o direito na aplicação da Teoria da Aparência.

A tutela da confiança¹¹¹⁴ implica uma revisão das fontes e dos planos jurídicos. A concepção clássica concebia a lei e o negócio jurídico como fonte de obrigações e essas obrigações só vinculariam se fossem válidas. A proteção da confiança se concentra no plano da existência, no plano dos fatos, e confere tutela jurídica ao se concentrar nos efeitos (plano da eficácia) que provoca no seio social ao proteger os interesses legítimos que determinados comportamentos têm o condão de gerar.¹¹¹⁵ Assim, a aparência não é uma “não existência” simplesmente, mas um comportamento que gera efeitos jurídicos.

O próprio Código tutela a aparência em determinadas passagens: ao tratar do mandato (art. 662)¹¹¹⁶ ou dos atos do herdeiro (art. 1.827),¹¹¹⁷ exigindo além da aparência a presença da boa-fé subjetiva. Note-se que, embora a doutrina confunda os efeitos com a validade,¹¹¹⁸ o artigo do Código trata do plano da eficácia, conforme vem decidindo a jurisprudência.¹¹¹⁹ O diferenciador, nesse caso, assemelha-se ao erro, estar ou não estar de boa-fé (subjetiva). E

¹¹¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 10 et seq.

¹¹¹⁵ JACQUES, Daniela Corrêa. A tutela da confiança no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, jan./mar. 2003, p. 123.

¹¹¹⁶ “Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹¹⁷ “Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados. Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** (livro eletrônico). Vol. V: Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Ao comentar o artigo, refere-se: “Sempre que terceiro de boa-fé firmar negócio jurídico oneroso com quem se encontrava na condição de sucessor, será válida e eficaz a alienação (CC, art. 1.827, parágrafo único)”.

¹¹¹⁹ Ementa: “Processual civil. Recurso especial. Compra e venda de imóveis. Ação de nulidade de negócio jurídico. Alienação realizada com utilização de instrumento de mandato declarado nulo. Teoria da aparência e boa-fé do terceiro adquirente. Embargos declaratórios. Omissão. Ocorrência. Necessidade de manifestação sobre pontos relevantes. Violação do art. 535 do CPC. Acolhimento.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1416624/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, Vivacqua Irmãos Empreendimentos Imobiliários Ltda. Recorrido: Dalton Bourguignon Braz e outros, julgado em 15/09/2015, DJe 18/11/2015.

Ementa: “Processual civil. Agravo na medida cautelar. Recurso especial retido. Embargos de terceiro. Ação de anulação de partilha. Alienação de bem imóvel de propriedade do espólio. Herdeiros aparentes. Terceiros adquirentes de boa-fé. Eficácia da compra e venda. 1 [...] - 2 - As alienações feitas por herdeiro aparente a terceiros de boa-fé, a título oneroso, são juridicamente eficazes. Art. 1.827, parágrafo único, do CC/02. 3 - Na hipótese dos autos, o negócio jurídico foi aperfeiçoado antes do trânsito em julgado da sentença que decretou a nulidade da partilha e inexistiam, à época em que foi celebrado o contrato de compra e venda, quaisquer indícios de que o imóvel fosse objeto de disputa entre os herdeiros do espólio. 4 - [...]” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg na MC 17.349/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Recorrente: Andir Alves Vieira, Recorrido: Ronaldo Julio Kurtenbach e outro julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011.

assim, no mesmo ínterim, preserva os efeitos do casamento putativo.¹¹²⁰ Os negócios aparentes se judicializam na medida em que se reconhecem efeitos.

Segundo Gomes, “a boa-fé nos contratos, a lealdade nas relações sociais, a confiança, que devem inspirar declarações de vontade e comportamentos” justificam a produção de efeitos de uma situação aparente, advertindo o autor, na época, sobre a ausência de uma “teoria da aparência”. Essas seriam ainda “exceções” ao plano da teoria das nulidades.¹¹²¹

Além desses casos, é preciso tratar dos chamados atos-fatos, em que se reconhecem efeitos, não obstante não se inserirem na categoria de negócio jurídico, pela simples razão de que a vida em sociedade se pauta pelo valor da confiança.¹¹²² Pontes de Miranda distingue os negócios nulos, que produzem efeitos, daqueles que sequer considera na categoria de negócios jurídicos, tratando-os como atos-fatos¹¹²³ ou como denominou Clóvis do Couto e Silva como atos existenciais.¹¹²⁴ Larenz qualifica tais atos como comportamento socialmente típicos, negando a natureza negocial a tais hipóteses.¹¹²⁵ Não integrariam a categoria de negócio, pois para tal é necessária a manifestação de vontade.¹¹²⁶ Não se trataria de negócio inexistente, tampouco negócio jurídico, mas, como o próprio Clóvis do Couto e Silva refere, de uma confiança geral no tráfego comercial. A mesma confiança justifica como base para a tutela de responsabilidade sem culpa ou interesse negativo no caso de negócios anulados por erro, por exemplo.¹¹²⁷

Nos tempos atuais, o advento do Código de Defesa do Consumidor marcou verdadeiramente um novo regime das relações contratuais,¹¹²⁸ em que impera um sentido objetivo de boa-fé, enquanto princípio norteador com o fim de pautar comportamentos éticos e

¹¹²⁰ “Art. 1561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º. Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º. Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹²¹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 114 et seq.

¹¹²² LUHMAN, Nicklas. **Confianza**. Trad.: Darío Rodríguez Mansília. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, p. 13.

¹¹²³ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. II. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

¹¹²⁴ COUTO e SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 50 et seq.

¹¹²⁵ LARENZ, Karl. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. **Revista de Direito Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 2, n. 1, 2006, p. 60.

¹¹²⁶ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

¹¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

¹¹²⁸ Vide MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. (livro eletrônico). 2. ed. (e-book) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, passim.

leais,¹¹²⁹ tutelando expectativas legítimas geradas na outra parte negocial. De princípio das relações de consumo, positivou-se no Código Civil, como vertente a orientar todo o Direito Privado.¹¹³⁰

Neste contexto, a confiança se apresenta, primeiramente, para superar a discussão acerca da divergência entre a vontade e declaração. Como afirma Schmidt Neto, muda-se o foco subjetivo da análise para aquele que recebe. Após, segundo o autor, a confiança deve integrar o cerne do suporte fático do negócio, determinando, no lugar da vontade, a existência do mesmo e os efeitos dele decorrentes.¹¹³¹ Passa-se a consideração de uma verdadeira teoria da confiança.

É preciso considerar como judicializados os fatos pelo fator da confiança. Não apenas trata-los como atos-fatos ou atos existenciais, mas verdadeiros negócios em que a confiança integrará o suporte fático, sem perquirir a respeito de validades ou não, mas visualizar diretamente os efeitos por ela produzidos.¹¹³² Por isso, atinge a teoria das nulidades, pois não se irá analisar a vontade *válida* ou viciada. Marques aponta, com precisão, o “novo” papel da confiança, sobretudo para a produção de efeitos no mundo contemporâneo. Trata-se, segundo a autora,

[...]de um padrão mais visual (relembre-se a teoria da aparência no direito comercial e civil), menos valorativo ou ético das condutas (do que a boa-fé), é um paradigma mais voltado para as percepções coletivas e para o resultado fático da conduta de um agente.¹¹³³

Assume-se uma postura mais em prol da segurança do tráfego de massa, tutelando a confiança, do que uma postura de proteção ao princípio da autonomia da vontade.¹¹³⁴ A confiança reascende como um novo paradigma: de contratos mais aparentes, menos personificados, com ênfase para a realização das expectativas legítimas das partes.¹¹³⁵ Esse é o cerne da obra de Schmidt ao destacar o papel da confiança proporcionalmente inverso à

¹¹²⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71 e seq.

¹¹³⁰ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, jan./mar. 2002, p. 9 et seq.

¹¹³¹ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 276.

¹¹³² SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

¹¹³³ MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato. In: _____. (Coord.). **A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

¹¹³⁴ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 201.

¹¹³⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. (livro eletrônico). 2. ed. (e-book) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

importância da vontade no negócio jurídico.¹¹³⁶ No Direito Privado, o Código Civil assume essa nova postura, ao ressaltar suas características de eticidade, socialidade e operabilidade,¹¹³⁷ valores esses consubstanciados nos princípios da boa-fé objetiva (art. 422),¹¹³⁸ da função social do contrato (art. 421)¹¹³⁹, do equilíbrio contratual (art. 478),¹¹⁴⁰ dentre outros.

No Direito do Consumidor, a tutela da confiança ganha maior destaque. Prevê hipóteses de criação de vínculos negociais, com efeitos jurídicos, independentemente da vontade manifestada pelo fornecedor, como, por exemplo, no caso da oferta de produtos ou serviços.¹¹⁴¹ A tutela da confiança é princípio chave das relações de consumo a orientar a criação de vínculos

¹¹³⁶ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 201

¹¹³⁷ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, jan./mar. 2002, p. 11.

¹¹³⁸ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹³⁹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹⁴⁰ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹⁴¹ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018. Na jurisprudência, como exemplo, ementa: “Direito do consumidor. Recurso especial. Vício do produto. Automóveis seminovos. Publicidade que garantia a qualidade do produto. Responsabilidade objetiva. Uso da marca. Legítima expectativa do consumidor. Matéria fático-probatória. Súm. 7/STJ. 1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV). 2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à principiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30. 3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade. 4. A responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avaliados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM. 5. Recurso especial não provido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1365609/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Recorrente: General Motors do Brasil LTDA., Recorrido: Milton Ferreira Barros, julgado em 28/04/2015, DJe 25/05/2015.

negociais e o estabelecimento de responsabilidade civil.¹¹⁴² O próprio Código de Defesa do Consumidor inaugura uma nova perspectiva para a teoria das nulidades, atingindo o plano da validade como meio de proteção do contratante vulnerável, como na enumeração de cláusulas abusivas.

Assim, a confiança atinge a própria noção de ato-fato, que não se sustentaria pela mera análise de *quem* pratica o contrato de transporte, como propõe a sistemática tradicional, a qual, por exemplo, sendo o caso de um adulto, consideraria verdadeiro contrato e, o caso de uma criança, sequer negócio jurídico. Além dessas hipóteses, o reconhecimento das vulnerabilidades atinentes às singularidades dos sujeitos protegidos irá refletir também na consideração de sua vontade para além da prática de atos corriqueiros de consumo, mas também para a prática de atos não-patrimoniais. Nesse ponto, reascende de efeitos jurídicos as considerações a respeito da opinião das crianças e adolescentes nas relações de família, inclusive quanto ao impedimento de efetivação de determinados atos sem o seu consentimento, como a adoção.¹¹⁴³

Dessa forma, nesta segunda parte, analisar-se-á a importância da invalidade como paradigma de proteção por meio da ordem pública e, em um segundo momento, a importância do reconhecimento de efeitos jurídicos da vontade expressa por vulneráveis. Afastando o paradigma da igualdade formal, a vontade do consumidor há de ser confrontada na sociedade de massas, no sentido de que o ordenamento deve proteger esse sujeito vulnerável em detrimento a princípios tão arraigados no Direito Civil moderno, como *pacta sunt servanda* e liberdade de contratar. Essa mesma lógica, baseada na vulnerabilidade, que protege o consumidor, deve ser aplicada para outras categorias de grupos vulneráveis. No que tange à categoria de incapacidade, merece o estudo do reconhecimento dos efeitos dos negócios jurídicos firmados por crianças e adolescentes, confrontando a então categoria dos atos-fatos. Além dessas hipóteses, os efeitos da manifestação de vontade ocorrem sobretudo nos chamados atos existenciais que digam respeito a considerações sobre o próprio corpo, tratamento de saúde, entre outros.

O reconhecimento de efeitos para os demais grupos de vulnerabilidade e diversidade foram tratados no estudo de suas categorias, por não implicar, a lei, restrição genérica, como

¹¹⁴² MARQUES, Claudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. (livro eletrônico). 2. ed. (e-book). 8. ed. (impresso). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹⁴³ “Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. [...] § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.” BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

no caso dos remanescentes incapazes – crianças e adolescentes. Especial ênfase foi reservada à pessoa com deficiência em face de recente alteração legislativa na regulamentação da matéria.

3.2.1 A invalidade como tutela de uma ordem pública de proteção da vulnerabilidade

A colocação da teoria das nulidades como controle de proteção passa por uma nova perspectiva nas relações negociais. Na linha apontada no início dos estudos por Amaral, “a nulidade passa a instrumento de proteção de interesses gerais” e complementa “garantindo mais igualdade e solidariedade nas relações jurídicas.”¹¹⁴⁴ Nesse sentido, o Direito Privado se funcionaliza, estabelecendo valores a perseguir, dentre eles, o equilíbrio das relações, a função social dos contratos, a boa-fé objetiva¹¹⁴⁵ e a proteção dos vulneráveis.¹¹⁴⁶

Como salienta Marques, a lei reduz o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, tendo sido uma das pioneiras, nesse sentido, a legislação de proteção e defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90); passando, o Direito Privado, de uma visão liberal e individualista para uma visão mais social e que valoriza a função do Direito.¹¹⁴⁷ Nesse ponto, mister compreender o sentido finalista com a proposta promocional defendida por Bobbio,¹¹⁴⁸ situando-se esse discurso no plano histórico, de forma paradoxal, tanto com viés conservador como reformador.¹¹⁴⁹ Daí, como aponta Cárcova, a importância da problemática dos “Direitos Humanos” que pode se transformar em ferramenta de luta, de denúncia e de resistência à opressão para a análise funcional do Direito.¹¹⁵⁰ No âmbito do Direito Privado, reflete um

¹¹⁴⁴ AMARAL, Francisco. **Direitos civil**: Introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 513.

¹¹⁴⁵ Judith Martins-Costa salienta que a boa-fé transformou-se “num princípio geral de tutela ao contratante débil, muito embora a letra da lei fornecesse outros princípios e mecanismos técnicos melhor adaptados para essa função.” Refere-se a autora, no CDC, ao art. 4º (presunção de vulnerabilidade e princípio da transparência), a interpretação contra proferentem (art. 47), entre outros. Vide MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**: Homenagem a Tulio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 399.

¹¹⁴⁶ Vide MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, passim.

¹¹⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: Novos estudos de teoria do direito. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, 40.

¹¹⁴⁹ CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Trad.: Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 185. Conforme refere o autor: “O direito, no substancial, cumpre um papel formalizador e reproduzidor das relações sociais estabelecidas, e, ao mesmo tempo, um papel de remoção e transformação de tais relações. Cumpre uma função simultaneamente, conservadora e reformadora.”

¹¹⁵⁰ CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Trad.: Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 186.

discurso de proteção aos valores constitucionais que levem em conta a pessoa¹¹⁵¹ e a tutela dos atos existenciais (não patrimoniais).¹¹⁵²

Como referido, essa influência se inicia no Código de Defesa do Consumidor. Particularmente, em relação à teoria das nulidades, verifica-se que há um controle do próprio conteúdo do contrato, afastando-se o dogma da intangibilidade deste em relação ao princípio *pacta sunt servanda*, de forma a aferir o equilíbrio da relação entre as partes e a proteção ao vulnerável.¹¹⁵³ Conforme refere Marques, o princípio da confiança irá atingir a liberdade de contratar e o conteúdo negocial para promover uma igualdade substancial entre as partes.¹¹⁵⁴ Por essa razão, constata-se, no CDC, um rol não exaustivo de cláusulas abusivas, fulminando-as com o vício da nulidade.¹¹⁵⁵

Essas cláusulas abusivas serviriam para sustentar a ideia de um sistema próprio de invalidades do Direito do Consumidor.¹¹⁵⁶ A nulidade apareceria para defender uma *ordem pública de proteção ao consumidor*.¹¹⁵⁷ Isso significaria, segundo Nery, que “as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública, insuscetíveis de preclusão.”¹¹⁵⁸

Com base no sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência reconheceu uma série de cláusulas como abusivas, afastando a sua incidência. São exemplos, a súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, que limita no tempo a internação do paciente em contratos de plano de saúde e, ainda, no mesmo tipo contratual, a proibição de

¹¹⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito à pessoa humana. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, passim.

¹¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760 et seq.

¹¹⁵³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹¹⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹¹⁵⁵ “Art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:” BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018. Segundo apontamos, o termo nulidade de pleno direito não significa que não deva ser analisada pelo magistrado. Nesse sentido FERREIRA, José do Vale. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 205, 1964, p. 22. Ainda não significa que seja independentemente da produção de provas. Vide BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 181. No mesmo sentido, SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 127 et seq.

¹¹⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: PELLEGRINI, Ada et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.503.

¹¹⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: PELLEGRINI, Ada et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 466.

¹¹⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: PELLEGRINI, Ada et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 466.

aumento abusivo em razão da mudança de faixa etária para o consumidor idoso.¹¹⁵⁹ Interfere-se no conteúdo do contrato, sendo que o sentido de ordem pública vai além de mero desrespeito à legislação posta. É a confiança despertada no consumidor, consubstanciada na infringência do dever de informar, que cria vínculos contratuais e determina a responsabilidade do fornecedor.¹¹⁶⁰

Mas, desde a redação do Código Civil de 1916, já se assinalava um sentido de ordem pública como limite à autonomia privada, embora sem referência expressa. Como acentua Miragem, aparece expressamente no Código Civil português, francês e no BGB.¹¹⁶¹ No Código Civil de 2002, há menção a esses limites com especial referência à ideia de funcionalidade: “Art. 2.035. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”¹¹⁶²

No entanto, os princípios liberais do início das Codificações conformavam uma ordem pública muito restrita, dizendo respeito precipuamente à interpretação de disposições legais, em conformidade com um Direito Privado fechado enquanto sistema,¹¹⁶³ cujo método dedutivo imperava na solução das lides. Conforme aponta Lorenzetti, os Códigos de Direito Privado no século XXI devem ser Códigos de valores.¹¹⁶⁴

Nessa senda, o Código Civil de 2002 inaugurou um novo Direito Privado, repleto de cláusulas gerais. Como demonstração disso, a boa-fé passou a estar explícita e vincular os

¹¹⁵⁹ Ementa: “Recurso Especial - Ação Declaratória de nulidade de cláusula do contrato de seguro saúde que prevê a variação dos prêmios por mudança de faixa etária - Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, afastada a abusividade da disposição contratual. Insurgência da segurada. (...)5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, nas circunstâncias do presente caso, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula. 6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1280211/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, Recorrente: Eunice Barros Solera, Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde S/A, julgado em 23/04/2014, DJe 04/09/2014.

¹¹⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): o novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹¹⁶¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153.

¹¹⁶² BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad.: Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 50 et seq. O autor defende um sistema aberto permeado por valores em contraposição aos sistemas fechados de direito.

¹¹⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. A codificação do direito privado no século XXI. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 51.

contratantes. Com efeito, ao lado dos princípios da boa-fé objetiva (art. 422, CC/2002) e da função social do contrato (art. 421, CC/2002), expressamente positivados, o Código Civil também recepcionou, de forma indireta, o princípio do equilíbrio contratual, assinalando a possibilidade de o juiz interferir no conteúdo do contrato.¹¹⁶⁵ Exemplo, nesse sentido, é o que trata da cláusula penal, da cláusula de não-indenizar,¹¹⁶⁶ além da hipótese, já citada, da onerosidade excessiva.

A interpretação que a doutrina e jurisprudência realizaram em relação ao instituto da onerosidade excessiva demonstrou que o juiz poderia intervir no conteúdo negocial do contrato nas relações privadas em geral, não sendo atributo exclusivo do Direito do Consumidor.¹¹⁶⁷ É possível identificar, como afirma Marques, um verdadeiro diálogo de fontes nesse sentido, de modo a fortalecer os dispositivos de proteção e elevar a visão do intérprete para o *telos* do conjunto sistemático de normas e dos princípios constitucionais.¹¹⁶⁸

É nesse contexto que se apresenta uma revisão da teoria das nulidades, vista não apenas no sentido de perfectibilização do ato (requisitos dos elementos essenciais), mas de compatibilidade do negócio com a ordem pública estabelecida pelo Direito Privado a partir dos postulados da boa-fé, do equilíbrio das relações contratuais e de proteção à pessoa. Certo é que esse controle era realizado quando do confronto com a legalidade e bons costumes,¹¹⁶⁹ no entanto, na acepção atual, a ordem pública sustenta valores constitucionalizados em consonância com os direitos humanos.

¹¹⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos et al. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, s/p.

¹¹⁶⁶ TAVARES, Fernanda Girardi. Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.). **A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 360 et seq.

¹¹⁶⁷ Como exemplo, ementa: “Agravamento Interno. Agravamento em Recurso Especial. Ação de Indenização. Contrato verbal de fornecimento de filmes plásticos para fabricante de bebidas. Alegação de onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual. Danos materiais e morais. Prescrição trienal. Termo inicial. Data da lesão. Artigo 189 do Código Civil. 1. ‘O Código Civil de 2002, assim como o fazia o de 1916, adota orientação de cunho objetivo, estabelecendo a data da lesão de direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada, como regra geral para o início da prescrição, excepcionando os demais casos em dispositivos especiais. Assim, não se deve adotar a ciência do dano como o termo inicial do prazo se a hipótese concreta não se enquadra nas exceções’ (REsp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 29.8.2016). 2. Na presente hipótese, as agravantes não podem alegar desconhecimento da lesão ou mesmo de seus efeitos, pois os danos decorreram de sua omissão em exercerem seus direitos legais e contratuais durante o período de relacionamento comercial. 3. Agravamento interno a que se nega provimento.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AgInt no AREsp 1004912/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Agravante: Caiuma embalagens plásticas Ltda. e outros; Agravado: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, julgado em 03/10/2017, DJe 06/10/2017.

¹¹⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo de fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____. (Coord.). **Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 66.

¹¹⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da validade**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

No sistema do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda advertia que por ilicitude se deveria compreender também o ato imoral.¹¹⁷⁰ Em relação a essa ponderação, Mello referia à desconformidade com o Direito, denominando os atos contrários aos “preceitos de ordem pública”, a significar dispositivos legais que não poderiam ser derogados pela vontade das partes.¹¹⁷¹ No Código Civil de 2002, essa alusão aparece nos contratos realizados com fraude à lei, no sentido de aparentar compatibilidade, mas cujo resultado obtido está em desarmonia com o ordenamento jurídico. Nesse ponto, a teoria das nulidades do Direito Civil encontra toda a problemática da Teoria do Direito, no sentido de invalidar atos que sejam caracterizados como violação de normas jurídicas.

Essa interpretação restrita deve ser repensada, como afirma Miragem, para trazer o conceito de ordem pública como “de acordo com o que se convencionou denominar constitucionalização do Direito Privado, que se apresenta, de modo destacado, através da denominada eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.” E ainda complementa o autor, “não como ordem de conteúdo meramente negativo (de restrição da liberdade), mas, sobretudo, protetivo, promocional de interesses fundamentais da pessoa, razão pela qual se torna conformadora do exercício da autonomia privada.”¹¹⁷²

Essa nova percepção a respeito das invalidades amplia o sentido para uma consideração da ordem pública de acordo com uma visão mais abrangente do princípio da legalidade, de forma a considerar a causa de nulidade virtual, prevista no art. 166, inciso VII, do Código Civil como uma compatibilidade geral a todo o sistema. Conforme ressaltam Silva e Souza,

Em suma, todo ato de autonomia privada contrário à normativa superior e fundante do sistema jurídico (a Constituição Federal) deverá ser considerado contrário à ‘lei’ em sentido amplo, e, portanto, nulo nos termos do art. 166, VII, do Código Civil.¹¹⁷³

¹¹⁷⁰ Nesse sentido, manifesta-se Pontes de Miranda: “A concepção brasileira do “objeto ilícito” (art. 145, II, 1.^a parte) de modo nenhum deixa ao juiz margem a consultar o seu íntimo, para dizer se o objeto (ou o fim) é imoral. Não se poderia ter por nulo o contrato em que se prepara monopólio, ou se assegura monopólio de determinado produto; pôsto que as leis penais e administrativas possam incidir nos atos de abuso do poder econômico e apontar certos objetos de contrato, no sentido do art. 145, II, 1.^a parte, como ilícitos. Aliás, sempre que o objeto não é imoral em si-mesmo, ou não é imoral o motivo que se fêz relevante no conteúdo do ato jurídico, não há nulidade por ilicitude.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. IV. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

¹¹⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

¹¹⁷² MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 72, out./dez. 2009, p. 66.

¹¹⁷³ SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Influxos de uma perspectiva funcional sobre a (in)validade dos negócios praticados por pessoas com deficiência intelectual ou psíquica. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 307.

Nesse sentido, a problemática das cláusulas abusivas nas relações civis e empresariais deverá receber um tratamento de acordo com a nova teoria contratual, o que desencadeia a possibilidade de invalidação quando contrárias aos novos princípios sociais.¹¹⁷⁴ A ideia de abertura das cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV, §1º)¹¹⁷⁵ influencia uma nova postura de invalidade para todo o Direito Privado.

A teoria das nulidades deverá levar em conta os princípios primordiais do Direito Privado, atuando a sanção de nulidade também com um viés finalista e de proteção. Os valores constitucionais de salvaguarda à dignidade da pessoa se fazem sentir no âmago do Direito Civil, orientando o aplicador para a efetivação desses princípios no caso concreto. O negócio jurídico passa a ser considerado também quanto ao seu conteúdo, não mais como uma visão neutra (*pacta sunt servanda*), mas a partir da aplicação desses postulados, permitindo uma ampla análise de suas cláusulas, evidenciando uma interferência maior no caso dos contratos assimétricos, como os contratos de consumo e daqueles praticados por demais vulneráveis.

Nesse contexto, a teoria da nulidade assume um viés transformador, passando a levar em consideração a proteção dos princípios constitucionais por meio da avaliação das cláusulas gerais dispostas no ordenamento jurídico. É uma tutela de juridicidade e legalidade no sentido amplo para considerar inválidos atos que vem de encontro a dispositivos legais e a valores merecedores de tutela.¹¹⁷⁶ A invalidade se apresentaria em relação à contrariedade aos valores do sistema, como um juízo amplo de ilicitude. Conforme exposto no início desta segunda parte, exige do aplicador uma atuação positiva no sentido de concretizar tais valores.

Catalan bem pontua o papel do juiz nesse contexto, como criador do comando a ser observado pelos contratantes, que deve estar em consonância com a Constituição.¹¹⁷⁷ O autor

¹¹⁷⁴ DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 32, out./dez. 2007, p. 180.

¹¹⁷⁵ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.” BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹¹⁷⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 171.

¹¹⁷⁷ CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 (CC/2002) e o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 25, jan./mar. 2006, p. 222 et seq.

acentua o papel desempenhado pelas cláusulas gerais na busca da concretização dos ditames propostos no novo Código Civil e a posição do magistrado não apenas como “boca da lei”, impondo-se ao exegeta o dever de preencher essa moldura legislativa.

Trata-se de uma análise a respeito da vulnerabilidade em concreto da pessoa e da necessidade de proteção do vulnerável. Como acentua Marques, no regime do Código de Defesa do Consumidor, “um direito de proteção do vulnerável exige uma ‘sanção’ dura (o dever de proteção é um imperativo absoluto, pois não há proteção se não houver qualquer efeito do direito garantido por lei de ordem pública como o CDC!).”¹¹⁷⁸ Por isso, a necessidade de o juiz reconhecer, de ofício, disposições abusivas nos contratos, praticados em desfavor de qualquer vulnerável. Por essa razão, não há qualquer justificativa para a manutenção da súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça.¹¹⁷⁹ Aliás, como demonstrado, estaria em desacordo não só com um sistema de nulidades funcionalizado, mas também com a Constituição e os princípios do Código Civil de 2002, como a função social dos contratos (art. 421), a vedação do enriquecimento ilícito (art. 187)¹¹⁸⁰ entre outros.

Como compete ao Poder Judiciário e às instituições autônomas, como Ministério Público e Defensoria Pública, a proteção da ordem pública, dos direitos humanos e a promoção dos valores constitucionalmente estabelecidos, inclusive com atuação contramajoritária, é parte da atuação público-democrática a identificação das situações que contrariem os valores do ordenamento e o seu afastamento para a proteção da parte vulnerável.

No que diz respeito ao Judiciário, tratando-se de temas sensíveis, que afetem a igualdade dos sujeitos no plano material, a tutela da dignidade se impõe mesmo na hipótese de o próprio vulnerável não ter consciência da violação de seus direitos.¹¹⁸¹ Deve ser promovida essa tutela,

¹¹⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹¹⁷⁹ “Súmula n. 381. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381, Segunda Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 24/05/2013, DJe 05/05/2009. Vide TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 73, jan./mar. 2010, p. 52.

¹¹⁸⁰ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): o novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹¹⁸¹ Nesse sentido, a desconsideração do consentimento da criança e adolescente no que se refere à configuração de exploração sexual. Ementa: “Direito Penal e Processual Penal. Desnecessidade de revolvimento fático-probatório. Manutenção de casa de prostituição e exploração sexual de menor de idade. Autoria e materialidade comprovados e não contestados. Mercancia sexual aferida. Proveito e lucro com a realização dos “programas sexuais” e venda de bebidas aos clientes. Exploração sexual. Desnecessidade de tolhimento da liberdade. Prática sexual por crianças e adolescentes. Voluntariedade e consentimento. Desconsideração. Vulnerabilidade e imaturidade presumidas. Erro de tipo quanto à idade da vítima. Exclusão do dolo. Atipicidade. Desconsideração. Princípio da proibição da proteção deficiente e aplicabilidade da teoria da tipicidade conglobante. Unicidade

pelo julgador, tanto para questões existenciais, como, por exemplo, a necessidade de tratamento de saúde,¹¹⁸² como para questões patrimoniais, identificadas, sobretudo, no reconhecimento de ofício de cláusulas abusivas nos contratos de consumo.¹¹⁸³

Conjuga-se da opinião de Souza que propõe uma análise funcional da teoria das nulidades no sentido de não abandonar totalmente as previsões legislativas: servindo-as como ponto de partida.¹¹⁸⁴ Ao traçar os atos nulos e anuláveis (conforme o grau de invalidade sem qualquer relação entre o suposto caráter público e privado), o legislador estabelece *a priori* os valores do ordenamento jurídico, colaborando à previsibilidade de seus efeitos. Poderá eleger valores que mereçam uma tutela maior de proteção, como o fez ao elencar as cláusulas abusivas no rol do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, nominando situações que devam caracterizar maior abuso. Conforme refere Miragem, nessa hipótese, a determinação da lei

jurídica. Direitos fundamentais. Proteção ao menor e ao adolescente e aos direitos trabalhistas. Dignidade da pessoa humana. Apresentação de documentação pessoal. Obrigatoriedade. Necessidade de formalização dos contratos. Proteção de fato e de direito efetivo. Recurso especial provido. [...] 6. Este Tribunal também definiu que "atos ou comportamento de natureza sexual perpetrados por crianças e adolescentes, ainda que aparentemente voluntários ou consentidos, não podem receber a mesma valoração que se conferiria a quem já atingiu a vida adulta, antes, devem ser tratados dentro da vulnerabilidade e da imaturidade que são (presumidamente) peculiares a uma fase do desenvolvimento humano ainda incompleto." (AgRg no REsp 1.508.656/GO, Rel p/ acórdão. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1/2/2016)." BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1464450/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: L. T. W. e outro, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017.

¹¹⁸² Ementa: "Administrativo. *Habeas Corpus*. Expulsão de estrangeiro após o cumprimento da pena. Decreto expulsório. Paciente acometido de diversas moléstias. Saúde e subsistência comprometidas. Permanência por razões humanitárias. Ordem concedida. 1. Trata-se, na hipótese, de estrangeiro submetido a situação de extrema vulnerabilidade psíquica e social, com afetação de sua condição de saúde e meios de subsistência, possivelmente causada por atos ou omissões estatais, enquanto esteve recluso no sistema prisional brasileiro, bem como após sua soltura. 2. Em sede de expulsão de estrangeiro, a jurisprudência desta Corte Superior prestigia a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República. 3. A própria autoridade coatora acena para a possibilidade de que o Estado brasileiro, atendendo a caráter humanitário, conceda permanência a estrangeiros que pretendem ficar no país, no intuito de ter acesso a tratamentos de saúde essenciais à preservação de sua dignidade e condição humana. 4. Considerando as questões humanitárias envolvidas, aliadas à tramitação de procedimentos administrativos no âmbito do Ministério da Justiça, da Secretaria de Administração Penitenciária paulista, do SUS, além de processo judicial no qual se discute a responsabilidade do Estado de São Paulo pelos danos sofridos pelo paciente, reputo presentes na espécie o fumus boni iuris e o periculum in mora a amparar, em definitivo, a pretensão deduzida nesta impetração. 5. Ordem de habeas corpus concedida para tornar definitiva a suspensão da Portaria n. 2.144, de 22/9/2011, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, bem como de qualquer ato de expulsão do paciente Eyon Adam Joseph do território nacional. Prejudicado o agravo regimental da União." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 301.498/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, Impetrante: Impetrante: Defensoria Pública da União, Impetrado: Ministro da Justiça julgado em 09/08/2017, DJe 16/08/2017.

¹¹⁸³ Em sentido contrário, o já citado enunciado da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381, Segunda Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 24/05/2013, DJe 05/05/2009.

¹¹⁸⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Ano 6, n. 1, 2017, p. 40. Disponível em: <www.civilistica.com.>. Acesso em: 8 out. 2017.

como de ordem pública expressamente revela um status diferenciado à norma, em razão da vulnerabilidade do consumidor, outorgando-lhe um caráter preferencial.¹¹⁸⁵

Conforme assinalam Barboza e Almeida Junior na análise do consentimento da pessoa com deficiência, deve-se ter em conta no regime das invalidades:

[...] uma perspectiva dinâmica e funcional que permita a valoração do real discernimento da pessoa com deficiência no momento da formação e em relação aos seus efeitos, de modo a ensejar a nulidade ou anulabilidade do ajuste negocial de acordo com o seu grau de vulnerabilidade e discernimento avaliado concretamente, buscando como norte a efetiva proteção da pessoa humana, que, independentemente da prévia moldura legal abstrata, é exigida pela Constituição da República.¹¹⁸⁶

Assim, superar-se-ia qualquer nulidade operada *ipso jure* (de pleno direito), pois sempre dependerá de uma valoração por parte do intérprete ao completar os princípios e preceitos do ordenamento de proteção à pessoa e de confiança no trato negocial. Essa interpretação, inclusive, está em consonância com o novo Código de Processo Civil em diversos dispositivos: art. 276¹¹⁸⁷ (não se pronunciará nulidade para proteger a pessoa que deu causa); art. 277¹¹⁸⁸ (não se pronunciará nulidade por forma se a finalidade do ato foi atingida), art. 282¹¹⁸⁹ (modulação dos efeitos da pronúncia de nulidade, reconhecimento de efeitos sem não houver prejuízo, despicienda a sua repetição, ausência de declaração de nulidade caso, no mérito, a decisão seja favorável a quem a nulidade aproveita); art. 283¹¹⁹⁰ (possibilidade de

¹¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

¹¹⁸⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in) capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 226.

¹¹⁸⁷ “Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹⁸⁸ “Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹⁸⁹ “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º. O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º. Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹⁹⁰ “Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

aproveitamento dos atos). O regime de nulidades deve se adequar ao propósito de proteção e aos princípios fundamentais, deixando de ter característica estática, mas devendo ser aferido sempre a partir da análise do discurso, por isso, a necessidade de contraditório.¹¹⁹¹

Essa nova abordagem da teoria das invalidades leva em conta, nesse viés, um diálogo de fontes¹¹⁹² aprofundado, não apenas entre o Código Civil e o Código de Processo Civil, como se pôde observar, mas um diálogo com as demais fontes do ordenamento jurídico analisadas (Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Pessoa com Deficiência), sobretudo para a realização dos valores e objetivos dispostos na Constituição Federal.

Não obstante essa possibilidade estar implícita na interpretação do art. 166, inciso VII, do Código Civil, no que tange ao juízo de uma ordem pública de proteção do vulnerável, em uma exegese que leve em conta os valores constitucionais, mostra-se interessante que esse princípio de proteção à vulnerabilidade venha expresso no Código Civil, como já se assinalou em relação à boa-fé objetiva e à função social do contrato. Salienta-se que já havia a preocupação de a legislação civil proteger o mais fraco no que tange à incapacidade do agente (art. 166, inciso I, do Código Civil). Essa mesma preocupação se apresenta quando se procede uma revisão no regime das incapacidades, identificando sujeitos capazes, mas vulneráveis. A teoria das nulidades, nesse aspecto, revela-se como instrumento de proteção a esses grupos nas relações jurídicas.¹¹⁹³

Abandona-se uma interpretação meramente estática da validade para uma interpretação dinâmica e funcional,¹¹⁹⁴ de acordo com os valores do Direito Privado solidário de proteção à pessoa. Assim, a invalidade servirá para proteger o vulnerável no caso concreto, devendo o julgador avaliar os valores em jogo para afastamento dos dispositivos que vem de encontro a esse espírito. As causas elencadas pelo Código Civil serviriam apenas como ponto de partida,

¹¹⁹¹ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹¹⁹² Vide, por todos, MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____ (Org.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, passim.

¹¹⁹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p. SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Influxos de uma perspectiva funcional sobre a (in)validade dos negócios praticados por pessoas com deficiência intelectual ou psíquica. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 309.

¹¹⁹⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2017, passim.

sendo o inciso VII do art. 166 do Código Civil verdadeira cláusula geral para abertura do sistema às considerações valorativas, em especial, de proteção ao vulnerável.

Em relação à parte mais frágil, a tutela da inexperiência vem expressa no Código Civil quando trata da lesão, como já observado na primeira parte dessa tese. No art. 157 do Código Civil, há a tutela do equilíbrio das prestações a partir da análise da inexperiência/necessidade e, de outro lado, do dolo de aproveitamento. Nesse caso, a hipótese seria de anulabilidade com prazo de decadência para a reivindicação pelo lesado.¹¹⁹⁵ Avançando no sistema de proteção ao vulnerável, o Código de Defesa do Consumidor trata como nulidade absoluta a hipótese em apreço,¹¹⁹⁶ sendo que essa sistemática poderá ser aplicada para identificação de outras tutelas de vulnerabilidades. Uma redação legislativa que conjugasse a ideia de ordem pública de proteção do sistema de defesa do consumidor, com o sistema do Código Civil poderia ensejar um dispositivo que expressamente tutele o abuso da vulnerabilidade importando uma prestação manifestamente excessiva para a parte adversa. Na revisão do sistema de capacidade, um dispositivo privilegiando o sistema de nulidade para tutelar a parte frágil viria ao encontro de um Direito Privado solidário de proteção à pessoa, proposta que será exposta ao final da presente tese.

3.2.2 O reconhecimento dos efeitos jurídicos da vontade dos sujeitos: a visibilidade dos vulneráveis

Ao longo da tese, foi retratado o regime das incapacidades que, com o propósito de proteção, situava os atos praticados por incapazes no plano da invalidade, destituindo-os de qualquer efeito e valor na ordem jurídica. Tutela-se a vontade que cumpre o requisito de validade, emanada por sujeitos livres e racionais, configurando um ideal de igualdade no âmbito

¹¹⁹⁵ “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...] II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;”. BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹¹⁹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p. Conforme afirma a autora expressamente em relação ao prazo: “Como vimos, a nulidade das cláusulas abusivas, prevista no microsistema do CDC é absoluta (art. 166, VII do Código Civil). Trata-se de uma nulidade de proteção dos vulneráveis, regra imperativa e indisponível, que não pode ser sanada, seja pelas partes, seja pela passagem do tempo (aqui se aplicaria o prazo geral de prescrição do direito civil e não os artigos 26 e 27 do CDC). Como vimos, o sistema geral do direito brasileiro prevê no Código Civil (art. 138, parágrafo único), que tais nulidades absolutas podem ser declaradas *ex officio* pelos magistrados, pois o interesse que defendem é social e não só dos interessados.”

jurídico. Nesse nível de compreensão, não se reconhece vulnerabilidade entre seres de igual capacidade.

Com a massificação das relações, a vontade passa a ser standartizada. Nascem os chamados contratos de adesão, expressão criada por Saleilles para aqueles cujo conteúdo é prefixado.¹¹⁹⁷ Conforme refere Schmidt Neto, o valor fundamental da liberdade individual teve o seu alcance consideravelmente reduzido. O aderente se tornou vulnerável e deixou de ter o poder de disposição sobre o conteúdo do negócio.¹¹⁹⁸

Na lição de Marques, “o contrato de adesão exige somente a capacidade dos parceiros contratuais, o consentimento se dá por adesão a uma vontade manifestada de maneira complexa no instrumento contratual, sendo a figura do erro totalmente irrelevante.”¹¹⁹⁹ Os contratos de adesão demonstraram uma nova concepção de contrato. Em obra denominada “A nova crise do contrato”, Marques salienta:

[...] uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas em que também e principalmente, os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e em que a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.¹²⁰⁰

Olha-se, neste momento, para o sujeito contratante: o trabalhador, o consumidor. Em relação ao trabalhador, um Direito do Trabalho com princípios que levem em consideração a vulnerabilidade do empregado, a existência do contrato de adesão de trabalho e a subordinação deste em relação ao empregador. No Direito do Consumidor, normas que tutelem o consumidor vulnerável¹²⁰¹, o momento pré-contratual da publicidade, os contratos de consumo cada vez mais despersonalizados¹²⁰² e imateriais¹²⁰³ e que tenham em conta uma coletividade de

¹¹⁹⁷ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

¹¹⁹⁸ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 115.

¹¹⁹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹²⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato. In: _____. **A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27 -28.

¹²⁰¹ MIRAGEM, Bruno. A vulnerabilidade tem presunção absoluta em favor do consumidor. Vide MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14.

¹²⁰² MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 63.

¹²⁰³ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

consumidores com a tutela dos direitos coletivos *latu sensu*. Tutela-se o vulnerável em razão da sua posição contratual.¹²⁰⁴

Com já mencionado, o Código Civil de 2002 retrata um Direito Privado, funcionalizado,¹²⁰⁵ em que a confiança passa a ocupar as lacunas deixadas pela vontade e amplia os horizontes da hermenêutica contratual,¹²⁰⁶ passando a assumir um papel protagonista nas relações contratuais, tutelando-se as legítimas expectativas das partes, conforme comportamentos objetivamente considerados.¹²⁰⁷

Isso significará, para alguns sujeitos iguais da sociedade moderna, o reconhecimento da sua vulnerabilidade, como o caso dos consumidores e trabalhadores, possibilitando-se ponderar os efeitos dos negócios por eles praticados ou em relação a eles, não apenas em relação ao consentimento válido, mas também por critérios de equidade contratual.¹²⁰⁸ A manifestação de vontade deve ser uma manifestação livre e informada, capaz de amenizar sua vulnerabilidade estrutural.

¹²⁰⁴ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 23.

¹²⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 107.

¹²⁰⁶ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 276.

¹²⁰⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (livro eletrônico): O novo regime das relações contratuais. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s/p.

¹²⁰⁸ É o caso, por exemplo, do reconhecimento de ineficácia de hipoteca de imóveis adquiridas por consumidores em relação à instituição financeira. Ementa: “Civil, Processual Civil e Falimentar. Agravo Regimental no Recurso Especial. Recurso interposto sob a égide do CPC/73. Ação civil pública. Declaração de nulidade de cláusulas contratuais e reconhecimento de ineficácia da hipoteca. Consumidores adquirentes de imóveis residenciais da ENCOL. Legitimidade do ministério público. Existência de relação de consumo entre a incorporadora e os adquirentes de unidades imobiliárias. Ineficácia da hipoteca dada ao agente financeiro pelo incorporador. Adquirentes de boa-fé dos empreendimentos. Súmula nº 308 do STJ. Competência do juízo falimentar para processar e julgar a ação civil pública. Precedentes. Recurso Especial. 1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência dominante desta eg. Corte Superior já proclamou que o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis, quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado, bem como para ajuizar ação civil pública em que se postula a nulidade de cláusula contratual que autoriza a constituição de hipoteca por dívida de terceiro (ENCOL), mesmo após a conclusão da obra ou a integralização do preço pelo promitente comprador (REsp nº 334.929/DF). Precedentes.3. O Código de Defesa do Consumidor atinge os contratos de promessa de compra e venda nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias mediante financiamento. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência do STJ. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.4. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel (Súmula nº 308 do STJ).5. O Juízo universal é o competente para julgar as causas que envolvam interesses e bens da empresa falida, em detrimento do Juízo da situação do imóvel. Precedentes. 6. Agravo regimental não provido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1261198/GO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Recorrente: Banco Bradesco S/A., Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás e outro julgado em 17/08/2017, DJe 01/09/2017.

Para outros sujeitos, como as crianças e adolescentes, pode significar o abandono da classe dos atos-fatos na teoria do fato jurídico, tutelando sua vontade para a realização de atos negociais usuais, com base na confiança.¹²⁰⁹

Na teoria do negócio jurídico clássica, tinha-se em conta apenas os atos patrimoniais, em que a vontade constitui o seu cerne, destituída de validade a vontade dos incapazes. No entanto, a massificação e fluidez da vida cotidiana revelou que essas crianças e adolescentes, em diversas situações fáticas do cotidiano, realizam atos com aparência de negócio jurídico (tais como compra e venda, transporte, troca, etc.). Nesse sentido, Pontes de Miranda, um dos expoentes da pandetística alemã no Direito Privado nacional, reconhecia essa categoria como ato de tipicidade tráfica, verdadeiro ato-fato jurídico, excluindo da noção de negócio jurídico e qualificando-o como ato-fato,¹²¹⁰ para assim preservar a coerência necessária à teoria do negócio jurídico.

A doutrina reconhece a existências desses atos no cotidiano, variando a forma de tratá-los,¹²¹¹ admitindo como parte do tráfego de massa e da vida em coletividade. Couto e Silva defende os chamados atos existenciais, abrangidos na categoria dos atos-fatos, pois não se pode considerar a vontade como núcleo para a prática desses contratos.¹²¹² Veja-se que outros autores não rompem com a estrutura do negócio jurídico nessas hipóteses, considerando tácita a vontade nos contratos de massa, ou quando realizada por incapazes, como se representados ou assistidos estivessem.¹²¹³

Há uma leitura da realidade a partir da concepção da teoria do negócio jurídico. Essa releitura é colocada também em xeque quando se examina o ambiente de contratação por meio eletrônico, em que a vulnerabilidade é exposta de maneira muito mais frequente.¹²¹⁴ Marques expõe a denominada crise da confiança, com a despersonalização, desmaterialização e

¹²⁰⁹ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 276.

¹²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. II. (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s/p.

¹²¹¹ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95. Segundo o autor, as denominações vão desde atos existenciais de Clóvis do Couto e Silva para relações contratuais de fato, ou conduta social típica desenvolvido o termo por Karl Larenz e ainda atos negociais conclusivos como prefere Claudia Lima Marques.

¹²¹² COUTO e SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.88.

¹²¹³ Assim explica SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 106. Refere-se o autor a tentativa de autores como Lehman, Siebert, Esser e Bidlinsky em não alterar a teoria do negócio jurídico.

¹²¹⁴ KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

desterritorialização das relações.¹²¹⁵ Se não há como saber qual o indivíduo contrata, não há como saber se ele teria ou não capacidade. Nesse sentido, a reflexão trazida por Klee:

O princípio da proteção da confiança assume papel relevante nos casos em que não é possível identificar claramente as partes contratantes, tendo em vista o requisito da capacidade da parte. É possível imaginar uma situação em que uma pessoa menor de dezesseis anos – portanto, absolutamente incapaz (art. 3º do Código Civil) – acessa um site de um fornecedor na internet e, utilizando as informações do cartão de crédito de seu pai ou sua mãe, celebra um contrato e adquire um produto.¹²¹⁶

O valor da confiança exsurge, nesse cenário, como a pedra de toque do Direito Privado contemporâneo. Há um olhar dirigido aos efeitos (confiança, boa-fé, aparência) dos atos no plano concreto do que nos atos em si (vontade).¹²¹⁷ Por isso, a leitura dos dispositivos do Código Civil deve ser feita a partir dessa nova visão pelo paradigma da confiança¹²¹⁸ e das cláusulas gerais que informam todo o sistema. A boa-fé objetiva irá pautar comportamento leais, com a elaboração da teoria dos atos próprios, proibindo condutas dúbias ou que iludam o parceiro contratual (como *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surressio*).¹²¹⁹

Esses princípios irão reconhecer efeitos dos atos praticados por crianças e adolescentes no comércio cotidiano. E se são consumidores, reconhecida a vulnerabilidade por essa razão, são ainda mais vulneráveis por serem crianças e adolescentes, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça.¹²²⁰ A solução não seria desconsiderar esses atos, eivando-os de nulidade de pronto, mas contextualizá-los a partir da consideração de vulnerabilidade do grupo em que se inserem.

¹²¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 63.

¹²¹⁶ KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Claudia Lima Marques e as transformações do direito brasileiro: a proteção do consumidor no comércio eletrônico e o princípio da confiança. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber**: Uma homenagem para Claudia Lima Marques. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 222.

¹²¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 63 e SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo**: Vontade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 261.

¹²¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato. In: _____. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

¹²¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, 60 et seq.

¹²²⁰ O Superior Tribunal de Justiça considera as peculiaridades envolvendo os produtos dirigidos às crianças. Ementa: “Processual civil. Direito do consumidor. Ação civil pública. Violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF Publicidade de alimentos dirigida à criança. Abusividade. Venda casada caracterizada. Arts. 37, § 2º, e 39, i, do código de defesa do consumidor. 1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente “venda casada”, **ilícita em negócio jurídico entre adultos**

Assim o fez o Código francês ao estabelecer que os atos usuais praticados por menores não necessitam representação.¹²²¹ Não podem ser invalidados em razão da incapacidade da parte, o que inviabilizaria os negócios cotidianos. Nesse ponto que entra a consideração o respeito da sua vulnerabilidade, no caso concreto: “*il ne s’agit plus de protéger le mineur en raison de son âge mais contre les abus éventuels de faiblesse de ses cocontractants.*”¹²²² A incapacidade não atinge a prática dos atos usuais praticados por crianças e adolescentes. Disposição de tal monta concilia o instituto da incapacidade com certa autonomia das crianças e adolescentes nos dias de hoje, sem se descuidar da especial proteção conferida em razão de sua vulnerabilidade.

Registra-se que o Código de Defesa do Consumidor reconhece essa vulnerabilidade especial quando faz referência às práticas abusivas e à publicidade.¹²²³ Essa proteção em relação às práticas abusivas de marketing se revelam essenciais na medida em que pesquisas demonstram que as crianças e adolescentes são responsáveis pelas decisões de consumo da família.¹²²⁴

e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. *In casu*, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos". Recurso especial improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1558086/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Recorrente: Pandurata Alimento Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016. Grifado.

¹²²¹ “Art. 388.1.1. *L’administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes.*” FRANÇA. **Code Civil, version consolidée au 3 janvier 2018.** Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926>.

Acesso em: 26 jan. 2018.

¹²²² BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d’une partie au contrat.** Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 62. Em tradução livre: Não se trata mais de proteger o menor em razão de sua idade, mas contra o abuso eventual de sua fraqueza por seus cocontratantes. A hipótese de invalidação do ato deve ser buscada nos demais elementos do direito civil como a lesão e os vícios de consentimento.

¹²²³ “Art. 36. [...] § 2º: É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...]. IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.” BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018. Vide RAGAZZI, José Luiz; FERNANDES, Francis Ted. Publicidade entre crianças e adolescentes: o direito do consumidor e a ponderação de princípios. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.). **Direito à Diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 433 e segts. Ainda D’AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, jul./ago. 2016, p. 89 et seq.

¹²²⁴ Pesquisas demonstram que crianças e adolescentes são responsáveis por 80% das decisões de compra da família. Vide “Crianças participam de 80% das decisões de compra de uma família.” **Agência Brasil.** 05 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/03/criancas-participam-de-80-das-decisoes-de-compra-de-uma-familia-aponta>>. Acesso em: 27 set. 2017.

A par das relações de consumo, nas relações de família, o Direito Privado contemporâneo reconhece autonomia para esses sujeitos, revalorando sua vontade. O conteúdo das relações parentais sofreu efetivas transformações: de uma perspectiva formal e autoritária do pátrio poder, passou-se a um vínculo dialógico e ativo da autoridade parental, no qual ganha relevo o processo educacional, cuja função é tornar os filhos pessoas autônomas e responsáveis.¹²²⁵ Como salientam Konder e Teixeira, a autoridade parental, nesse aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos.¹²²⁶ Assim, a autoridade parental representa uma situação subjetiva complexa que conjuga poderes e deveres que devem ser exercidos sempre em favor dos filhos menores.¹²²⁷

Em caso de colocação em família substituta, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que, sempre que possível, a criança ou adolescente devem ser ouvidos e suas opiniões levadas em consideração (art. 28, §1º).¹²²⁸ Ainda mais emblemática é a valoração da vontade para a efetivação da adoção: “Art. 45: [...] § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.”

Essas previsões vão ao encontro do Código Civil francês no que toca a oitiva da criança e do adolescente pelo juiz,¹²²⁹ demonstrando uma alteração mais abrangente no paradigma de

¹²²⁵ KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios na ponderação entre autonomia e vulnerabilidades. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, jan. /abr. 2016, p. 78.

¹²²⁶ KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios na ponderação entre autonomia e vulnerabilidades. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, jan. /abr. 2016, p. 80-81.

¹²²⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 309.

¹²²⁸ “Art. 28. [...] § 1º. Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).” BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹²²⁹ “Art. 388.1. *Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.*” FRANÇA. **Code Civil, version consolidée au 3 janvier 2018**. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926>. Acesso em: 26 jan. 2018. Em tradução livre: “Em todos os processos que lhe diga respeito, o menor capaz de discernimento pode, sem prejuízo das disposições prevendo sua intervenção ou seu consentimento, ser ouvido pelo juiz ou, quando seu interesse assim o direcionar, pela pessoa designada pelo juiz para esse fim. Essa oitiva é de seu direito se assim a requerer. Quando o menor se recusa a ser ouvido, o juiz deve avaliar os motivos de tal

proteção da criança pela lei civil, cuja opinião deve ser levada em consideração no que toca a soluções jurídicas de seu interesse. Goubeaux ressalta situações em que não cabe representação do menor, como atos pessoais (não apenas existenciais, mas também patrimoniais, como recebimento de salário) e seu dever de reparar o dano, quando for o caso.¹²³⁰

No Direito de Família, tem-se mostrado relevante a oitiva da criança quanto às disputas de guarda,¹²³¹ assim como, no âmbito internacional, para caracterização de subtração internacional para efeitos da Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças.¹²³²

A consideração a respeito da vontade da criança e do adolescente ganha ainda mais relevo nas relações existenciais, em razão da dificuldade de se separar a titularidade do direito com o seu exercício. Nesse sentido, foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil, o enunciado 138: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente

recusa. Ele pode ser ouvido desacompanhado, com a presença de um advogado ou uma pessoa de sua escolha. Se esta escolha não parecer ser do interesse do menor, o juiz pode nomear outra pessoa. A oitiva do menor não configura a qualidade de parte o processo. O juiz deve assegurar que o menor foi informado de seu direito de ser ouvido e assistido por um advogado.”

¹²³⁰ GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**: Les personnes. Paris: LGDJ, 1989, p. 362.

¹²³¹ DINIZ, Maria Helena. Guarda: novas diretrizes. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 3, abr./jun. 2015, p. 208. Na jurisprudência, como exemplo: Ementa: “Apelação Cível. Ação de Reversão de Guarda. Disputa entre as avós. Melhor Interesse da criança. Quando os litigantes apresentam condições similares e favoráveis para o exercício da guarda e houver Manifestação de vontade da criança envolvida, esta deve ser considerada, nos termos do art. 28, § 1º, do ECA. Recurso Adesivo. Alienação Parental. O pedido não especificado na petição inicial não pode ser apreciado em grau de recurso, sendo vedada a inovação recursal. Negaram provimento ao apelo e não conheceram do recurso adesivo.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70062082003, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Recorrente: R. M. S., Recorrido: D. R. A., Julgado em 12/02/2015, Publicado em: 23/02/2015.

¹²³² “Art. 13. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.” CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>>. Acesso em: 20 jan. 2018. Vide, na doutrina, MARTINS, Natália Camba. **Subtração internacional de crianças**: As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças: Interpretação judicial da adaptação da criança. Curitiba: Ed. CRV, 2013, p. 165. TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro internacional de crianças**: Comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, p. 270 et seq. Na jurisprudência: Ementa: “Direito internacional. Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Cooperação jurídica entre Estados. Busca, apreensão e restituição de menores. Guarda compartilhada. Ocorrência de retenção ilícita dos filhos por um dos genitores. País de residência habitual. Juízo natural competente para decidir sobre a guarda. Presença de hipótese excepcional. Cessação dos efeitos da convenção para os maiores de 16 anos. Irmã com 17 anos e irmão com 15 anos e meio. Cessados os efeitos da convenção em relação à irmã. Repatriamento isolado apenas do irmão mais jovem. Providência merecedora de bom senso e prudência. Oitiva do adolescente quanto ao desejo de retorno ao país de residência habitual. Necessidade. [...] 7. No caso, a Convenção cessou seus efeitos em face da jovem de 17 anos; porém, ainda opera seus efeitos no tocante ao jovem de 15 anos. Hipótese em que se adota o entendimento segundo o qual repatriar a apenas o irmão, enquanto a irmã permanecerá no Brasil, soa prejudicial ao melhor interesse daquele, pois, não bastasse a alienação reprovável promovida pela sequestradora, o menor seria submetido também ao distanciamento geográfico da irmã. Em observância ao bom senso e à prudência, a oitiva do jovem de 15 anos sobre eventual desejo de retornar ao país de residência habitual e a avaliação pericial de suas condições psicológicas são medidas que se impõem. Recurso especial conhecido em parte e, nesta, provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1196954/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Recorrente: V. M. O. Recorrido: União, julgado em 25/02/2014, DJe 13/03/2014.

relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.” O exercício da autonomia pela autodeterminação existencial é, segundo Menezes e Multedo, expressão material do princípio da dignidade da pessoa humana considerada *in concreto*.¹²³³

Sêco propõe para a avaliação da autonomia em relação aos atos existenciais, os critérios da reversibilidade ou irreversibilidade, e da “adiabilidade ou inadiabilidade”.¹²³⁴ A irreversibilidade em relação à realização de uma tatuagem aconselha que seja adiada para um momento de maior maturidade. Em alguns casos, a solução não será tão simples, como na hipótese da criança transexual e a realização de tratamento hormonal.¹²³⁵ Outros casos dizem respeito ao procedimento de cirurgia estética, como o implante de silicone de mamas ou correção de “orelha de abano”. Para essas hipóteses, o Código de Ética Médica e a Sociedade Brasileira de Cirurgia Médica exigem a autorização dos pais e a manifestação de vontade do adolescente. Assim, mesmo que irreversíveis, o discernimento do adolescente, no caso concreto, reverterá melhor solução com o apoio dos pais.

O cerne da questão diz respeito ao discernimento, que guardará também significado para a própria definição da incapacidade jurídica. A tutela da criança e do adolescente para atos existenciais deve se pautar pelo seu potencial de discernimento, conforme o seu progressivo processo de maturação. A autonomia a ser protegida, portanto, é a autonomia responsável, que mede e suporta as consequências dos seus atos.¹²³⁶ Em alguns casos, são os pais que devem tomar essas decisões. Nessa hipótese, não se trata de autonomia (auto=próprio), mas “expressão da subjetividade dos seus valores e dos seus entendimentos, em consonância com o princípio

¹²³³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 310.

¹²³⁴ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 19. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A0co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

¹²³⁵ Sobre o tema, vide MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 324. Embora haja vedação por Portaria do Ministério da Saúde, para as autoras, “é direito do adolescente com disforia de gênero ver respeitado o seu processo de desenvolvimento e a afirmação de sua identidade.” Informam as autoras que a Defensora Pública do Estado de São Paulo consultou o Conselho Federal de Medicina sobre a adequação e conveniência da hormonioterapia antes da maioridade, sendo que, em parecer detalhado, o Conselho respondeu pela adequação e conveniência do procedimento, o que vem pautando a busca no Poder Judiciário pela implementação da medida.

¹²³⁶ KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios na ponderação entre autonomia e vulnerabilidades. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, jan./abr. 2016, p. 83.

do pluralismo político.”¹²³⁷ Em outros casos, os pais são afastados para a prevalência do discernimento do adolescente, como na situação em que o médico prescreveu anticoncepcional à adolescente de 16 anos, mediante sua solicitação, sem o consentimento dos pais.¹²³⁸ Nessa conjuntura, reconhece-se a efetividade dos direitos sexuais e reprodutivos dos adolescentes como expressão da autonomia¹²³⁹ e não, como outrora, decorrentes simplesmente da instituição do matrimônio. Em outros aspectos, a questão é mais complexa, pois os filhos podem não ter qualquer discernimento e ainda assim a extensão dos poderes dos pais se mostra duvidosa, como no caso Asheley em que os pais iniciaram tratamento médico para retirada do útero e impedir o desenvolvimento da filha que teria idade mental de 6 meses de vida para facilitar os seus cuidados no dia-a-dia.¹²⁴⁰

Evidentemente o discernimento não é algo objetivo, mesmo pessoas adultas podem realizar escolhas irrefletidas ou incoerentes. Nessa linha, a doutrina tem defendido o exercício da autonomia, sobretudo pelos adolescentes.¹²⁴¹ O arquétipo de proteção estabelecido pela Convenção das Nações Unidas, pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é baseado na participação, que não sugere necessariamente decisão. Significa ser considerado como sujeito e não objeto e ter compreensão sobre a situação que lhe acomete.¹²⁴²

Por isso, sugere-se uma nova redação legal para o instituto da incapacidade no que diz respeito às crianças e adolescentes, que leve em conta os efeitos de alguns atos por eles praticados. Esse propósito é reconhecido no Código Civil, como se observa no negócio

¹²³⁷ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 5. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A4co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

¹²³⁸ Assim ocorreu no *leading case* do tema, denominado “teoria do menor maduro”, *Gillik v. Norfolk*, ocorrido na Inglaterra nos anos 80. Uma mãe entrou com ação judicial para cancelar uma normativa médica que autorizava o especialista a prescrever anticoncepcional caso solicitado pela paciente, independentemente do consentimento dos pais. O caso foi julgado improcedente, pois caberia ao médico avaliar o “discernimento” da adolescente e, certificando tratar-se de pessoa suficientemente “madura” para tanto, prescrever o tratamento solicitado. Extraído de SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014, p. 8. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A4co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

¹²³⁹ SCHIOCCHET, Taysa. Sexualidade e reprodução de adolescentes na encruzilhada do direito: a capacidade civil entre os discursos de proteção e interdição. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 459.

¹²⁴⁰ Vide TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Asheley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 180, out./dez. 2008, p. 297.

¹²⁴¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 319.

¹²⁴² KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios na ponderação entre autonomia e vulnerabilidades. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, jan./abr. 2016, p. 83.

realizado pelo menor de 16, em que poderá o juiz considera-lo válido se este ocultou a idade propositalmente¹²⁴³ ou ainda, no campo da responsabilidade civil, poderá ser instado a indenizar os atos praticados.¹²⁴⁴

Assim, podemos reconhecer à priori uma ordem pública de proteção para a categoria das crianças e adolescentes estabelecendo, por exemplo, um artigo de lei, na forma do Código francês, que ressalve a desnecessidade de representação para a prática de atos usuais e que protejam os interesses existenciais das crianças e adolescentes. A incapacidade permanece no Código Civil da forma colocada, com essas exceções, mas com uma nova leitura, visto que este instituto deve se amoldar com uma nova visão de sujeito vulnerável, com a proteção dos seus interesses existenciais e do tráfego comercial e da confiança, de outro lado. Além disso, sob o fundamento da incapacidade civil, não se pode negar o exercício de direitos pelas crianças e adolescentes, principalmente atinentes aos atos existenciais, como já vem sendo reconhecido pelo Código Civil argentino, por exemplo.¹²⁴⁵

¹²⁴³ “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹²⁴⁴ “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹²⁴⁵ “*Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.*” ARGENTINA. Código Civil. **Ley 26.994**. Decreto 1795/2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018. Em tradução livre: “Artigo 26. Exercício dos direitos pela pessoa menor de idade. A pessoa menor de idade exerce seus direitos por meio de seus representantes legais. No entanto, aquele que tem idade e maturidade suficientes pode exercer os atos que são permitidos pelo ordenamento jurídico. Em situações de conflito de interesses com seus representantes legais, poderia atuar com assistência jurídica. A pessoa menor de idade tem direito de ser ouvida em todo processo judicial que lhe diga respeito assim como de participar das decisões sobre a sua pessoa. Presume-se que o adolescente entre treze e dezesseis anos tem aptidão para decidir por si mesmo sobre os tratamentos que não são invasivos, nem comprometem seu estado de saúde ou provoquem risco grave à sua vida ou à sua integridade física. Se se tratar de tratamentos invasivos que comprometam seu estado de saúde ou coloquem em risco sua integridade ou sua vida, o adolescente dev prestar seu consentimento com a assistência de seus progenitores; o conflito entre ambos deve ser resolvido tendo em conta o interesse superior, com base na opinião médica a respeito das consequências da realização ou não do ato médico. A partir dos dezesseis anos, o adolescente é considerado como um adulto para as decisões a respeito do cuidado com o seu próprio corpo.”

A intervenção estatal ou parental deve ser pautada na concretização do que seja o melhor interesse com atenção ao processo de desenvolvimento da autonomia. A consideração a respeito dos efeitos dos demais vulneráveis no ordenamento civil deixa de apresentar controvérsia na medida em que são considerados capazes pelo ordenamento civil, de que resulta a colocação no plano da validade dos negócios jurídicos, podendo, no caso concreto, serem ponderados os efeitos na ótica da ordem pública de proteção estudada.

3.3 Conclusão parcial

Nessa segunda parte, buscou-se retratar que os incapazes do início das Codificações passaram, em sua grande parte, à categoria de sujeitos capazes, mas nem por isso desmerecedores de proteção jurídica. Volta-se o olhar à proteção da vulnerabilidade no contexto do pluralismo. Abandona-se a concepção de sujeito abstrato do Direito Privado para se admitir a diversidade como parte da sociedade. Dessa forma, altera-se o sentido de igualdade. Como afirma Mazière, a igualdade como técnica de proteção exacerbada deve progressivamente ceder lugar à igualdade como técnica de promoção dos indivíduos.¹²⁴⁶

Essa transformação só é possível no contexto de um Direito Privado de viés solidário que procura a concretização da fraternidade ao lado da igualdade e liberdade. Volta-se à proteção da pessoa, tendo em conta o estatuto jurídico que lhe acompanha, como criança e adolescente, idosa, deficiente, mulher, indígena, consumidora, dirigido à concretização dos valores constitucionais. Tal orientação ficou conhecida como “repersonificação” do Direito Civil, em que a influência dos direitos fundamentais se faz sentir nas relações privadas, com especial ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o método também se modifica: abandonando-se o modelo dedutivo, de afirmações racionais e autoritárias do legislador,¹²⁴⁷ que privilegia a subsunção, para um método que busca a concretização desses valores fundamentais, por meio da consideração da força normativa da Constituição. Cabe ao intérprete promover um verdadeiro “diálogo de fontes”¹²⁴⁸ para que esses valores preponderem no discurso jurídico.

¹²⁴⁶ MAZIÈRE, Pierre. **Le principe d'égalité en droit privé**. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 430.

¹²⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: A transformação das pessoas em mercadorias. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 39.

¹²⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (Coord.). **Diálogo das fontes**: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28

A proteção da vulnerabilidade se estabelece como uma “revolução permanente”¹²⁴⁹ a tutelar uma igualdade substancial, identificando aquele em posição de desvantagem na relação jurídica e na sociedade. Essa desvantagem não deve ser tutelada unicamente pelo regime de incapacidade que separa os sujeitos em duas categorias: capazes e incapazes; um regime de “tudo ou nada”,¹²⁵⁰ “do céu ao inferno”.¹²⁵¹ A vulnerabilidade se apresenta na consideração de que alguns sujeitos merecem tutela diferenciada, tendo em conta seu papel na sociedade. Essa vulnerabilidade a exigir consideração do jurista passa necessariamente pela superação do discurso da igualdade, do nivelamento, capaz de representar uma violência contra aquilo que é diverso.¹²⁵² Dentro dessa diferenciação, é possível identificar vulnerabilidades agravadas, denominadas também, pela doutrina e pelos julgados, hipervulnerabilidades, quando se sobrepõem vulnerabilidades, como no caso da mulher indígena, do consumidor idoso, entre outras.

A vulnerabilidade leva em conta as especificidades dos sujeitos sem lhes retirar a autonomia, possibilitando a sua participação na sociedade. Autonomia e vulnerabilidade são chaves indispensáveis para a concretização da dignidade da pessoa humana, a fim de promover a liberdade e as decisões pessoais, sobretudo as de cunho existencial.¹²⁵³

A análise dos grupos vulneráveis demonstrou que muitas das pessoas consideradas incapazes ingressam na categoria de capazes, mas deve-se ter em conta suas peculiaridades, para que o ideal de igualdade não prejudique a necessidade de proteção pelo Direito. Nesse sentido, mostrou-se fundamental a influência do Direito Internacional, especialmente dos Direitos Humanos, abandonando-se a concepção universalista para se concentrar nos grupos de vulneráveis, como têm sido reconhecidos pelas Cortes Interamericana e Europeia. Assim, por exemplo, cita-se o caso das pessoas com deficiência, recentemente tratadas pela Convenção das Nações Unidas de 2007, cujo paradigma de igualdade influenciou a legislação nacional para a

¹²⁴⁹ BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003, p. 17.

¹²⁵⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54

¹²⁵¹ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 94.

¹²⁵² FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 182.

¹²⁵³ BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50.

aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A nova abordagem deve ter em conta o respeito em relação à liberdade de escolha desses sujeitos, promovendo sua maior integração na sociedade. Os institutos de curatela e tomada de decisão apoiada ingressam no ordenamento com essa perspectiva, incentivando a autonomia, especialmente nas questões existenciais.

Essa visão passa pela consideração de que, de objetos, passam a ser sujeitos de direitos, como expressamente consignado na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1989, instrumento de maior aceitação na comunidade internacional. Passa-se de um modelo de proteção/substituição para um modelo participativo, reconhecendo, esse instrumento internacional, a criança como pessoa em desenvolvimento, sujeito ativo na construção de seu futuro em uma relação intersubjetiva com os pais e como titular de direitos fundamentais. Essa concepção irá influenciar o Direito Privado, especialmente a teoria do negócio jurídico e a teoria das invalidades. Assim, reconhece-se efeitos jurídicos em relação à vontade prolatada no que se refere à prática de atos usuais, próprios da vida da criança e do adolescente na sociedade, como compra de lanche, ingresso para o cinema, transporte urbano, uso de aplicativos pagos no celular, etc. De outro lado, reconhece-se também uma autonomia condigna com o desenvolvimento de sua personalidade, especialmente relacionada aos atos existenciais, como direitos reprodutivos, cirurgia estética reparadora, etc.

Na teoria das invalidades, o entendimento a respeito da nulidade dos atos praticados pelos incapazes passa por um juízo de ponderação em relação aos valores defendidos pelo ordenamento jurídico. Assim, a consideração a respeito de um Direito Privado de proteção à pessoa, no contexto do pluralismo, exige uma análise que vai além da perfectibilização do negócio jurídico, quanto aos requisitos intrínsecos e extrínsecos do ato, mas que leve em conta a proteção da vulnerabilidade como valor jurídico. Por isso, defende-se um juízo amplo de invalidade na interpretação do art. 166, VII, do Código Civil, como cláusula geral, capaz de permitir um juízo de adequação com os valores do ordenamento, em que se inscreve também a proteção à pessoa vulnerável. Essa interpretação pode ser buscada nas normas postas do ordenamento ou pode, para melhor adequar o sistema, implicar alteração legislativa que expressamente consigne uma causa de invalidade para o fim de tutelar a vulnerabilidade no Direito Privado ao lado dos demais incisos do art. 166 do Código Civil.

Abandonam-se as categorias pré-estabelecidas do regime de incapacidade, cujo modelo de sujeito abstrato não se coaduna com a diversidade da sociedade contemporânea e cuja proteção tem sido por meio da interdição/representação, ou seja, a invisibilidade do sujeito. A busca pela participação, pela visibilidade, exige do ordenamento respostas positivas em relação

ao um regime jurídico de proteção e promoção. Essa visibilidade é muito bem retratada na obra de Marques e Miragem:

Esta ideia do “outro como espelho” nos é muito importante, pois marca até hoje a nossa visão da “diferença”: a imagem refletida é sempre uma “verdade” invertida, igual, mas diferente! [...] Esta visão do outro como igual significa os atuais esforços do Direito de superar a desigualdade criada pela diferença ou, em nossa análise, pela vulnerabilidade pela fragilidade ou fraqueza de determinados grupos sociais.¹²⁵⁴

Portanto, a incursão na categoria de vulnerabilidades e diversidades examinadas permite concluir que é preciso alterar o paradigma de proteção, abandonando o regime clássico das incapacidades por meio de considerações individualizadas para considerações gerais, “socializadas”.¹²⁵⁵ O estudo desses grupos demonstra que o Direito deve ter em conta essas particularidades para a superação da igualdade meramente formal para que o ideal de solidariedade triunfe na sociedade contemporânea, como já vem sendo constatado em diversos julgados, em especial referência ao reconhecimento do casamento homoafetivo e das decisões do Superior Tribunal de Justiça em relação aos sujeitos ‘hipervulneráveis’, dentre outras retratadas no corpo dessa tese.

¹²⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

¹²⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 8, 1993, p. 201.

4 CONCLUSÃO FINAL

O princípio da igualdade que marca a conformação do direito moderno, reflete suas características nas Codificações com a afirmação de que “toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”¹²⁵⁶ No entanto, como todo postulado geral e abstrato, precisa ser posto em prática nos casos concretos ou mediante leis particulares, levando em conta especificidades que não são apreendidas senão com um olhar peculiar às características concretas dos sujeitos. Por isso, a tese parte da igualdade formal para a igualdade material, levando em conta o pluralismo (de leis, sujeitos) e a vulnerabilidade das partes. Censura-se, nesse contexto, o regime das incapacidades que promoveu uma ruptura no modelo de igualdade do art. 1º do Código Civil brasileiro para distinguir aqueles que não mereceriam o mesmo tratamento jurídico no que toca à prática de atos com reconhecimento de efeitos.

Apresenta-se uma análise crítica dessas categorias para demonstrar que tal diferenciação marcou, de forma estigmatizante, profundamente os sujeitos do Direito Privado apenas pela distinção de capacidade civil. No entanto, antes de partir para uma proposição a respeito do regime de capacidade de Direito Civil, há que se situar também esta proposição no campo crítico. Como afirma Mazière, o estudo das regras particulares de igualdade, legais ou jurisprudenciais, requer prudência, pois assim como a razão pode conduzir à igualdade e equidade, também poderá ser fonte de desigualdades.¹²⁵⁷ O paradoxo é inevitável quando se analisam os critérios para distinguir os indivíduos que merecem maior proteção pelo sistema jurídico, abandonando a concepção meramente abstrata de sujeito. Qualquer nuance a respeito da igualdade pode sofrer as críticas já feitas sobre serem uns sujeitos “mais iguais que outros.”¹²⁵⁸

Nesse sentido, nas últimas décadas, pôde-se observar uma modificação profunda do Direito Privado: constitucionalizado e voltado à proteção da pessoa, abandonando um viés

¹²⁵⁶ “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”. BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹²⁵⁷ MAZIÈRE, Pierre. **Le principe d'égalité en droit privé**. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 45-46. Nas palavras do autor, citando Ghestin: “*L'étude des règles particulières d'égalité ou prétoriennes, requiert donc de la prudence. Car 'Si la raison pousse primitivement à l'égalité de même qu'à l'équité, elle peut aussi conduire à l'inégalité.' Le paradoxe est selon la forme d'égalité retenue, c'est la raison égalitaire qui peut conduire à l'inégalité.*” Em tradução livre: “O estudo das regras especiais ou judiciais de legalidade requer, portanto, cautela. Porque ‘se a razão pode conduzir primitivamente à igualdade ou equidade, ela pode também levar à desigualdade.’”

¹²⁵⁸ ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Trad.: Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 78.

individualista e de proteção a um sujeito abstrato. Assim, como reflexo dessa transformação, os antigos institutos do Código Civil precisam sofrer uma revisão profunda a partir de novos paradigmas.

Marcado por um viés individualista e voluntarista, o Direito Privado moderno dividia as pessoas, conforme fossem capazes ou incapazes, em categorias apriorísticas, e, diante dessa divisão, determinava sua participação nos atos da vida civil. Se bem que ainda permaneça no Código Civil atual, essa partição não sobrevive no Direito Privado contemporâneo de forte viés solidário, que, buscando a inclusão, reconhece a diversidade existente entre as pessoas e, fundamentado nessa diversidade, identifica e protege o vulnerável.

Esse novo Direito Privado enaltece a autonomia dos indivíduos, ao mesmo tempo em que busca mecanismos de protegê-los enquanto pertencentes a grupos vulneráveis. O conceito delineado para vulnerabilidade procura conciliar a ideia de proteção com a ideia de autonomia. Por outro lado, o conceito de incapacidade retira do indivíduo a autonomia, - enquanto sujeito de direito – capaz de se relacionar e agir na vida civil. A proteção conferida pela lei e pela jurisprudência pode caminhar conjuntamente com a permanência do indivíduo nas relações privadas, corroborando sua capacidade civil, com olhar atento para o valor de sua autonomia, mesmo sem deixar de ter em conta as vulnerabilidades que o distinguem no seio social, abalando o tão consagrado princípio da igualdade.

É preciso considerar que essa mudança é lenta e gradual, não se apresenta como ruptura abrupta dos dogmas estabelecidos por séculos. A edição de leis e estatutos para os grupos vulneráveis deve ser constantemente aprimorada, revisada e revisitada para aquilatar novos desafios no processo de igualdade que se quer promover a partir das diferenças. Mas, sobretudo, é preciso uma nova leitura dos institutos que ainda permanecem nos ordenamentos, de tradição muitas vezes milenar (como a figura do pródigo e da insolvência) por meio da lente dos direitos humanos e de proteção à pessoa.

Em outras ocasiões, a mudança legislativa vem acompanhar esse abandono dos dogmas tradicionais, como foi, em um primeiro momento, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, na década de 1990, e hoje se apresenta na publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015. É preciso consignar, no entanto, que essa mudança só vai ser realmente percebida quando o ideal de solidariedade estiver impregnado na mente daqueles que atuam diariamente nas lides decorrentes do Direito Privado, voltando-se o olhar à proteção do vulnerável.

Por isso, propõe-se uma nova conformação jurídica para o instituto da incapacidade, permanecendo apenas para as crianças e adolescentes com alguns temperamentos. Para os

adultos maiores, não se identifica, em especial, com nenhum grupo social, afastando também qualquer referência à doença mental, já especialmente destacada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. A causa da incapacidade poderá ser por uma doença, um transtorno, uma deficiência, uma enfermidade ou um acidente. Poderá ser definitiva ou transitória. O caso concreto irá revelar. A incapacidade está atrelada à ausência de discernimento e impossibilidade de exprimir vontade, mas sem identificação apriorística de categorias.

A hipótese atual prevista no art. 4º, inciso III, do Código Civil brasileiro como incapacidade relativa, (aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade) se mostra insuficiente para a proteção dos indivíduos em tal situação. Foi positiva a alteração no que tange à retirada das causas definidas como deficiência ou enfermidade, no entanto, foi inadequado o seu deslocamento para a hipótese de incapacidade relativa. Essa categoria de incapacidade pouco protege a pessoa, pois não evita o transcurso da prescrição e estabelece um prazo exíguo para reclamar invalidade, muitas vezes em desacordo com os valores de tutela. Assim, para manter a lógica de proteção, melhor seria o deslocamento do dispositivo para o art. 3º do Código Civil brasileiro que trata da incapacidade absoluta, não desaparecendo totalmente o regime de incapacidade delineado pelo legislador das Codificações. Há implicações positivas no Direito Civil na manutenção do instituto da incapacidade, como no regime de nulidades analisado, na responsabilidade civil subsidiária, na prescrição e na própria tradição milenar do instituto.

A capacidade deverá ser sempre construída e delimitada apenas diante do caso concreto, com o fim de categorias apriorísticas, a partir da sentença judicial de curatela para o adulto. Qualquer restrição à autonomia dos indivíduos deve ocorrer a partir do aferimento pontual relacionado aos critérios anteriormente citados.

Por outro lado, a curatela se dissocia da incapacidade. Será conferida aos incapazes, mas não só, podendo ser outorgada gradualmente também aos sujeitos capazes, como já vinha sendo experimentado pelo então art. 1780 do Código Civil.¹²⁵⁹ Estão sujeitos à curatela aqueles que não possuem discernimento ou não puderem exprimir vontade, mas também aqueles que, por alguma dificuldade, desejem esse regime como maior proteção, como no caso do deficiente físico, cuja vontade se mantém inalterada. A curatela também pode ser deferida à pessoa com

¹²⁵⁹ “Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens. (Revogado pela Lei nº 13.146, de 2015).” BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

discernimento reduzido, desde que procedida sua oitiva anteriormente à decisão judicial. Em tal conclusão judicial de curatela, o juiz fixará os limites e alcance do instituto.

A maior autonomia do sujeito, em consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, deve possibilitar a previsão de diretrizes de vontade para o futuro, ou autocuratela, no caso de sobrevir incapacidade de discernimento. Portanto, em sede de conclusão, afirma-se a conveniência de que o Brasil ratifique a Convenção da Haia sobre a Proteção Internacional de Adultos Vulneráveis de 2000 com previsão expressa do denominado mandato por incapacidade. No mesmo sentido, apoia-se a adoção da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015 que prevê dispositivo semelhante e maior autonomia para as pessoas idosas, inclusive quanto à possibilidade de recusa a tratamento médico, ambos tratados em conformidade com os direitos humanos.

A vulnerabilidade é reconhecida no ordenamento jurídico, assinalando a necessidade de proteção especial, seja por meio de edições de leis específicas, políticas de atuação, ou por meio de decisões judiciais que levem em conta essa situação de fragilidade. A análise das categorias estudadas na parte II dessa tese desperta o interesse jurídico relacionado às peculiaridades de grupos vulneráveis em detrimento às então categorias de incapazes. Essa vulnerabilidade é reconhecida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, em tratados específicos e nas decisões de Cortes Internacionais sobre temas como indígenas, mulheres, crianças e adolescentes, idosos, etc. No âmbito interno, a vulnerabilidade e diversidade são elevadas a direitos fundamentais, com referência expressa pela Constituição Federal, destinando tutela específica por instituições públicas como Ministério Público¹²⁶⁰ e Defensoria Pública.¹²⁶¹ Nesse particular, seguindo-se orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça,¹²⁶² entende-se pela coadjuvância da Defensoria Pública e do Ministério Público quanto

¹²⁶⁰ “Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] III - a defesa dos seguintes bens e interesses: [...]e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;”. BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹²⁶¹ “Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.” BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

¹²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1192577/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, Embargante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Embargado: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini - Plano de Saúde Tacchimed, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015.

à tutela jurisdicional dos chamados “necessitados jurídicos”, quais sejam, os grupos vulneráveis retromencionados.¹²⁶³

A teoria das invalidades do negócio jurídico deve ser dirigida a proteção da ordem pública e tutela dos vulneráveis na sociedade contemporânea, abandonando a concepção de nulidade como exclusivamente a ausência de requisitos do negócio jurídico. A invalidade se apresenta como uma ordem pública de proteção dirigida ao fim de tutelar a vontade do vulnerável, podendo também, de outro modo, ser justamente a validade que configurará uma proteção adequada, como no caso da tutela da vontade das crianças e adolescentes para a prática de atos usuais ou atos existenciais. Assim também os institutos já delineados no Código Civil, como os defeitos dos negócios jurídicos e cláusulas gerais, atuam com o olhar dirigido a proteção das pessoas vulneráveis, identificando situações jurídicas que mereçam maior ação pelo ordenamento jurídico.

Esse resguardo passa pelo reconhecimento do indivíduo na sociedade, buscando sua integração e não sua exclusão. Por isso, os institutos de proteção devem assegurar sua autonomia, não excluindo o vulnerável, principalmente da prática de atos existenciais, como foi bastante pontuado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao afirmar a autonomia desses sujeitos especialmente para casamento, direitos reprodutivos e sexuais, e de convivência familiar.

Qualquer restrição à capacidade de agir em relação ao patrimônio deve ser plenamente justificável, quer seja no campo da capacidade quer seja no campo da insolvência, devendo serem afastadas as medidas que importem um distanciamento da pessoa. Exemplo de salvaguarda que leva em conta o empoderamento do indivíduo é o tratamento do consumidor superendividado, cujo projeto legislativo, em sendo aprovado, teria importante efeito para a tutela desse indivíduo especialmente vulnerável. Por isso, em sede de conclusão, esta tese também tem como proposição a aprovação do Projeto de Lei n. 3.515/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, que trata da atualização do Código de Defesa do Consumidor quanto à implementação de medidas de prevenção e tratamento do superendividamento.

¹²⁶³ Nesse sentido, no âmbito federal, a Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018, que reconhece dezesseis grupos vulneráveis, instituindo Grupo de Trabalho específico para cada um deles no âmbito da Defensoria Pública da União, entre eles as categorias estudadas nesta tese: idosos, pessoas com deficiência, indígenas, mulheres, comunidade LGBTI, além de outros relacionados aos temas tratados, como segurança alimentar, saúde, moradia, tráfico de pessoas, comunidades tradicionais, trabalhadores resgatados em situação de escravidão, pessoas em situação de prisão, refugiados, pessoas em situação de rua, etc. BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2018/41200-portaria-gabdpgf-dpgu-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-dpu-e-revoga-a-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-por-meio-da-qual-regulamentou-as-atividades-as-atividades-dos-grupos-de-trabalho-vinculados-a-dpu.>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

Com base nessas considerações, esta tese propõe uma revisão legislativa no regime das incapacidades, na forma de proposição de alteração legal. Salienta-se que já se encontra em tramitação o PL n. 757, de 2015, no Senado Federal com objetivo similar, mas que se restringiu apenas à análise da pessoa com deficiência e o instituto da incapacidade, não sendo uma revisão geral desse regime. Nesse sentido, apoia-se a sua aprovação com relação à alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil, mas propõe-se, em relação a tais artigos, uma revisão mais abrangente. Além disso, em consonância com esse novo regime, sugere-se também um artigo, no sistema de invalidade, para abranger a tutela da ordem pública de proteção ao vulnerável.

Propõe-se o abandono das figuras do pródigo, dos ébrios e dos viciados em tóxicos, pois trabalha com categorias apriorísticas que podem estar abrangidas na fórmula geral de incapacidade na hipótese de ausência de discernimento/impossibilidade de exprimir vontade unicamente. No mesmo sentido, a referência à capacidade dos indígenas deve ser enjeitada, pois, desde a Constituição Federal, não há que se falar em incapacidade apriorística desse grupo. A referência à legislação é totalmente desatualizada em razão de o Estatuto do Índio trabalhar com categorias de índios integrados e não-integrados, já não referendadas pela doutrina, sem qualquer legislação posterior, mesmo como proposição em tramitação.

Entende-se que, em razão da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007, que expressamente dispõe a respeito do princípio da igualdade, com status constitucional, não há mais espaço para o instituto da incapacidade relativa como categoria autônoma no regime de incapacidade aos maiores de 18 anos. Isso porque a referida Convenção expressamente consigna que todas as pessoas com deficiência são capazes e que devem ser fortalecidas as medidas de apoio. Afastando-se para as demais categorias (pródigos, ébrios, toxicômanos), não há razão para ser mantido o sistema às pessoas com deficiência. A proteção alcançada passa necessariamente pelo reconhecimento da vulnerabilidade nas situações em que se apresenta.

Em relação ao Projeto de Lei n. 757, sugere-se a substituição do termo interdição por curatela, evitando a expressão, em razão da sua carga negativa, relacionada ao afastamento do sujeito. Nos demais termos, reitera-se a argumentação anteriormente expendida.

No que concerne às demais propostas veiculadas no Projeto de Lei n. 757, repisa-se, entende-se válida a retomada do art. 1.780 do Código Civil que dissocia a incapacidade da curatela, permitindo sua implantação, por exemplo, para os deficientes físicos que não perdem jamais o discernimento e a possibilidade de exprimir vontade. Enaltecida, outrossim, deve ser a pretensão de alteração quanto ao procedimento de tomada de decisão apoiada, regulamentando-se expressamente a validade dos atos praticados e desnecessidade do registro.

Nos demais dispositivos, reitera-se, que deveria ser procedida uma melhor sistematização do texto que acabou sendo deturpado com a entrada em vigor do Código de Processo Civil atual, evitando-se técnicas não permitidas em nosso ordenamento jurídico, tais como a repriminção.

Observa-se a pretensão do projeto em repriminar artigos revogados pelo Código de Processo Civil no Código Civil, alterados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, como, por exemplo, a incapacidade absoluta da pessoa sem discernimento ou possibilidade de manifestação de vontade ou a curatela da pessoa com deficiência física. Nesse ponto, é positiva a pretensão de reinserção dos postulados quanto a seu conteúdo, todavia o método legislativo utilizado acabaria por esbarrar em técnica obstaculizada por nossa norma interpretativa do Direito brasileiro.

Ressalva-se o apoio ao texto do projeto no que diz respeito a dispositivos que fazem retornar velhos postulados, como, por exemplo, condicionar a realização do casamento à manifestação de vontade do curador (proposta para o art. 1548, alocando como invalidade do casamento aquele contraído pelo incapaz, “*ressalvado* o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1.772” – justamente estar sob curatela), na medida em que a disposição colidiria frontalmente com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Pessoa com Deficiência, regramento com status constitucional.

Nossa proposta de alteração do Código Civil, no que se refere ao regime de incapacidade e nulidade, no essencial, pretende poucas modificações a seguir expostas:

Projeto de Lei de Alteração do Código Civil:

Art. 1º. O Código Civil passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º. São absolutamente incapazes para os atos da vida civil:

I – as crianças e adolescentes até os 16 anos;

II - aqueles que não possuem discernimento e não puderem exprimir vontade.

Parágrafo único: A incapacidade não abrange a prática de atos usuais e atos existenciais, podendo a lei condicionar sua realização à autorização específica do representante legal para crianças e adolescentes.

Art. 4º. São relativamente incapazes para os atos da vida civil os adolescentes entre 16 e 18 anos.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

VIII – praticado com exploração manifesta da vulnerabilidade de uma das partes e implique vantagem excessiva para a outra, de forma contrária ao sistema de ordem pública de proteção aos vulneráveis.

Da curatela

Art. 1767. Estão sujeitos à curatela aqueles que não possuem discernimento ou não puderem exprimir vontade, ou aqueles capazes que requeiram como medida de proteção.”

Art. 2º. O Código de Processo Civil passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 747. [...]

V - pela Defensoria Pública;

VI- Por iniciativa da própria pessoa a ser submetida ao regime de curatela.

Art. 748. O Ministério Público e a Defensoria Pública só promoverão a curatela em se tratando de pessoa com deficiência sem qualquer discernimento nas seguintes hipótese:

I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;

II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.”

Por fim, desenvolve-se uma reflexão que pretende retornar ao título dessa tese com o objetivo de propor o seu encerramento, como um ciclo permanente, como o é o tema da igualdade: sempre recorrente.¹²⁶⁴ A proposição de uma revisão no regime das incapacidades procura alinhar o ideal de igualdade no contexto de pluralismo em que o Direito Privado passe a se preocupar com a valorização da pessoa, sem desconsiderar seus anseios de maior participação na vida civil.

Voltando a epígrafe desta tese, em relação às palavras de Saramago, o verdadeiro sentido da igualdade, no cenário do Direito Privado solidário, não está em tolerar, mas possibilitar uma convivência com a diversidade, protegendo vulnerabilidades.

¹²⁶⁴ Em alusão a Sísifo, um trabalho interminável, mas que merece ser revisto, de tempos em tempos, pelos operadores do Direito.

REFERÊNCIAS

A ASCENSÃO e queda do império dos Guinle. **Revista Veja**. São Paulo, 13 jun. 2015. Disponível em: <<https://vejario.abril.com.br/cidades/a-ascensao-queda-imperio-familia-guinle/>>. Acesso em: 09 out. 2017.

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 545-568.

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil é o quarto país no ranking global de casamento infantil**. Publicado em: 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/brasil-e-quarto-pais-no-ranking-global-de-casamento-infantil>>. Acesso em: 28 de set. 2017

AGUILERA, Fernando Gomes. (Org.). **As palavras de Saramago**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. “José Saramago: Um ateu preocupado com Deus”. O Globo. Rio de Janeiro, 27 de junho de 1993. Entrevista a Sandra Cohen.

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008.

ALEMANHA. **BGB** (2002). Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0312>. Acesso em: 18 jan. 2018.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 20, p. 25-70, out./dez. 1996.

AMARAL, Francisco. Autonomia privada. **Revista CEJ**, v. 3, n.9. Brasília, set./dez. 1999, p. 25-30.

_____. **Direito civil**: Introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. _____. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como fundamento da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102. Brasília, abr./jun. 1999, p. 207-230. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 29 maio 2017.

AMARANTE, Paulo. Rumo ao fim dos manicômios. **Revista Mente e Cérebro**, São Paulo, ed. 164, set. 2006. Disponível em:

<http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/rumo_ao_fim_dos_manicomios.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, volume 86, p. 165-181, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar/2014.

_____; A questão da diversidade e a Constituição de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18-26.

_____; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. Estatuto da pessoa com deficiência – EPCD (Lei 13. 146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 65-80, dez. 2015.

_____; PINHEIRO, Flavia de Campos. A pessoa idosa com deficiência, a dupla vulnerabilidade e a defesa em juízo: breves considerações. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 532-548.

_____; FONSECA, Suzana Carielo da. A pessoa idosa com deficiência: a dupla vulnerabilidade e a importância da fala. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 577-592.

ARGENTINA. Código Civil. **Ley 26.994**. Decreto 1795/2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caetano. São Paulo: Atlas, 2009.

ARNAUD, André Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASÍS, Rafael de. Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 3-30.

ATIVIDADE DE JANA. **Libras – o silêncio que fala**. Publicado em: 14 jun. 2012. Disponível em: <<http://atividadejana.blogspot.com.br/2012/06/deficiencia-auditiva-ou-surdez.html>>. Acesso em: 10 out. 2017.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, vol. 87, p. 79-90, 1992.

_____. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: _____; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo.

(Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Tulio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 19-31.

BAPTISTA, Silvio Neves. A separação obrigatória do idoso e a possibilidade de alteração do regime de bens. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 238-257.

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autotutela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 569-592.

BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito à diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, p. 43-65, jul./dez. 2007.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Democracia e participação: o direito da pessoa deficiente à educação e sua inclusão nas instituições de ensino superior. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 815-834.

BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, Campinas, vol. 1, p. 17 – 33, jan./jun. 2013.

_____; COELHO, Ivana Pedreira. A privacidade da pessoa na produção de diferentes formas literárias: o caso das biografias e das sátiras. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 283-304.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos as pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 67-90.

BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-423.

_____; Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O**

Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163-189.

_____; _____. A (in) capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-227.

_____; _____. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas:** Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 249-274.

_____; _____. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 37-50.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Direitos e limites à autonomia do consumidor idoso de planos de saúde em face ao fornecedor em situações jurídicas de vida e morte, capacidade e incapacidade. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flavio de. (Coord.) **25 anos do Código de Defesa do Consumidor:** Trajetórias e perspectivas. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 199-234.

_____; MAIA, Maurilio Casas. Idosos e planos de saúde: os necessitados constitucionais e a tutela coletiva via Defensoria Pública – Reflexões sobre o conceito de coletividade consumidora após a ADI 3943 e ERESP 1192577. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 201-228, jul./ago. 2016.

BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1989.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial:** Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASSIT, Ana Zahira; WITTER, Carla. Envelhecimento e gênero. In: FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1535-1541.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** A transformação das pessoas em mercadorias. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais.** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro, 2010.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 21, p. 122-142, jan./mar. 1997.

_____. **Teoria geral da lesão nos contratos.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BENDER DE PAULA, Jeanine; GRAEFE, Lucas. O superendividamento na terceira idade: um estudo de caso. **Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento**, v. 19, n. 2, p. 569-582, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevEnvelhecer/article/view/40037/32765>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 8, p. 200-219, 1993.

_____. A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público. **Advocacia Pública & Sociedade**, v. 1, n. 1, p. 13-38, 1997. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32085>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Apresentação. In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 7-12.

_____; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Prefácio. In: LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 17-21.

_____ et al. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. (Livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BERGSTEIN, Laís Gomes. Diálogos entre a Constituição e o direito privado: o fenômeno da descodificação e o novo direito privado solidário. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 327-337.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Crédito consignado ao idoso e "diálogo das fontes": consequência da coordenação das normas do direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 88, p. 83-99, jul./ago. 2013.

_____. **Superendividamento do consumidor: Mínimo existencial, casos concretos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BESSON, Samantha. La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour Européenne. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 59-85.

BEZERRA, Herison de Oliveira. Casamento da vítima com o autor do delito ainda leva à extinção da punibilidade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande. Publicado em: set. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2306>. Acesso em: 28 set. 2007.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo III. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BEUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo: Fatos e mitos**. 4. ed. Trad.: Sérgio Millet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro, [S. N] 1949.

_____. _____. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959.

BICALHO, Clóvis Figueiredo Sette; LIMA, Osmar Brina Correa. Loucura e prodigalidade à luz do direito e da psicanálise. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n. 118, p. 363-388, abr./jun. 1993.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 5. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **O tempo da memória: De senectude e outros escritos autobiográficos**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad.: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina de. A constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, n. 17, p. 21-32, 1999.

_____. O princípio da dignidade humana. In: _____. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

_____. **Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Professores ou juízes? Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 7 ago. 2017.

_____. Prefácio. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, V-VIII.

BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-La-Neuve: Bruylant-Academia, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, 169-225, out./dez. 2002.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Código Civil (2002). Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Código Penal, Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1948. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Código de Processo Civil. (2015). Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Conselho de Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. _____. **IV Jornada de Direito Civil**, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Resolução n. 1, de 1º de fevereiro de 2018. **Diário Oficial da União**. Seção 1, n. 34. 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/Infoleg/2018/02/20/resolu%C3%A7%C3%A3o_1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Decreto n. 5.540, de 2 de junho de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5540.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Decreto 3.956, de 08 de outubro de 2001. **Planalto**. Disponível em: < Decreto 3.956, de 08 de outubro de 2001>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Defensoria Pública da União. Grupos vulneráveis: Identidade de gênero e cidadania LGBTI. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. _____. Grupos vulneráveis: Indígenas. Disponível em: <www.dpu.def.br> Acesso em: 25 set. 2017.

_____. _____. Grupos vulneráveis: Mulheres. Disponível em: <www.dpu.def.br> Acesso em: 25 set. 2017.

_____. _____. Portaria n. 82, de 03 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2018/41200-portaria-gabdpgf-dpgu-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-dpu-e-revoga-a-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-por-meio-da-qual-regulamentou-as-atividades-as-atividades-dos-grupos-de-trabalho-vinculados-a-dpu>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Justiça Federal, Seção Judiciária de Pelotas, Processo nº 50032964420164047110, 3ª Vara Federal de Pelotas, Autor: Luis Adriano Espírito Santo da Silva, Reú: INSS, decisão em 27/06/2006.

_____. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

- _____. Lei n. 16, de dezembro de 1830. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- _____. Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.
- _____. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- _____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 jan. 2018.
- _____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- _____. Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1994. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- _____. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- _____. Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.
- _____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.
- _____. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.820.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- _____. Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.
- _____. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.
- _____. Ministério da Saúde. Campanha da Vacinação H1N1, 2016. **Youtube**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gDxL0ld6nhY>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- _____. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, 2009. Disponível em: <<http://www.arco-iris.org.br/wp-content/uploads/2010/07/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Projeto de Lei n. 3.515 de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Projeto de Lei n. 757 de 2015. **Senado Federal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 36.208/RS, Rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, Recorrente: Maria Elci Ramos Borges, Recorrido: Waldemar Siqueira Borges. Julgado em 14/11/1994, DJ 19/12/1994, p. 35308.

_____. _____. REsp 358.598/PR, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Recorrente: Sérgio Marcos Prosdócimo, Recorrido: Lisiane Maria Rutz Prosdócimo, julgado em 17/09/2002, DJ 02/12/2002, p. 315.

_____. _____. REsp 623.047/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Recorrido: Neli Marisa Ribeiro Dias da Luz, julgado em 14/12/2004, DJ 07/03/2005, p. 250.

_____. _____. REsp 710.204/AL, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Recorrente: Banco do Nordeste do Brasil S/A, Recorrido: Simone Luiza Rocha de Melo julgado em 17/08/2006, DJ 04/09/2006.

_____. _____. REsp 965.597/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social; Recorrido: Frederico Bernardino e outros; julgado em 23/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 355.

_____. _____. REsp. 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009.

_____. _____. REsp 931.513/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 25/11/2009, DJe 27.09.2010.

_____. _____. REsp 1064009/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Fundação Nacional de Saúde e União, Recorrido: Ministério Público Federal, julgado em 04/08/2009, DJe 27/04/2011.

_____. _____. REsp 1201462/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Recorrente: Gustavo Capanema de Almeida e outros, Recorrido: A. P. C. B. e outros, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011.

_____. _____. AgRg na MC 17.349/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Recorrente: Andir Alves Vieira, Recorrido: Ronaldo Julio Kurtenbach e outro julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011.

_____. _____. RMS 30.675/AM, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Recorrente: FUNAI, Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011.

_____. _____. REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Recorrente: Itaú Unibanco S.A.; Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012.

_____. _____. AgRg no Ag 830.135/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Recorrente: Casa de Saúde São Paulo Ltda., Recorrido: Elinaldo Batista Simião, julgado em 01/03/2012, DJe 07/03/2012.

_____. _____. REsp. 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Recorrente: Defensoria Pública da União, Recorrido: Fundação Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012.

_____. _____. AgRg no AREsp 75.615/TO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Recorrente: José Pedro Catani de Paula, Recorrido: Norio Oda e outro, julgado em 19/02/2013, DJe 22/02/2013.

_____. _____. REsp 1251728/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Recorrente: Luiz Cavalcanti Lacerda, Recorrido: Joia Lacerda e outro, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013.

_____. _____. REsp 1326996/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul, Recorrido: Juliano Rojas e Silva, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013.

_____. _____. REsp 1196954/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Recorrente: V. M. O. Recorrido: União, julgado em 25/02/2014, DJe 13/03/2014.

_____. _____. REsp 1280211/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, Recorrente: Eunice Barros Solera, Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde S/A, julgado em 23/04/2014, DJe 04/09/2014.

_____. _____. REsp 1329556/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 25/11/2014, DJe 09/12/2014.

_____. _____. AgRg no AREsp 439.729/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Recorrente: Centro Transmontano de São Paulo, Recorrido: Stefani Suellen de Oliveira Leite, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015.

_____. _____. REsp 1365609/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Recorrente: General Motors do Brasil LTDA., Recorrido: Milton Ferreira Barros, julgado em 28/04/2015, DJe 25/05/2015.

_____. _____. REsp. 1383624/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Recorrente: H. G. P., Recorrido: C. G. G. julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015.

_____. _____. REsp 1440024/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social, Recorrido: Linéia da Silva, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015.

_____. _____. REsp 1416624/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, Vivacqua Irmãos Empreendimentos Imobiliários Ltda. Recorrido: Dalton Bourguignon Braz e outros, julgado em 15/09/2015, DJe 18/11/2015.

_____. _____. AgRg no EREsp 1192577/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, Agravante: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; Agravado: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini – Plano de Saúde Tacchimed, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015.

_____. _____. REsp 1533206/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Recorrente: A. L. C. de J. (Menor), Recorrido: M. R. de J, julgado em 17/11/2015, DJe 01/02/2016.

_____. _____. REsp 1189050/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Recorrente: José Benedito dos Santos, Recorrido: MRV Serviços de Engenharia Ltda., julgado em 01/03/2016, DJe 14/03/2016.

_____. _____. REsp 1558086/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Recorrente: Pandurata Alimento Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016.

_____. _____. REsp 1286133/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Recorrente: Ricardo Queiroz Guimarães e outro, Recorrido: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico, julgado em 05/04/2016, DJe 11/04/2016.

_____. _____. AgInt nos EDcl no REsp 1171108/RS, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Recorrente: Iri Prado Santos, Recorrido: União, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016.

_____. _____. REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, Recorrente: Maria das Graças Sá, Recorrido: Samoc S.A. Soc. Assistencial Médica Odonto e Cirúrgica, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016.

_____. _____. REsp 1650697/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social, Recorrido: Ministério Público Federal, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017.

_____. _____. HC 301.498/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, Impetrante: Impetrante: Defensoria Pública da União, Impetrado: Ministro da Justiça julgado em 09/08/2017, DJe 16/08/2017.

_____. _____. REsp 1464450/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: L. T. W. e outro, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017.

_____. _____. AgRg no REsp 1261198/GO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Recorrente: Banco Bradesco S/A., Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás e outro julgado em 17/08/2017, DJe 01/09/2017.

_____. _____. REsp 1566808/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Recorrente: Neyla Ferreira Mendes, Recorrido: Ministério Público do Mato Grosso do Sul, julgado em 19/09/2017, DJe 02/10/2017.

_____. _____. AgInt no AgInt no AREsp 1004912/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Agravante: Caiuma embalagens plásticas Ltda. e outros; Agravado: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, julgado em 03/10/2017, DJe 06/10/2017.

_____. _____. HC 403.473/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Impetrante: Daniel Perpétuo Macedo, Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017.

_____. _____. Súmula 381, Segunda Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 24/05/2013, DJe 05/05/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 71091, Relator: Min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma. Recorrente: Francisco Ferreira de Almeida e S/ Mulher Recorrido: Luiz Pereira do Amorim julgado em 08/06/1973, DJ 10-09-1973, p. 06516.

_____. _____. ADI 1946, Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, Legitimado: Partido Comunista do Brasil, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003, p.90.

_____. _____. Pet 3388, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto, Requerido: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, julgado em 19/03/2009, DJe-181 Divulg 24-09-2009, Public 25-09-2009. Republicação: Dje-120 Divulg. 30-06-2010, Public. 01-07-2010, Ementa Vol-02408-02, p-00229 RTJ Vol-00212-01, p-00049.

_____. _____. RE 477554 AgR, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, Recorrente: Edson Vander de Souza, Recorrido: Edith Cristina Alves Demian, julgado em 16/08/2011, DJe- 25-08-2011, RTJ, Vol-00220-01, p.-572.

_____. _____. ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Recorrente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, Intimado: Presidente da República, julgado em 09/06/2016, Processo Eletrônico Dje-240 Divulg. 10-11-2016 Public. 11-11-2016.

_____. _____. ARE 929591 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Recorrente: Federação das Empresas de Transporte de Passageiros dos estados do Paraná e Santa Catarina – FEPASC, Recorrido: Estado do Paraná, julgado em 06/10/2017, Processo Eletrônico Dje-247, Divulg. 26-10-2017 Public. 27-10-2017.

_____. _____. Mandado de Segurança 34206, Impetrante Município de Gaúcha do Norte, Impetrado: Presidente da República (ainda pendente de julgamento).

_____. _____. Súmula 377. Sessão Plenária de 03/04/1964. DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277.

_____. Turma Nacional de Uniformização. Súmula n. 78. Data do julgamento 11/09/2014. DOU 17/09/2014, p. 87.

_____. _____. Súmula n. 80. Data do julgamento 15/04/2015. DOU 24/04/2015, p. 162.

BRASILEIRO, Ismênia de Carvalho; MOREIRA, Thereza Maria Magalhães; BUCHALLA, Cássia Maria. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde e seu uso no Brasil. **Revista Acta Fisiátr**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 37-41, 2013.

BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Jurisprudência comentada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 598-604, jul./ago. 2016.

BRITO, Emanuele Seicenti; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 41-63, jul./out. 2012.

BRUN, Anne-Sophie; GALLIARD, Camille. La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée: évolution historique de 1804 à nos jours. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 145-165.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97-112.

_____. **Superendividamento: Reabilitação patrimonial da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Ruth. **Regime jurídico da mulher casada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 26, p. 146-171, abr./jun. 2006.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1952.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 315-356.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Rádio Câmara. **Reportagem especial: Superendividamento**. Publicado em: 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/524181-SUPERENDIVIDAMENTO-6-EM-CADA-10-FAMILIAS-BRASILEIRAS-ESTAO-ENDIVIDADAS-BLOCO-1.html>> Acesso em: 03 out. 2017.

CAMARANO, Ana Amélia. Política de cuidados para a população idosa/Necessidades, contradições e resistências. In: FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1235-1246.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad.: Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e direitos privados**. Trad.: Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONNIER, Jean. **Sociologie juridique**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Trad.: Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 10-29, 2012.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super)endividamento (des)encontros entre dignidade e esperança. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 171-202.

_____; _____. Teoria geral da dignidade e o reconhecimento da tutela aos consumidores superendividados: estudo em homenagem a Cláudia Lima Marques. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Cláudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 431-443.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Diferença entre nulidade e existência em face do Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.118/3, p. 132-148, mar. 1939.

_____. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; SAUAIA, Artenira da Silva e Silva. A dignidade da pessoa humana e o portador de mal de Alzheimer em situação de interdição: um estudo de caso. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 61/2015, p. 85 – 104, jan./ mar. 2015.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividado: referências no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima; _____ (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 389-398.

_____; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 76, p. 74 – 111, out./dez. 2010.

_____; Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 100, p. 425 – 449, jul. / ago. 2015.

CAVALCANTI, Fábio da Costa. A capacidade civil e a culpabilidade penal dos indígenas em face da Constituição de 1988. **AGU**. S/D. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/650578>> Acesso: 18 maio 2017.

CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 (CC/2002) e o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 25, p. 222-232, jan./mar. 2006.

CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988.

CHAVES, Antônio. A condição jurídica do índio. *Revista de Direito Civil* 9/27, jul./set. 1979. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. V. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151-168.

CHAVES, Marianna. A família homoafetiva e a sua tutela jurídica. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 257-270.

CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique. (Coord.). **Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 243-264.

CHEREDNYCHENKO, Olha O. **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions**. München: Sellier European Law Publishers, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** (Livro eletrônico). Vol. V: sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

COMBRET, Jacques et al. **Les personnes vulnérables**. Strasbourg: Crédit Agricole Partenaire des Notaires, 2006.

COMISSÃO PRO-ÍNDIO. **Cadernos da Comissão Pro-Índio**, n. 1 – A questão da emancipação. São Paulo: Global Editora, 1979.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Convention sur la protection internationale des adultes, 2000**. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/ff70a94c-d526-422f-9d4a-23e091c479b5.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. **Linhas Gerais**. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/29feb6f1-8e22-4b4c-a8be-c2b6ac0fbc34.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

CONTRATO DE PROFESSORA em 1923 proibia de casar, frequentar sorveterias e andar com homens. **Jornal O Globo**. 09 jun. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/contrato-de-professora-em-1923-proibia-de-casar-frequentarsorveterias-andar-com-homens-16384742>>. Acesso em: 03 out. 2017.

CORREIA JUNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. A influência do direito civil constitucional sobre a (im)prescritibilidade contra portadores de deficiências mentais após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 373-395.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso da comunidade indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COUTO e SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p. 238-270, jan./mar. 1985.

CRIANÇAS PARTICIPAM de 80% das decisões de compra de uma família. ” **Agência Brasil**. 05 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/03/criancas-participam-de-80-das-decisoes-de-compra-de-uma-familia-aponta>>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 97, p. 163-181, 1988.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: O estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DAN, Wei; YIXIAN, Zhao. O crédito para consumo e os direitos do consumidor financeiro na China – apreciação crítica à situação do superendividamento e ao regime da proteção dos direitos dos consumidores. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 421-442.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 57-82, abr./jul. 2016. DTR\2016\4447.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

D'AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016.

_____; PALACIO, Ana Laura Peres; CARVALHO, Otavio Delavi. A nova face da fraternidade no direito privado dos vulneráveis: a solidariedade como elemento da economia do compartilhamento. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 115-121.

DETRICK, Sharon. **A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1999.

DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 32, p. 171-200, out./dez. 2007.

DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIREDO, Jones (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 265-282.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Amor não tem idade. **Conteúdo Jurídico**. 03 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,amor-nao-tem-idade,22641.html>>. Acesso em: 27 set. 2017.

DICKERSON, Mechele. O superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 80, p. 153-191, out./dez. 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. ed. 17. Salvador: Jus Podivum, 2015.

_____. **Editorial 187**. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Guarda: novas diretrizes. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 3, p. 207-212, abr./jun. 2015

DOLL, Johannes. Educação e envelhecimento: desafios no mundo contemporâneo. In: ANICA, Aurízia et al. (Coord.). **Envelhecimento ativo e educação**. Algarve: Universidade do Algarve, 2014, p. 5-17.

_____. Algumas observações sobre crédito consignado para idosos: dados de uma pesquisa. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 145-169.

_____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Crédito consignado e superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, p. 309-341, set./out. 2016.

____ et al. Multidimensionalidade do envelhecimento e interdisciplinariedade. In: FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabarra Koogan, 2016, p. 107-113.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. **Derecho constitucional de familia**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

DUBOUT, Edouard. La vulnérabilité saisie para la Cour de Justice de l'Union Européenne. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 31-57.

DUQUE, Marcelo Schenk. A evolução do constitucionalismo e a noção de contrato como ponto de encontro de direitos fundamentais. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Cláudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 217-225.

DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-175.

EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o estatuto da menoridade no Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 24, p. 24-35, jun./jul. 2004.

_____. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A incapacidade civil e o idoso. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 208-219.

EIJI, Hugo. Identidades Surdas. **Cultura Surda**. S/d. São Paulo. Disponível em: <<https://culturasurda.net/identidades-surdas/>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

EMPODERAMENTO é a palavra mais buscada no Aurélio em 2016: A pesquisa levou em consideração ferramentas direcionadas para mais de 2 milhões de estudantes de escolas públicas e particulares de todo o Brasil.”. **Gaúcha/ZH**. Porto Alegre, 21 dez. 2016. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2016/12/empoderamento-e-a-palavra-mais-buscada-no-aurelio-em-2016-8842283.html>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA. **Congresso Indigenista Interamericano**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Congresso_Indigenista_Interamericano>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. **Jorge Guinle**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Jorge_Guinle#cite_note-gqb-7>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. **LGBT**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/LGBT>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La vulnerabilité saisi par la Cour Interaméricaine. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnerabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 89-113.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Desafios e perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**: Homenagem a Tulio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 429-449.

_____. Famílias: entre o público e o privado – problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralítica, **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 23, p. 5-14, ago./set. 2011.

FACHIN, Melina Girardi. Diversos caminhos do afeto: as uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da cena contemporânea de proteção dos direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina

Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240-256.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da Interpretação do Negócio Jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico**: Homenagem a Marco Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-150.

_____; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a abordagem seniana das capacidades. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 88, p. 143-159, jul./set. 2014.

FAVIER, Yann; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 85, p. 15 – 23, jan./fev. 2013.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: _____. (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 94-113.

FERREIRA, Ana Luíza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, Campinas, vol. 2, p. 233-259, jul. 2013.

FERREIRA, José do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 205, p. 22-30, 1964.

FERREIRA, Maria Mary. Igualdade de gênero e participação política: As contradições do Estado brasileiro. In: SOUZA, Cristiane Aquino (Org.). **Democracia, igualdade e liberdade**: Perspectivas jurídicas e filosóficas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 211-228.

FERRIANI, Adriano. A preferência da mulher no programa Minha Casa Minha Vida. **Migalhas**. Campinas. 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI153415,81042-A+preferencia+da+mulher+no+Programa+Minha+Casa+Minha+Vida.>> Acesso em: 13 out. 2017.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Coord.). **Vulnérabilité et droit**: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Grenoble: Presses Universitaire, 2000, p. 13-32.

FINEMAN, Martha Alberston. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, p. 1-23, 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **AMPID – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de**

Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 19 out. 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura.** Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23- 43.

FRADERA, Véra Jacob de. A ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 316-324, jul./ set. 2012.

FRANÇA. **Code Civil, 1804.** Disponível em: <http://files.s3.amazonaws.com/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. **Code Civil, version consolidée au 3 janvier 2018.** Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926>. Acesso em: 26 jan. 2018.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O índio brasileiro e a revolução francesa: As origens brasileiras da teoria da bondade natural.** 3. ed. São Paulo: Topbooks, 2000.

GABLE, Lance et al. Mental health and due process in the Americas: protecting the human rights of persons involuntarily admitted to and detained in psychiatric institutions. **Revista Panamericana de Salud Pública/Pan Am J Public Health**, Washington, v. 18, n. 4-5, p. 366-373, oct./nov. 2005.

GABURRI, Fernando; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Criança e adolescente: sujeitos de direito e superação da condição de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.). **Direito à Diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 417-432.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-60.

GALLI, Maria Luiza Temporini Costa. Do ato anulável. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos.** V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 683-695.

GARONNAIRE, Jean-Eric; PICOT, Florent. L'aide a la personne. In: COMBRET, Jacques et al. **Les personnes vulnérables**. Strasbourg, 102e. Congres des Notaire de France, 2006. p. 175-176.

GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 71, p. 34-64, jul./set. 2009.

_____. Superendividamento: um fenômeno social da pós-modernidade: causas invisíveis – soluções judiciais eficazes. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45-84.

GHESTIN, Jacques; FONTAINE, Marcel. **La protection de la partie faible dans les rapports contractuels**: comparaisons franco-belges. Paris: LGDJ, 1996.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Filipe Vasconcellos. A insolvência civil. **Direito Net**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8074/A-insolvencia-civil>>. Acesso em: 30 maio 2017.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Invalidades dos negócios jurídicos, nulidades, anulabilidades, conversão. **Doutrinas Essenciais: Direito Civil**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81 – 94.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **A Constituição e seus reflexos no direito das obrigações**. Novos temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton de Moraes et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160-170.

_____. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1.7 a. ed.** São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FURTADO, Gabriel Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77-95.

GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil: Les personnes**. Paris: LGDJ, 1989.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREAR, Anna. **Redirecting humans rights**: Facing the challenge of corporate legal humanity. Basingstoke (U.K): Palgrave Macmillan, 2010.

GUIMARÃES, Alessandro de Araújo. Reflexos no Direito do Trabalho da emancipação civil do menor decorrente da existência de relação de emprego. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no 199. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1583>> Acesso em: 12 set. 2017.

GUTIÉRRE, Ignacio Gutiérrez. **Dignidad de la persona y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

HARMATIUK, Ana Carla; ZIGGIOTTI, Lígia. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos direitos humanos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 111-129.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

INCLUSIÓN INTERNACIONAL. Independiente. Pero No Sólo. **Informe Mundial sobre El Derecho a Decidir**. London: Inclusion Internacional. Londres, 2014. Disponível em: <<http://corporacionsindromededown.org/portal/wp-content/uploads/2014/08/INDEPENDIENTE-PERO-NO-SOLO-web.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

ITÁLIA. **Codice Civile, 1865**. Disponível em: <[https://it.wikisource.org/wiki/Codice_civile_\(1865\)/Libro_I/Titolo_V](https://it.wikisource.org/wiki/Codice_civile_(1865)/Libro_I/Titolo_V)>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Legge 9 gennaio 2004, n. 6. **Parlamento Italiano**. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04006l.htm>>. Acesso em: 25 out. 2017.

JACQUES, Daniela Corrêa. A tutela da confiança no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, p. 100-128, jan./mar. 2003.

JACQUES, Paulino. **Da igualdade perante a lei**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

JAYME; Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Kluwer: Doordrecht, 1995, vol. 2.

_____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, Edição Especial Dr. honoris causa, v. I, n. 21, p. 59-67, mar. 2003.

JOB, João Alberto Leivas. Da incapacidade jurídica relativa e absoluta. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 359 – 362.

JUSTIÇA CONCEDE liminar que permite tratar homossexualidade como doença. **Folha de São Paulo**. 18 set. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/09/1919516-justica-concede-liminar-que-permite-tratar-homossexualidade-como-doenca.shtml>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad.: Paulo Quintela. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcelona, 2009.

KARAM, Munir. Liberdade, igualdade e direito nas relações negociais. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1297-1314.

KARL, Fred; DOLL, Johannes. Demência e pedagogia social. **Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento**, Porto Alegre, v. 10, p. 45-56, 2006. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevEnvelhecer/article/view/4795/2701>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

KAUFMAN, Gustavo Ariel. **Dignus inter pares**: Um análisis comparado del derecho antidiscriminatorio. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

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

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Claudia Lima Marques e as transformações do direito brasileiro: a proteção do consumidor no comércio eletrônico e o princípio da confiança. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber**: Uma homenagem para Claudia Lima Marques. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 217-225.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios na ponderação entre autonomia e vulnerabilidades. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70-93, jan./abr. 2016.

LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-em-Provence: Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória: De senectude e outros escritos autobiográficos**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

_____. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. **Revista de Direito Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 55-63, 2006.

LEBEN, Charles. Le conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**. Paris, vol. 98, n. 2, p. 295-353, mars./avril 1982.

LEVI-STRAUSS, Claude. **Race et histoire**. Paris: Gonthier, 1961.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: Aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

_____. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social: Eficácia prestacional nas relações privadas**. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Márcia Fidelis. O impacto da lei de inclusão da pessoa com deficiência nos serviços notariais e de registro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 661-686.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad.: Mario Vilela. São Paulo: Bacarola, 2004.

LOBO, Fabíola et al. Os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito de Família. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 351-372.

LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro: Subsídios à sua doutrina**. São Paulo: LTr, 1996.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 16 ago. 2015. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 26 out. 2017.

_____. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Jus Navegandi**. Disponível em

<<https://jus.com.br/artigos/25358/contratante-vulneravel-e-autonomia-privada>>. Acesso em: 29 maio 2017.

LOBO DA COSTA, Moacyr. Loucos de todo gênero. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 244, p. 58-61 fev/1956.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social: Ensaio interdisciplinar das mudanças no Direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da decisão judicial**. Fundamentos de direito. 2. ed. Trad.: Bruno Miragem.

Notas Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. A codificação do direito privado no século XXI. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 51-59.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUHMAN, Nicklas. **Confianza**. Trad.: Darío Rodríguez Mansília. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

MACHADO DE ASSIS. **O alienista**. São Paulo: LPM, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 741, p. 11-38, jul. 1997.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 8, p. 3-41, out./dez. 2001.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.).

Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255-309.

_____; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos:** Adin 2591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato. In: _____. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

_____. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: Fundamentos e desafios do direito do consumidor brasileiro contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra; RESEK, Francisco. **Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 644-667.

_____. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol.75, p. 9-42, jul./set. 2010.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas:** Homenagem a Tulio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 129-167.

_____; MIRAGEM, Bruno. Anteprojetos de Lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 82, p. 331-334, abr./jun. 2012.

_____. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro. In: GRUNDMANN, Stefan, MENDES, Gilmar, BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. **Direito privado, constituição e fronteiras.** Porto Alegre/Brasília: Orquestra Editora, 2012, p. 102-130.

_____. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____ (Org.). **Diálogo das fontes:** Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

_____. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, p. 25-65, jan./ fev. 2013.

_____; DOLL, Johannes. Posfácio. In: ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 355-362.

_____; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 95, p. 99-145, set./out. 2014.

_____; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen, Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre (2007 a 2012) e o ‘Observatório do Crédito UFRGS-MJ, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 411-436, maio/jun. 2015.

_____. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em porto alegre. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 100, p. 393 – 423, jul./ ago. 2015.

_____; MIRAGEM, Bruno. Autonomia dos vulneráveis no direito privado brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima, BENICKE, Christoph; JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). **Diálogo entre o direito brasileiro e o direito alemão: Fundamentos, métodos e desafios de ensino, pesquisa e extensão em tempos de cooperação internacional.** Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** (livro eletrônico). 2. ed. (e-book). 8. ed. (impresso). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Texto das Diretrizes de Proteção do Consumidor, revisão de 2015 pela Assembleia Geral da ONU, em inglês e espanhol. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, ano 25, p. 507-554, mar./abr. 2016.

_____. A proteção do idoso consumidor: diálogo de fontes para proteger o idoso e prevenir o superendividamento. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 314 – 339.

MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

_____; VIAL, Sophia Martini. Metateoria do direito fraterno e o direito do consumidor: limites e possibilidades do conceito de fraternidade. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques.** Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 315-325.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos do devedor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 39, p. 146 – 157, jul./set. 2001.

_____. Direitos humanos fundamentais e relações contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 58, p. 55 – 74, abr./jun. 2006.

_____. Direito do consumidor, reforma do CDC e a constante renovação metodológica do direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, p. 293 – 307, set./out 2006.

_____. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016.

MARTINS, Natália Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança. Curitiba: Ed. CRV, 2013.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76-95.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**: Homenagem a Tulio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 393-427.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 309-343.

MAZIÈRE, Pierre. **Le principe d'égalité en droit privé**. Marseille: Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O deficiente e o Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 629, p. 64-71, mar. 1988.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Proteção internacional dos direitos dos idosos e reflexos no direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148-187.

MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. Interdição civil: uma exclusão oficializada? **Revista virtual textos & contextos**, Florianópolis, nº 5, p. 1-21, nov. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801>>. Acesso: 26 de out. 2017.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459-493.

_____. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. *Revista dos Tribunais*, v. 97/318, set./1935. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141 – 159. DTR\2012\1767.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. Acheugas para uma teoria das incapacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, p. 9-34, jul./set. 2000.

_____. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria do fato jurídico**: Plano da eficácia. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria do fato jurídico**: Plano da existência. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Bruna Lima de. Apontamentos sobre as principais mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) no regime das incapacidades. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 257-277.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jun./2015. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 509-543.

_____. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: _____. (Org.). _____. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 603-659.

_____; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 305-331.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 177-203.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/interdi%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em: 30 set. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0024.01.589925-5/001, Relator(a): Des.(a) Manuel Saramago, 6ª Câmara Cível, Apelante: Pedro Alejandro Viera Abreu, Apelado: Zilá Ribeiro Abreu. Julgamento em: 07/12/2004. Publicação em: 30/12/2004.

_____. _____. Apelação Cível 1.0042.04.005687-3/001, Relator(a): Des.(a) Nilson Reis, 2ª Câmara Cível, Apelante: Sebastiana Miranda Borges e outros Apelado: José Miranda Borges. Julgamento em: 17/05/2005. Publicação em: 17/06/2005.

MIRAGEM, Bruno. Cláusulas abusivas nos contratos bancários e ordem pública constitucional de proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto; ALMEIDA, João Batista (coord.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos**: ADIn 2591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 308-342.

_____. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176-225.

_____. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 72, p. 41-77, out./dez. 2009.

_____; LIMA, Clarissa Costa de. Patrimônio, contrato e proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento nas relações familiares. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 90, p. 91-115, nov./dez. 2013.

_____. **Direito bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61-89.

_____. **Direito civil**: Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. A proteção da confiança no direito privado: notas sobre a contribuição de Claudia Lima Marques para a construção do conceito no direito brasileiro. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber**: Uma homenagem para Claudia Lima Marques. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 123-131.

MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt. O tempo e a obrigatoriedade constitucional de atualização legislativa infraconstitucional que protege o idoso. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114-123.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **A simulação no direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOLINAS, Alberto J. **Incapacidad civil de los insanos mentales**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. I, 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 9, n. 24, p. 73-88, 1979.

_____. A Constituição e o direito civil. Revista da Procuradoria Geral do Estado. **Cadernos de Direito Público**: Maria Amália Dias de Moraes, Porto Alegre, v. 23, n. 52, p. 57-78, 1996.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais – interpretação sistemática do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 15, p. 217-229, jul./set. 2003.

MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404.

MULHERES GANHAM 24% menos que homens e ocupam 25% dos cargos de direção diz ONU. **UOL**. 14 dez. 2015. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/efe/2015/12/14/mulheres-ganham-24-menos-que-homens-e-ocupam-25-de-direcao-diz-onu.htm>> Acesso em: 27 set. 2017.

MULHERES SÓ OCUPAM 13% dos cargos eletivos no país. Congresso em Foco. **UOL**. 30 abr. 2015. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/mulheres-so-ocupam-13-dos-cargos-eletivos-no-pais/>> Acesso em: 28 set. 2017.

MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Crédito e caráter: uma análise do discurso moral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 105, p. 177-202, maio/jun. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Capítulo VI – Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 444.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39-56.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 76, p. 13-45, out./dez. 2007.

_____. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016.

_____; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 68, p. 225 – 240, ago. 2016.

NOTARI, Maria Helena de Aguiar; FRAGOSO, Maria Helena J. M. de Macedo. A inserção do Brasil na política internacional de direitos humanos da pessoa idosa. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 13, v. 7(1), p. 259-276, jan./jul. 2011.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas da vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-251, maio/ago. 2014.

OLIBONI, Marcela Lopes de Carvalho. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado**: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 345-354.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, p. 181-201, mar./abr. 2016.

_____. Código de Defesa do Consumidor não é expressão de paternalismo jurídico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 02 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-02/garantias-consumo-codigo-defesa-consumidor-nao-expressao-paternalismo-juridico>> Acesso em: 29 set. 2017.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; FASSBINDER, Nicolas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a hipervulnerabilidade do consumidor: diálogos e desafios. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 397-414.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas – superação e permanência. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25-53.

OLIVEIRA, Paulo Celso. Os povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 139 a 146.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; PACHECO, Suellen Martins. Acesso à justiça e educação para a defesa dos vulneráveis. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 153-162.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Resolução n. 46 de 12 de dezembro de 1991**. Disponível em:

<<http://www.sdh.gov.br/assuntos/conferenciasdh/4a-conferencia-nacional-dos-direitos-da-pessoa-idosa/documentos/direitos-dos-idosos-principios-das-nacoes-unidas-para-o-idoso.>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992**. Agenda 21. Cap. 26. Disponível em

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em:

<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959**. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007**.

Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Observación general sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley**. Comitê sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. 25 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/Documents/HrBodies/CHRPD/GC/DGCArticle12.sp.doc>>. Acesso em: 27 out. 2017

_____. **World Population Aging**. 2015. Department of Economic and Social Affairs Population Division. New York: United Nations, 2015. Disponível em:

<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2015_Report.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. **Na América Latina e Caribe, 23% dos casamentos aconteceram quando um dos parceiros era menor de idade**. Publicado em: 11 abr. 2017. Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/na-america-latina-e-caribe-23-dos-casamentos-aconteceram-quando-um-dos-parceiros-menor-idade/>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. (ONU-BR – Nações Unidas no Brasil). **A ONU e as pessoas idosas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador" de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual 2000**. Disponível em <www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso: 20 out. 2017.

_____. _____. **Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015**. Inter-American Convention on Protecting the Human Rights Of Older Persons. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-70_human_rights_older_persons_signatories.asp>. Acesso em: 06 nov. 2017. Versão em português, disponível em: <<http://fiapam.org/wp-content/uploads/2015/07/OEA-Convenci%C3%B3n-portugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em :06 nov. 2017.

_____. **Povos Indígenas**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/topicos/povos_indigenas.asp>. Acesso em: 28 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 97 sobre os Trabalhadores Migrantes de 1949**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58819.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. **Convenção n. 107, de 1957**. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. **Convenção n. 169, de 1989**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Active ageing police framework**. Madrid (Espanha): WHO, 2002. Disponível em: <http://www.who.int/ageing/publications/active_ageing/en/> Acesso em: 06 nov. 2017.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Trad.: Heitor Aquino Ferreira São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 42, p. 9-26, abr./ jun. 2002.

_____. **Défense et illustration du droit de la consommation**. Paris: LexisNexis, 2015.

PAIVA, Rafael Augusto de Moura. Repensando o “ser” consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 88, jul./ ago. 2013, p. 103-143.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008.

PALAVRA GESTUAL. **Surdo-mudo**: Apague esta ideia. Publicado em: 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://palavragestual.blogspot.com.br/2012/07/surdo-mudo-apague-esta-ideia.html>> Acesso em: 10 out. 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol.78, p. 11-20, abr./ jul. 2011.

PAVINATTO, Tiago. Da condição do pródigo na sociedade de consumo. **Revista de Direito Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 2, vol. 2, p. 29-59, jan./mar. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Jacqueline Lopes; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. A capacidade civil no Estatuto da Pessoa com Deficiência: a quebra da dogmática e o desafio da efetividade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 479-491.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse” da criança. In: _____. (org.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 103-135.

_____. **Direito da criança e adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLIN, Gladis. Identidades surdas. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez – um olhar sobre as diferenças**. Porto Alegre: Mediação, 2005. p. 51-73.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. _____. Trad.: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERONI, Lourdes; TIMMER, Alessandra. Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 4, p. 1056-1085, out. 2013.

PIMENTEL, Sílvia; GIORGI, Beatriz di; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

PINHEIRO, Waldomiro Vanelli. **Teoria Geral do Direito Civil**. Frederico Westphalen: URI, 1997.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do intérprete. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 110, p. 43-57, mar./abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. O sistema ONU de direitos humanos e a proteção internacional das pessoas idosas. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124-147.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. V. II. 3. ed. São Paulo: Max Limond, 1947.

_____. **Tratado de direito privado**. T. IV, VIII. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. _____. T. I. T. II. T. III. T.IV. T.V. T.VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 101, p. 435 – 467, set./out. 2015.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PROject MT. **Dicionário-reverso**. Disponível em: <www.dicionario-reverso.net>. Acesso em: 03 out. 2017.

RAGAZZI, José Luiz; FERNANDES, Francis Ted. Publicidade entre crianças e adolescentes: o direito do consumidor e a ponderação de princípios. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 433-449.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Transformações do direito brasileiro: anotações sobre a influência do pensamento de Erik Jayme na doutrina de Claudia Lima Marques. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). **O movimento do saber: Uma homenagem para Claudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, p. 453-460.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direitos humanos e velhice. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 468-479.

RAÒ, Vicente. **Ato Jurídico**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, p. 9-17, jan./mar. 2002.

RECÉM- APOSENTADOS sofrem assédio de bancos para fazerem consignados: Bancos e financeiras sabem que contribuinte se aposentou antes dele. Ofertas insistentes são feitas a partir de informações sigilosas. **Jornal Nacional**. 14 ago. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/08/rece-m-aposentados-sofrem-assedio-de-bancos-para-fazerem-consignado.html>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 59-87, jan./abr. 2015.

REIS JÚNIOR, Antonio dos. O estatuto da pessoa com deficiência e o novo código de processo civil: aspectos controvertidos e questões de direito intertemporal. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 135-174.

_____. O fato jurídico em crise: uma releitura sob as bases do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 67, p. 29-56, jul./set. 2016.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 jul. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>> Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 set. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>>. Acesso em: 26 out. 2017.

RENNER, Karl. **Institutions of Private Law and Their Social Functions**. New Brunswick (USA), London (UK): Transation Publishers, 2010.

RICHARD H. THALER, Prêmio Nobel de Economia 2017: Norte-americano, de 72 anos, foi reconhecido por seu estudo da economia comportamental. **Jornal El País**. 10 out. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/09/economia/1507532364_821806.html>. Acesso em: 21 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70003313384, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Maria Benecice Dias, Embargante: Ministério Público, Embargado: Rosélia de Fraga Julgado em 08/03/2001. Publicado em: 16/03/2001.

_____. _____. Apelação Cível nº 70061110565, Oitava Câmara Cível, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Apelante: L.F.B.O. Apelado: A. J. F. F. Julgado em 11/12/2014. Publicado em: 16/12/2014.

_____. _____. Apelação Cível nº 70062082003, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Recorrente: R. M. S., Recorrido: D. R. A., Julgado em 12/02/2015. Publicado em: 23/02/2015.

_____. _____. Agravo de Instrumento nº 70063784797, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Agravante: J. S. B. Agravado: F. B. R. Julgado em: 06/03/2015. Publicado em: 10/03/2015.

_____. _____. Apelação Cível nº 70067397505, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Recorrente J. F. A., Recorrido: T. F. A. Julgado em 29/06/2016. Publicado em: 11/07/2016.

_____. _____. Apelação Cível nº 70068670066, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Apelante: V. C. P., Apelado: R. M. C. P. Julgado em 26/10/2016. Publicado em: 03/11/2016.

_____. _____. Agravo de Instrumento Nº 70073638249, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Recorrente: M. P., Recorrido: M. V. N. G., Julgado em 16/08/2017, Publicado em: 18/08/2017.

RODATÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Edizione Scientífica, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. V. I. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSEVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 91-110.

_____; FARIA, Cristiano Chaves de. Alimentos em favor da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 340-354.

SÉGUN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: Uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 131-159.

SANCHES, Patrícia. A pessoa transgênera e a promoção do direito à identidade de gênero no nome e no sexo civil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 271-279.

SANTANA, Hector Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 53-64, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11- 32, junho 1997.

SANTOS, Debora Ribeiro et al. **DICIO – Dicionário on line de língua portuguesa**. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/silvicola/>> Acesso em: 27 jul. 2017.

SANTOS, Deborah Pereira dos; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A tutela psicofísica da pessoa idosa com deficiência: em busca de instrumentos de promoção de sua autonomia existencial. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 311-349.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. V. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

SANTOS, Murilo Resende dos. A proteção do pródigo e de sua família no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 55/2013, p. 91 – 106, jul./set 2013.

SANTOS, S. S. C. Gerontologia à luz da complexidade de Edgar Morin. **Revista Eletrônica do Mestrado de Educação Ambiental**, Rio Grande, Volume Especial, p. 22-35, out. 2004. p. 26, Disponível em: <<https://www.seer.furg.br/remea/article/view/2858/1618>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Direitos humanos dos povos indígenas. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 378-400.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Com Revisão 0096470-26.2005.8.26.0000; Relator (a): Morato de Andrade; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Vargem Grande do Sul – 1ª Vara Cível; Apelante: Maria Cavalheiro Rodrigues, Apelado: Beatriz de Deus Rodrigues. Data de Registro: 13/07/2006.

_____. _____. Apelação 9170736-54.2007.8.26.0000; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã - 3ª Vara Cível; Apelante: Gislaíne de Cássia Gonçalves, Apelado: Juízo original, Data do Julgamento: 08/06/2011; Data de Registro: 13/06/2011.

_____. _____. Apelação 0005336-13.2009.8.26.0408; Relator (a): Lucila Toledo; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ourinhos - 3ª. Vara Cível; Recorrente: Gladys Maria de Avila Abdo, Recorrido: Geraldo José Abdo, Data do Julgamento: 05/06/2012; Data de Registro: 30/07/2012.

_____. _____. Agravo de Instrumento 0230269-24.2012.8.26.0000; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 1ª. Vara de Família e Sucessões; Agravante: Angela Maria Brambilla, Agravado: Caetano Brambilla. Data do Julgamento: 15/05/2013; Data de Registro: 17/05/2013.

_____. _____. Apelação 0962896-74.2012.8.26.0506; Relator (a): Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 3ª. Vara de Família e Sucessões; Recorrente: João Gilberto Sampaio, Recorrido: Juízo da Comarca Original, Data do Julgamento: 28/08/2013; Data de Registro: 28/08/2013.

_____. _____. Apelação 0022493-03.2012.8.26.0405; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 2ª. Vara de Família e Sucessões; Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo, Recorrido: Maria Elisa Coelho Costa. Data do Julgamento: 01/04/2014; Data de Registro: 02/04/2014.

_____. _____. Apelação 0001611-45.2013.8.26.0547; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Rita do Passa Quatro - 1ª Vara; Recorrente: Selma Eliana Pessoa Nobre, Recorrido: Diego Pessoa Nobre, Data do Julgamento: 13/03/2016; Data de Registro: 13/03/2016.

_____. _____. Apelação 1010237-33.2015.8.26.0008; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 1ª Vara da Família e Sucessões; Apelante: Iranildes Florentino Fatica, Apelado: Edilice da Silva Fatica. Data do Julgamento: 25/07/2016; Data de Registro: 25/07/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (org.). **Direito privado, Constituição e fronteiras**. Porto Alegre/Brasília: Orquestra Editora, 2012, p. 35-58.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SASSAKI, Romeu Kasumi. Como chamar as pessoas que tem deficiência? **Revista da Sociedade Brasileira de Ostomizados**, São José dos Campos, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p.8-11. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1855>> Acesso em: 23 out. 2017.

SCHIOCCHET, Taysa. Sexualidade e reprodução de adolescentes na encruzilhada do direito: a capacidade civil entre os discursos de proteção e interdição. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 450-467.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Contratos na sociedade de consumo: Vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Superendividamento como motivo para revisão dos contratos de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). **Direitos do consumidor endividado II: Vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 203-234.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O idoso e os contratos de planos e seguros de saúde. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 280-303.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCLIAR, Moacyr. O drama da doença mental. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre. Publicado em: 02 jun. 2009, p. 3.

_____. Diagnósticos em debate. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre. Publicado em 21 de outubro de 2010, p. 3.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-26, 2014. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%AAco-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentários à lei de introdução ao Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SETOR DE ANTROPOLOGIA – DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA SOCIAIS – USP et ali. Antropólogos manifestam-se contra projeto de emancipação de grupos indígenas. In: COMISSÃO PRO-ÍNDIO. **Cadernos da Comissão Pro-Índio, n. 1 – A questão da emancipação**. São Paulo: Global Editora, 1979, p. 18-19.

SILVA, Alexandre Barbosa. O estatuto da pessoa com deficiência e o regime das incapacidades: breve ensaio sobre algumas possibilidades. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241-256.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.

SILVA, José Maria. Idoso: curatela no Código Civil brasileiro de 2002. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 220-237.

SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Influxos de uma perspectiva funcional sobre a (in)validade dos negócios praticados por pessoas com deficiência intelectual ou psíquica. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 279-310.

_____; _____. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 275-317.

SILVA, Sandra Della Pola da. A teoria das nulidades no direito português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 234-247, 1993.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em: 26 out. 2017.

SIMON, Odile. La nullité des actes juridiques pour trouble mental. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, t. 72, p. 707 – 738, année 1974.

SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 70, p. 135-150, out. 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARBOSA, Charles Silva. A tutela da dignidade da pessoa idosa no sistema jurídico brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 25-41.

SOULET, Marc-Henry. La vulnérabilité, une ressource a manier avec prudence. In: BURGORGUE LARSEN, Laurence. **La vulnérabilité saisie par les juges en Europe**. Cahiers Europeens, n. 7. Paris: Editions Pedone, 2014, p. 7-27.

SOUZA, Cristiane Aquino. A política da presença para as mulheres. In: _____. (Org.). **Democracia, igualdade e liberdade**: Perspectivas jurídicas e filosóficas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 31-63.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 57-76.

_____. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação de efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <www.civilistica.com> Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: Nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 2, p. 37-42, jul./ago./set. 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. **Migalhas**. Campinas, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acesso em: 26 out. 2017.

_____. Projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015 – altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 415-445.

_____. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 463-492.

TAVARES, Ademário Andrade; LEITE, Glauco Salomão. A proteção constitucional da pessoa idosa. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42-55.

TAVARES, Fernanda Girardi. Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 360-399.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Asheley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

_____; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito de família entre a norma e a realidade**. São Paulo: Altas, 2010.

_____; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A participação das crianças e adolescentes em ensaios clínicos: uma reflexão baseada nos princípios do melhor interesse, solidariedade e autonomia. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 191-215.

TEIXEIRA, Faustino. O pluralismo religioso e ameaça fundamentalista. **Revista Numen**, Juiz de Fora, v. 10, n. 1, p. 9-24, 2007.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. V. I. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

TEMER PREPARA MEDIDA Provisória que vai liberar terras indígenas para ruralistas. **Revista Forum**. 04 out. 2017. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/2017/10/04/temer-prepara-medida-provisoria-que-vai-liberar-terras-indigenas-para-ruralistas/>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

TENÓRIO SÊCO, Thaís Fernanda. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: <civilistica.com>. Acesso em: 20 ago. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Disponível em: <https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Temas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Do sujeito à pessoa humana. In: _____. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 340 a 342.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: _____. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodatà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-35.

_____. OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 509-543.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 771, p. 11-37, jan. 2000.

_____. Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 780, p. 11-28, out./2000. DTR\2000\532.

_____. **A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro internacional de crianças**: comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014.

TOBEÑAS, Jose Castan. **La condicion social y juridica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953.

TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Aspectos patrimoniais do direito de família no Brasil. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-57, jul./ago. 2014.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: MORAES E BARROS et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 499-531.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. **Relatório que contém recomendações à Comissão Europeia sobre a proteção dos adultos vulneráveis de 3 de abril de 2017**. Disponível em: < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0152+0+DOC+XML+V0//PT#top>.> Acesso em: 26 jan. 2018.

VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**: Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2001.

VIEIRA, Cláudia Stein; SILVA, Fernando Moreira Freitas da. A teoria das invalidades e o estatuto da pessoa com deficiência – EPD. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 229-240.

VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.) **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**: Homenagem a Tulio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 355-368.

VIVAS-TESON, Inmaculada. La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. La experiencia española. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 31-45.