

sua prova (ver nº 46, *supra*).

49. INCAPACIDADE

Se a capacidade de direito ou de gozo é geminada com a personalidade de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque algumas pessoas, sem perderem os atributos da personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis. Aos que assim são tratados pela lei, o direito denomina *incapazes*. Como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *stricti iuris* e sob a iluminação do princípio segundo o qual a *capacidade é a regra, e a incapacidade, a exceção*.

Alguns escritores fazem distinção entre incapacidades *naturais* e incapacidades *arbitrárias*, ou puramente *legais*; as primeiras correspondentes a um estado físico ou intelectual da pessoa; as segundas, ditadas por uma organização técnica das relações jurídicas.⁸ No direito brasileiro entendemos que não há lugar para a distinção. Toda incapacidade é *legal*, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota. É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal, abrindo, na presunção de capacidade genérica, a exceção correspondente estritamente às hipóteses previstas.

Toda incapacidade resulta, pois, da lei. Consequência é que não constitui incapacidade qualquer restrição ao exercício dos direitos originária de negócio jurídico, seja *inter vivos*, seja *causa mortis*. Assim, se o doador grava de inalienabilidade o bem doado, ou se o testador institui uma substituição fideicomissária, o donatário e o fiduciário não têm a disponibilidade da coisa recebida, mas essa restrição à liberdade de aliená-la não importa em incapacidade.⁹

Não se confunde também com a incapacidade a proibição que a lei estabelece 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 ao tutor adquirir bens do pupilo (art. 1.749 do Código Civil); interdiz, sob pena de anulação, aos ascendentes vender aos descendentes, sem o expresse consentimento dos demais descendentes (art. 496 do Código Civil). Tais casos, e outros previstos expressamente, importam em *impedimento* para determinado ato jurídico, mas não traduzem incapacidade do tutor ou do ascendente, que conservam poder livre do exercício dos direitos civis. Apenas por uma razão de moralidade são

atingidos de uma restrição limitada especificamente aos atos previstos.¹⁰

O que é necessário frisar é que, pelo direito brasileiro, a incapacidade resulta da coincidência da situação de fato em que se encontra o indivíduo e a hipótese jurídica da *capitis deminutio*¹¹ definida na lei. Não importa, para os seus efeitos, senão a apuração se o ato incriminado foi praticado em um momento de eclipse da consciência. Uma vez que a aptidão volitiva natural tenha faltado quando da realização do negócio jurídico, é este atingido de ineficácia. A apuração prévia da incapacidade influi na sistemática da prova: os atos daquela pessoa declarada incapaz são ineficazes, porque o estado de incapacidade proclamado dispensa a pesquisa do discernimento, enquanto a arguição de sua invalidade, sob fundamento de ser o agente portador de uma deficiência psíquica grave no momento de sua prática, requer do interessado a prova dessa circunstância. Mas, como a vontade é o pressuposto da ação jurídica, a sua ausência conduzirá, fatalmente, à invalidade do ato.¹²

O instituto das *incapacidades* foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que era a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Essa era a ideia fundamental que o inspirava, e acentuá-lo ainda é de suma importância para a sua projeção na vida civil. A lei jamais instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.

Alheio a essa nobre função, há muito enunciada pela doutrina, da teoria das incapacidades, provocou o legislador profunda mudança no sistema brasileiro, modificando, com as alterações previstas pela Lei nº 13.146/2015, o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para deles retirar todos os enfermos mentais, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los plenamente capazes (art. 6º da lei especial). Em nome de uma bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas em princípio menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelo *status* de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria que, como exposto, tem necessária fonte legal (ordem pública), instaura-se nesse momento grande dificuldade, que demandará os melhores esforços da doutrina e da jurisprudência para que, no afã de se adotar terminologia e tratamento não discriminatórios, não se exponham tais pessoas a toda sorte de riscos, perigos, e golpes, supostamente

chancelados pela reforma legislativa.

As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito sempre observou estas diferenças e em razão delas *graduava a extensão da incapacidade*, considerando, de um lado, aqueles que se mostram 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; 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. Embora abandonada, com a referida reforma legislativa, semelhante graduação no que tange aos enfermos mentais, o *status* da incapacidade permanece vigente para o déficit de discernimento decorrente da menoridade.

Tendo em vista a diversidade de condições pessoais dos menores, e a maior ou menor profundidade da redução no discernimento, o Código Civil destaca, de um lado, os que são inaptos para a vida civil na sua totalidade, e, de outro lado, os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de seu exercício. E, atendendo à extensão da incapacidade, gradua a forma da proteção, que para os primeiros assume o aspecto de *representação*, de vez que são completamente impedidos de agir juridicamente, e para os segundos a modalidade da *assistência*, já que têm o poder de atuar na vida civil, porém sob condição de serem autorizados.¹³

Aos primeiros chama *absolutamente incapazes* e aos segundos *relativamente incapazes*.

50. OS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

Dentre os incapazes, destacam-se, em primeiro plano, os que a lei considera totalmente inaptos ao exercício das atividades da vida civil. São os *absolutamente incapazes* que têm direitos, podem adquiri-los, mas não são habilitados a exercê-los. São apartados das atividades civis; não participam direta e pessoalmente de qualquer negócio jurídico.

A ligação que se estabelece entre os absolutamente incapazes e a vida jurídica é indireta, por via do instituto da *representação* (cf. nº 106, *infra*). Como são eles inteiramente afastados de qualquer atividade no mundo jurídico, naqueles atos que se

relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de *representantes*, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles. A representação dos incapazes pode dar-se *automaticamente*, quando em razão da relação de parentesco ocorrem as hipóteses legais dela: em tais casos (poder familiar, tutela legal), o representante do incapaz não necessita, para sê-lo, de qualquer ato de investidura ou designação; ou pode verificar-se por *nomeação* ou *designação* da autoridade judiciária; nestes casos (tutela dativa, curatela e ausentes), o representante adquire esta qualidade em razão de um ato judicial, e só em função dele é que se legitima a representação.¹⁴

Nos seus efeitos, a incapacidade absoluta gera a nulidade de pleno direito do ato praticado (art. 166, I, do Código Civil), como será examinado no nº 109, *infra*.

A *incapacidade absoluta* prendia-se, no sistema original do Código vigente, a três ordens de causas: a *idade*, a *enfermidade ou deficiência mental e a impossibilidade, mesmo se temporária, de discernimento*. Embora as duas últimas ordens tenham sido suprimidas com a reforma promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), optamos por mantê-las nesta edição das *Instituições*, entendendo que seu valor permanece para a interpretação da mudança legislativa. Assim, a cada uma das causas originais vamos referir-nos, desdobrando os casos nas hipóteses contidas nos respectivos preceitos: a) os menores de 16 anos; b) os enfermos da mente; c) os que não puderem exprimir sua vontade (Código Civil, art. 3º, I, II e III).

Incapacidade absoluta dos menores. A incapacidade absoluta no sistema atual é a que decorre da idade. O verdor dos anos e a conseqüente inexperiência, o incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a facilidade de se deixar influenciar por outrem, a falta de autodeterminação e auto-orientação impõem ao menor a completa abolição da capacidade de ação. Não pode exercer nenhum direito. O critério para fixação do termo da incapacidade absoluta em razão da idade é evidentemente arbitrário. O legislador pode escolher os 16 anos, como ocorreu no Código Civil, ou outro limite qualquer, mais avançado ou mais recuado e, na verdade, a diversidade das legislações é patente e mostra como o arbítrio legislativo se faz sentir de forma variegada. Sem dúvida, por outro lado, varia de pessoa a pessoa o momento em que lhe surgem os predicados necessários ao estabelecimento de seus contatos diretos com a vida jurídica: condições de meio, de clima, de educação, de saúde provocam, em uns, o desenvolvimento mais rápido, às vezes mesmo precoce das qualidades intelectuais ou psíquicas; em outros, fatores adversos retardam a sua fixação. Não pode, porém, ficar ao sabor das influências individuais

a cessação da incapacidade absoluta decorrente da idade. O direito quer a proteção dos menores, mas quer também a estabilidade das relações sociais. Por isso, atendendo ao momento da transição da ausência de participação na vida jurídica, para a convocação do menor a dela tomar contato e nela ter ação, não pode deixar à apreciação de cada caso a aferição do grau de aptidão e de discernimento, sob pena de instituir grave insegurança nos negócios. Se assim procedesse, nunca se saberia, com exatidão, se o menor, como agente em um negócio jurídico, havia ou não eficazmente manifestado a sua vontade. Valendo-se, então, dos dados que a experiência científica põe ao seu alcance, como da observação do que no comum dos casos acontece, o legislador estatui um limite certo e demarca o termo da incapacidade absoluta. Tratando-se de uma determinação imperativa da lei, *pleno iure* cessa a incapacidade absoluta do menor, independentemente de ato seu ou alheio. Apenas em razão do tempo. Para o legislador brasileiro, o único fator da caracterização da incapacidade absoluta do menor é a idade. Daí haver estabelecido equiparação de tratamento para os menores de ambos os sexos.

O mesmo não se dá em outros sistemas legislativos. O direito romano, que também distinguia na menoridade duas fases, considerava a aptidão para procriar como o fator informativo da passagem de uma para a outra: observando certa coincidência entre o fenômeno biológico da puberdade e o desenvolvimento mental, tomava aquela revolução fisiológica como traço diferenciador e distinguia os menores *impúberes* dos *púberes*. Como a puberdade geralmente se antecipa na mulher, a graduação da incapacidade em função da idade implicava essa diferença jurídica de *status*, considerando-se *menores impúberes* os homens até 14 anos e as mulheres até os 12 anos, impondo-lhes tutela se não se achassem *in potestate* paterna, e negando-lhes participação na vida civil. Já o Código Civil de 1916 somente levava em consideração a idade. Não deu importância, senão quando enfrentou o problema dos impedimentos nupciais, ao fenômeno da puberdade. A referência que ainda se lê, em autores e em arestos, a menor púbere e impúbere é apenas um eufemismo, pois não encontra repercussão nos conceitos vigentes em nosso direito. No direito comparado, a incapacidade decorrente da idade é diversamente tratada: O Código alemão (§ 104) considera incapaz do exercício dos direitos o que não atingiu os 7 anos, e acima dessa idade confere-lhe aquele exercício com restrições (§ 106), devendo-se entender que até os 7 anos os menores são completamente *incapazes* de agir, e acima dessa idade, até os 18 anos, necessitam do consentimento dos seus representantes. O Código francês não faz distinção entre incapacidade absoluta e relativa dos menores de 18 anos, deixando à

apreciação do juiz verificar se o menor já chegou à idade do discernimento ou não.¹⁵ O Código italiano faz cessar em princípio a incapacidade absoluta aos 18 anos, salvo em casos especiais de leis que estabeleçam uma idade inferior, em matéria de capacidade para o trabalho (art. 2). O Código argentino de 2014 considera menores todos os que não completaram 18 anos. Entre 13 e 16 anos, o Código confere algumas aptidões ao menor. A partir dos 16 anos, eis a novidade, o adolescente é considerado adulto para as decisões referentes ao cuidado em relação ao seu próprio corpo (arts. 25 e 26).

A enfermidade e a deficiência mentais costumavam importar em incapacidade absoluta, e entendia-se genericamente abrangido pelo Código Civil qualquer estado de insanidade. A questão da fixação do alcance da alienação mental quanto à incapacidade do paciente é árdua, tanto na ciência jurídica quanto na ciência médica, em razão da imensa diversidade que podem assumir os estados patológicos e a gradação variadíssima de sua extensão nas qualidades psíquicas do enfermo, desde a esquizofrenia declarada e franca, facilmente perceptível pelo aspecto de seu portador até os distúrbios menos pronunciados, que só a experiência do especialista consegue diagnosticar. O Projeto Beviláqua usara a expressão “alienados de qualquer espécie”, mas o Código de 1916 preferiu adotar a denominação *loucos de todo gênero*, tradicionalmente usada por nossos juristas de então. Essa dificuldade de abranger numa 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. Porém, quando o Código Civil de 1916 fazia referência à loucura, não se queria limitar àqueles casos de distúrbio mental que faziam do enfermo um *furioso*, mas aludia a toda espécie de desequilíbrio das funções cerebrais, sejam as que provinham de qualquer malformação congênita, sejam as que fossem subsequentes a uma enfermidade geral ou específica, sejam as que decorressem de um acidente e, no seu alcance, compreendiam toda enfermidade, vício ou lesão que afetasse o comportamento psíquico do indivíduo na sua vida de relação em sociedade. Desse entendimento resultou que, empregada embora uma expressão que sugeria um estado patológico grave – a *loucura* de todo gênero –, oriundo de enfermidade ou defeito somático, a incapacidade por alienação mental já comportava, afora os loucos propriamente ditos, todos os pacientes de anomalias ou deficiências que colocam o indivíduo em condições inferiores quanto à acuidade de espírito.¹⁶

À expressão “enfermidade mental”, no texto do Código Civil, aditou-se a hipótese de “deficiência” na redação original do Código vigente. A menção a esta

última não seria necessária, pois que se a deficiência é uma forma de enfermidade mental, já estaria abrangida por esta, e, em caso contrário, dificilmente estaria no mesmo plano de uma incapacidade absoluta. O que se compreendia do ora revogado inciso II do art. 3º do Código Civil, como causa de incapacidade absoluta, era a deficiência mental congênita ou adquirida, qualquer que fosse a razão: moléstia no encéfalo, lesão somática, traumatismo, desenvolvimento insuficiente etc. – atingindo os centros cerebrais e retirando do paciente a perfeita avaliação dos atos que praticava. O que se determinava na etiologia dessa incapacidade era a falta completa de discernimento em caráter permanente. No entanto, a referência à “deficiência mental” encontrava-se também presente no art. 4º, que trata da incapacidade relativa. Ou seja, dependendo do *grau* de deficiência a ser verificado por perícia médica, entendia-se ser o caso de incapacidade absoluta ou relativa. Somente aqueles a quem faltasse, de modo completo, o discernimento, seriam declarados absolutamente incapazes.

Apurada a insanidade, em processo regular, o juiz pronunciava a *interdição* do enfermo com a nomeação de *curador que o representasse* nos atos da vida civil, e observância dos dispositivos especiais da lei de fundo (Código Civil) e da lei formal (Código de Processo Civil). Pronunciando o decreto judicial de interdição, ao interdito era recusada a capacidade de exercício, e, por conseguinte, reputava-se nulo qualquer ato por ele praticado. Mas, como no direito brasileiro a sentença proferida no processo de interdição tinha *efeito declaratório*, e não constitutivo, não era o decreto de interdição que criava a incapacidade, e sim a alienação mental. Daí positivar-se que, enquanto não apurada a demência pela via legal, a enfermidade mental era uma *circunstância de fato* a ser apreciada em cada caso, e, verificada a participação do alienado em um negócio jurídico, poderia ser este declarado inválido. Reconhecia-se, contudo, diferença de tratamento: pronunciada a interdição, ocorria a pré-constituição da prova da insanidade, dispensando-se qualquer outra para fundamentar a invalidade; não pronunciada, cumpria ao interessado demonstrar a enfermidade, sua extensão e a coincidência com o ato incriminado. Praticamente a questão podia ser posta em termos de se defender a ineficácia do ato praticado pelo alienado não interdito, nos momentos de perturbação, o mesmo não acontecendo quanto aos negócios realizados fora deles.¹⁷

Sistema vigente para o enfermo e o deficiente mental. Com a reforma ensejada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já aludido, nenhum tipo de enfermidade psíquica configura causa de incapacidade. No momento da entrada em vigor do Estatuto, todos aqueles que se consideravam incapazes adquirem

automaticamente a capacidade civil plena, justamente por se tratar de estado pessoal, meramente declarado por meio de sentença judicial. Buscou-se substituir o termo “interdição” pela locução “processo que define os termos da curatela”, reformando-se o art. 1.768 do Código Civil; este, porém, foi logo depois revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, que volta a utilizar a expressão “processo de interdição” em seus arts. 747 e seguintes. Terminologias à parte, a curatela passa a ser aplicável, segundo a atual redação do art. 1.767 do Código Civil, em princípio, somente aos relativamente incapazes (além dos ébrios habituais, toxicômanos e pródigos, também as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade).

Em redação aparentemente contraditória, o art. 748 do Código de Processo Civil de 2015 admite que o Ministério Público ou os demais legitimados do art. 747 promovam a interdição “no caso de doença mental grave”, criando, com isso, a categoria *sui generis* do enfermo mental que, podendo exprimir sua vontade, considera-se juridicamente capaz, mas, estando acometido de doença mental, pode ser posto sob curatela. Em qualquer caso, a curatela há de ser conferida segundo as “características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências” (art. 755, II, do Código de Processo Civil) e apenas poderá dizer respeito aos atos de natureza patrimonial e negocial (art. 85 da Lei nº 13.146/2015). Isso implica na consequência, aparentemente radical, de que para os atos existenciais (*i.e.*, não patrimoniais) é juridicamente impossível a incapacidade ou a curatela em decorrência de estado psíquico, independentemente do nível de discernimento da pessoa.

Finalmente, vale destacar que, reputando-se plenamente capazes, os atos das pessoas com deficiência passam a ser considerados válidos independentemente de representação, ao menos nos casos em que não tenham essas pessoas sido submetidas a curatela e, quanto às curateladas, no que tange aos atos que não envolvam disposição patrimonial.

Lúcidos intervalos. Outra questão que convocava a atenção dos juristas era a que se referia aos casos de enfermidade intermitente, ou, noutros termos, a da validade dos atos praticados nos chamados *lúcidos intervalos*. O nosso direito pré-codificado considerava-os como de remissão da moléstia e atribuía eficácia aos negócios então efetuados.¹⁸ A questão é antes do plano científico que do jurídico, discutindo os especialistas se um indivíduo portador de enfermidade mental pode considerar-se são naqueles momentos em que não ocorre a insanidade ostensiva. E já há muito se sabe que a questão deve ser posta nos termos de somente admitir-se

como sadio se a moléstia está totalmente erradicada. Os intérpretes do Código de 1916, encarando o problema tal como lhes adveio do debate científico da época, assumiram a incapacidade por enfermidade mental como um estado permanente e contínuo, somente podendo levantar-se com a recuperação total do alienado. De fato, ainda na vigência do Código atual se considerava que não havia intermitências na incapacidade, sendo fulminados da mesma invalidade tanto os atos praticados nos momentos de crise psicopática quanto os celebrados nos intervalos de lucidez. A preocupação do legislador era estatuir a segurança social, e esta ficaria ameaçada se toda ação do indivíduo anormal se sujeitasse a uma verificação, a saber, se ocorreu quando estava mergulhado nas sombras da sua insanidade ou flutuava na superfície do discernimento. Funcionaria mal o sistema protetor se permitisse em cada caso a reabertura do debate, para recusar ou reconhecer validade ao ato, em atenção à maior ou menor intensidade da doença sobre o psiquismo do enfermo.

Senectude. A senilidade, por si só, já não se considerava causa de restrição da capacidade de fato, porque não se deve considerar equivalente a um estado psicopatológico, por maior que seja a longevidade. Dava-se a interdição se a senectude viesse a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de *Alzheimer*, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais. Em tal caso, a incapacidade era o resultado do estado psíquico, e não da velhice.

Por maioria de razão, na lógica das reformas promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a senilidade não configurará, em regra, uma causa de incapacidade.

Surdo-mudez. O Código de 1916 considerava absolutamente incapaz o surdo-mudo que não pudesse manifestar a sua vontade. A Clóvis Beviláqua não parecia necessário distinguir a surdo-mudez, pois que, se esta isola seu portador no meio social, impedindo-o de exprimir a sua vontade, implica um estado de todo equiparável à alienação mental, e, então, o paciente seria um incapaz abrangido na expressão genérica da alínea anterior.¹⁹ O que levou o legislador de 1916 a proclamar a incapacidade absoluta do surdo-mudo foi, porém, uma ordem diversa de ideias. Sem cogitar da sanidade ou insanidade mental, atentou em que muitas vezes a surdo-mudez nada tem a ver com os centros cerebrais, provindo de haverem sido atingidos na primeira infância os órgãos da audição. Ainda nessa hipótese, o surdo-mudo podia ser um desligado do ambiente social, inapto a expressar a sua vontade e a recolher do meio em que vive os fatores que o habilitem à necessária integração jurídica. O seu problema é de educação, que só esta realiza a sua adaptação social e lhe permite expressar-se. Daí o Código Civil de 1916 ter atentado particularmente na

surdo-mudez em função da *inaptidão para exprimir a vontade*. Enquanto deseducado, o surdo-mudo era um absolutamente incapaz, independentemente de se indagar da sua integridade mental. Educado que seja, de forma a exprimir a sua vontade, tornava-se capaz. Não mais pareceu aconselhável ao legislador de 2002 distinguir a hipótese. O problema foi resolvido, na redação original do Código atual, noutros termos: o que cabia indagar era o *discernimento*. Se o tinha, não se diria que o surdo-mudo era incapaz; se não o tivesse, sê-lo-ia por esse fato. Apto a manifestar a sua vontade, o surdo já se considerava capaz, porém era privado da prática dos atos que dependam da audição, como ser testemunha quando a ciência do fato que se quer provar dependa do sentido que lhe falta (art. 228, III, do Código Civil).

Com a mudança trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não mais se exige o discernimento como requisito de sua capacidade, que se considera plena, e nem mesmo a restrição quanto ao testemunho da pessoa com deficiência auditiva se impõe: revogado quase integralmente o art. 228, esclarece o seu § 2º que a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os *recursos de tecnologia assistiva*. Não esclareceu o legislador se a prova testemunhal será válida mesmo quando não se dispuser de tais recursos, ou, por qualquer razão, não tenham sido os mesmos utilizados. Mais uma vez, buscando uma postura inclusiva, olvidou de questão eminentemente prática: ausentes os recursos necessários para a compreensão do surdo-mudo, parece não haver outra solução senão a de considerá-lo inapto a testemunhar.

Impossibilidade, ainda que temporária, de expressão da própria vontade. O Código de 2002 contemplava, em sua redação original, a situação daqueles que não pudessem exprimir a sua vontade, ainda que por causa transitória (art. 3º, III). O que informava a hipótese era a *inaptidão* para manifestar a vontade, independentemente da causa orgânica. São as hipóteses de embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, além de outras, tais como um descontrole emocional significativo, estado de coma, transe mediúnico, efeito de drogas. A aplicação desse inciso sempre exigiu cautela, para não abrir porta à insegurança nas relações jurídicas. E os cuidados eram tanto maiores à medida que a ideia de incapacidade sugeria a “interdição”, e esta pressupunha a existência de causa duradoura na incapacidade para exprimir a vontade (art. 1.767, II) em contradição com o enunciado do art. 3º, III, que compreendia a *inaptidão* transitória. O legislador adotara, na redação original do Código em vigor, o que a doutrina e a jurisprudência então sustentavam. A incapacidade por alienação era a que resultava de uma situação permanente. Os

estados transitórios de obnubilação mental não privavam o paciente da capacidade, a não ser temporariamente. Podiam, por isso, ser atacados os atos praticados durante eles, porque não se podia admitir como emissão válida de vontade a que foi proferida em tais momentos.²⁰ Tratava-se de hipótese então nova na lei, de incapacidade absoluta, porém temporária. De modo que nulos eram, por força do inciso III, os atos praticados naqueles estados.

Sistema vigente para aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. O inciso III do art. 3º do Código Civil também foi revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que transferiu essa hipótese para o rol de pessoas relativamente incapazes (art. 4º, III do Código Civil). A mudança causa ainda mais surpresa do que as modificações anteriores, na medida em que esse inciso não dizia respeito, na interpretação que lhe era normalmente conferida, a qualquer hipótese de deficiência (objeto central do Estatuto), mas, sim, a causas de outra natureza que impedissem a manifestação volitiva.

Participação de incapaz em sociedade. Aquele que se tornou incapaz por enfermidade mental, no sistema original do Código de 2002, dependendo de sua idade, poderia estar trabalhando e, eventualmente, ser sócio de alguma empresa. *Quid iuris?* Poderia o incapaz permanecer como sócio? Ou ainda, poderia o incapaz vir a suceder na empresa, por transmissão hereditária de seus pais ou de outrem? O Código Civil, no art. 974, responde positivamente a ambas as questões, tendo mantido a solução do direito anterior. Nesse caso, porém, a Lei nº 12.399/2011 acrescentou (por meio da inclusão do § 3º ao art. 974) alguns requisitos específicos para o registro das alterações contratuais na Junta Comercial, quais sejam: I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; II – o capital social deve ser totalmente integralizado; III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais.

Curiosamente, o art. 974 manteve-se ineficaz à reforma promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ainda cogitando da hipótese de incapacidade absoluta superveniente (portanto, independente de idade, quadro que não mais subsiste no sistema atual).

51. OS RELATIVAMENTE INCAPAZES

Dentre os incapazes, destacam-se, do outro lado, aqueles que não são totalmente

privados da capacidade de fato, em razão de não vigorarem as mesmas razões predominantes na definição da incapacidade absoluta. Entende o ordenamento jurídico que, em razão de circunstâncias pessoais ou em função de uma imperfeita coordenação das faculdades psíquicas, deve colocar certas pessoas em um termo médio entre a incapacidade e o livre exercício dos direitos, que se efetiva por não lhes reconhecer a plenitude das atividades civis, nem privá-las totalmente de interferir nos atos jurídicos. A essa categoria de pessoas chamadas *relativamente incapazes*, e elas ocupando uma zona intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade total, diz-se que são *incapazes relativamente à prática de certos atos ou ao modo de exercê-los* (art. 4º do Código Civil). Os relativamente incapazes não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Ao contrário, o exercício de seus direitos somente se realiza com a sua presença. Mas, atendendo o ordenamento jurídico a que lhes faltam qualidades que lhes permitam liberdade de ação para procederem com completa autonomia, exige sejam eles *assistidos* por quem o direito positivo encarrega desse ofício – em razão do laço de parentesco ou em virtude de relação de ordem civil, ou ainda por designação judicial.

Nos seus efeitos, a incapacidade relativa gera a anulabilidade do ato jurídico (art. 171, I, do Código Civil), o que estudaremos no nº 110, *infra*.

A incapacidade relativa, na redação original do Código atual, provinha de causas diversas: idade (os menores entre 16 e 18 anos); os que tiverem discernimento reduzido; os excepcionais e os pródigos. A reforma proporcionada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu do rol de relativamente incapazes os excepcionais com desenvolvimento mental incompleto e transferiu para essa categoria, como já referido, as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade. A cada uma dessas categorias nos referiremos em seguida.

Incapacidade relativa dos menores. A primeira categoria de *incapazes* relativamente a certos direitos ou ao modo de exercê-los que o Código Civil considera é a dos maiores de 16 anos e menores de 18 anos (art. 4º, I). O nosso direito pré-codificado, tendo em linha de conta a puberdade, estatuiu que os do sexo masculino, a partir dos 14, e os do sexo feminino, a contar dos 12 anos, já tinham participação na vida civil, devendo ser especialmente citados para as ações em que fossem partes etc.²¹ O Código Civil cogitou apenas da idade e equiparou os menores de ambos os sexos. E entendeu que, se até os 16 anos a inexperiência e o insuficiente desenvolvimento desautorizam a participação na vida civil, a partir desse limite a pessoa já tem bastante discernimento para manifestar a sua vontade e influir nos atos em que estejam envolvidos os seus interesses, embora não ainda em grau

suficiente para proceder com plena e total autonomia.

Os menores relativamente incapazes, por conseguinte, figuram nos atos jurídicos, mas a validade destes requer a assistência de seu pai ou de sua mãe, conforme estejam sob o poder familiar ou aos cuidados de um tutor, se em regime tutelar. Para as ações judiciais, devem ser citados juntamente com o respectivo assistente, e é ainda juntamente com este que constituem procurador para demandar, como autores ou como réus.

Em alguns casos, o menor relativamente incapaz procede independentemente da presença de um assistente. Assim é que pode aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1.860) e ser testemunha em atos jurídicos (art. 228).

Ressalvadas as normas de proteção relativas a horários de trabalho, à natureza insalubre da atividade e à faculdade de obstá-lo, conferida aos pais, tutor ou responsável, o menor relativamente incapaz pode ajustar contrato de trabalho.²²

O estabelecimento de idade para o início de incapacidade relativa como para a aquisição de capacidade plena é resultado de puro arbítrio do legislador, que tem a liberdade de distinguir a atividade civil da atividade política e sujeitá-las a condições ou requisitos diferentes. Por essa razão, o menor até os 18 anos continua incapaz relativamente aos direitos na ordem civil, apesar de se lhe reconhecer aptidão para o exercício de atividade de votar. E não colhe argumentar que se o menor já tem a faculdade de escolher os dirigentes da nação é de se lhe reconhecer o poder de autodeterminação para os atos de seu particular interesse, porque a matéria é de política legislativa. Entendeu a lei de franquear ao menor que completa 16 anos o exercício do voto, ao mesmo passo que lhe restringiu a capacidade civil.

Incapacidade relativa dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos. O Código introduziu na sistemática das incapacidades essa nova espécie. 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. Os vícios do tóxico e da bebida, se atingirem o estado de habitualidade que gera a fraqueza mental, estão abrangidos nesta hipótese; mas se não ultrapassarem aquele limiar, não devem macular a declaração de vontade. Trata-se de incapacidade que tem de ser aferida na Justiça com máxima cautela, a fim de evitar distorções, e resguardar a incolumidade das relações jurídicas, máxime se não atingirem proporções de toxicomania crônica, geradora de estado permanente de falta ou deficiência de discernimento.

Incapacidade relativa dos deficientes mentais e dos excepcionais. O Código

adotava critério analítico para designar as pessoas que não têm a mente íntegra, embora não entrassem na classe dos enfermos e retardados. A multiplicação de hipóteses, em vez de evitar incertezas, somente concorre para estabelecê-las. A respeito da redação original do Código em vigor, por tal razão, já se criticava que as situações, muito próximas, de separação tênue, poderiam provocar vacilação jurisprudencial, até que o tempo lograsse determinar cada caso. Cabia à ciência médica definir e distinguir em que consiste a deficiência mental e o desenvolvimento incompleto, e diferenciar esses estados em relação aos excepcionais. Somente em tal subsídio, o portador da deficiência mental e o incompletamente desenvolvido seria incapaz relativamente aos atos que praticasse ou ao modo de exercê-los.

A reforma trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já referido, resolveu, por via transversa, o problema, eliminando de vez as causas de incapacidade absoluta ou relativa baseadas no estado mental. A essa hipótese, assim, passa a se aplicar o mesmo que se referiu sobre as pessoas com deficiência ou enfermidade mental: reputam-se plenamente capazes, em princípio, embora possam ser colocadas sob curatela, apenas quanto aos atos de disposição patrimonial.

Incapacidade daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (remissão). A hipótese, originalmente de incapacidade absoluta, foi trazida para o rol de causas de incapacidade relativa pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. A respeito, cf. nº 50, *supra*.

Incapacidade relativa dos pródigos. Muito discutida na doutrina é a questão da incapacidade dos pródigos, debatendo-se a conveniência de sua inscrição no direito positivo. Daí a diversidade de tratamento nos Códigos, pois, enquanto uns, como o brasileiro de 2002, conservam o instituto da interdição por prodigalidade, outros, como o francês e os que o tomaram por modelo, optaram por medida menos extrema. Nosso direito pré-codificado já restringia a capacidade daquele que dilapidava os seus bens, mandando que fosse apregoado o seu estado, para que dele ninguém comprasse ou com ele fizesse qualquer negócio. Na definição que se lê na *Ordenação* do Livro IV, tít. 103, § 6º, há uma ideia bem nítida do que é pródigo: aquele que desordenadamente gasta e destrói sua fazenda (o conjunto de seus bens). A origem desta *capitis deminutio*²³ vai prender-se ao direito romano, que, considerando o patrimônio individual uma copropriedade da família, capitulava como prejudicial ao interesse do grupo familiar a dilapidação da fortuna.

O individualismo extremado, que prosperou no tempo da Revolução Francesa, atingiu esse terreno e repercutiu no Código Napoleão, que eliminou a interdição do pródigo, sustentando Tronchet o desinteresse pela sua incapacidade em nome de

princípios econômicos e psicológicos, sob alegação de que o empobrecimento do indivíduo não atinge a riqueza coletiva, de vez que seus gastos põem em giro haveres que não saem da circulação social. Por influência de Portalis, o Conselho de Estado opinou pela adoção de medidas quanto aos pródigos, consignando o Código francês originalmente, no art. 512, a nomeação de um “conselho judiciário” a que se vissem submetidos, proibindo-lhes demandar, transigir, emprestar, alienar, gravar bens etc. sem a assistência que lhes é nomeada pelo Tribunal.²⁴

Em contraposição, defende-se a interdição do pródigo, dizendo-se que o seu perdularismo é, em geral, fruto de um desequilíbrio psíquico, comumente ligado à prática do jogo e ao vício em bebidas alcoólicas, e mais, que não pode haver riqueza social onde falta a acumulação de fortuna nas mãos dos indivíduos.²⁵

O sistema do nosso Código mantém-se em linha intermediária, inscrevendo o pródigo entre os relativamente incapazes (art. 4º), mas privando-o exclusivamente daqueles atos que possam comprometer a sua fortuna (emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, agir em Juízo como autor ou como réu), reservando-se-lhe a realização do que importa em simples administração (Código Civil, art. 1.782). Nem a abstenção total dos negócios da vida civil nem a liberdade de movimento que lhe dê pasto à tendência imoderada para o perdularismo. Todavia, se o pródigo é portador de enfermidade mental, incide na incapacidade por essa razão. Fora daí não parece conveniente conservar a inabilitação específica. Os gastos desordenados somente devem justificar a incapacitação para os atos de disposição dos bens (e somente neste caso) quando raia pela debilidade mental. Espero mesmo que no futuro venha a ser eliminada, como já ocorreu no BGB (Código Civil alemão). Enquanto persistir, o texto legal tem de ser interpretado restritivamente, nos casos em que comprometa a fortuna.

Capacidade dos índios não aculturados. Os nossos aborígenes, encontrados pelos descobridores, foram vítimas, no período colonial, de um processo quase sistemático de dizimação, expulsos da orla litorânea e pouco a pouco atingidos no interior em que residiam ou se refugiaram. Restam ainda, nos Estados centrais e nas regiões que pouco a pouco a civilização vai absorvendo, alguns pequenos grupos que em confronto com as pessoas cultas podem ser equiparados quase a crianças. Sua educação é muito lenta e é natural que o legislador crie um sistema de proteção que os defenda da má conduta de inescrupulosos. O Código deixa exclusivamente à legislação especial a tutela dos índios (art. 4º, parágrafo único).

Aí está, em suas linhas gerais, o sistema de incapacidades relativas, criado pelo Código Civil anterior e sensivelmente modificado, quer pelas leis subsequentes,

quer pelo Código Civil de 2002. Não cogitou ele de estendê-las ao *cego*, que, sofrendo ausência de um sentido que não lhe permite contato perfeito e completo com o mundo-ambiente, se adapta, no entanto, com grande facilidade, e, por uma compensação fisiológica de que é fértil a natureza, via de regra tem aguçados outros sentidos que lhe permitem trabalho eficiente e atividade socialmente proveitosa. Atendendo, porém, à falta de visão, não lhe permite a lei intervir em atos que dependem do sentido que lhe falta. Assim é que não pode ser testemunha, quando a ciência do fato que se quer provar depende da visão (Código Civil, art. 228, III), nem fazer testamento por outra forma que não seja a pública (Código Civil, art. 1.867).

Não há, também, no direito brasileiro incapacidade decorrente da abertura de falência, que apenas impõe ao falido restrições à atividade mercantil.

A *condenação criminal* não implica incapacidade civil. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (Código Penal, art. 38). Como efeito acessório da condenação, pode sofrer o condenado a perda de função pública ou do direito à investidura em função pública; a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela; a inabilitação para dirigir veículos (Código Penal, art. 92); a proibição do exercício de profissão ou atividade dependente de habilitação especial ou autorização do Poder Público; a perda ou suspensão de direitos políticos (Constituição Federal, art. 15, III). Em outros sistemas legislativos, a situação do condenado importa em restrição e até em privação da capacidade civil.

O direito civil impõe a pessoas envolvidas em atos reprováveis a interdição de certos direitos, muito embora não as considere tecnicamente incapazes, uma vez que se trata de restrição limitada e específica. O pai que abusa de seu poder ou abandona o filho é destituído do poder familiar (Código Civil, art. 1.638). O doador tem o direito de revogar o benefício se o donatário incorre em ingratidão (Código Civil, art. 555). O herdeiro é excluído da sucessão se comete delito contra a integridade moral ou física do autor de herança (Código Civil, art. 1.814).

51-A. TOMADA DE DECISÃO APOIADA (REMISSÃO)

As já referidas alterações criadas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) abrangeram também a criação de instituto designado à *tomada de decisão apoiada*, previsto no art. 1.783-A do Código Civil, que será objeto de

comentário mais minucioso no volume quinto dessas *Instituições*. Nesta sede, vale esclarecer apenas que não se trata de modalidade de representação legal ou de assistência, vez que dirigido a pessoas com deficiência mental, as quais, no sistema atual, passaram a ser reputadas plenamente capazes. A rigor, a figura do apoiador, nos moldes concebidos pelo Estatuto, tende a permanecer inócua, já que a ausência de sua nomeação em nada compromete a validade dos atos celebrados pela pessoa com deficiência mental.

52. MAIORIDADE E EMANCIPAÇÃO

A plenitude da capacidade civil, advinda da cessação da menoridade, não vigorava em nosso direito pré-codificado.²⁶ No regime do Código de 1916, aos 21 anos completos, cessava a menoridade, tornando-se o indivíduo apto para todas as atividades da vida civil, o que se dá pelo tempo e independentemente de qualquer ato.

O legislador civil acolheu as críticas, no sentido de que a vida moderna proporciona aos jovens um volume de conhecimento muito maior do que no passado, justificando a cessação da menoridade aos 18 anos (art. 5º). Trata-se de matéria em que domina exclusivamente o arbítrio legislativo. Com bons argumentos e exemplos em outros Códigos, pode-se defender a fixação de uma ou de outra cifra. No nosso direito anterior, as *Ordenações* mantinham 25 anos a idade para a cessação da menoridade; o Código alemão alterou para 18 (art. 2º); o Código argentino de 2014 alterou a menoridade em 2014 para os 18 (art. 25); o Código uruguaio até os 18 (art. 280); o Código suíço (art. 14) também estabelece o limite nos 18 anos. Do mesmo modo, o Código italiano fixou a maioridade aos 18 (art. 2º) e assim também os Códigos espanhol (art. 315), francês (art. 488), português (art. 130), venezuelano (art. 18) e chileno (art. 26), podendo-se dizer que essa é a cifra que se veio consolidando, ao menos nos países ocidentais. A tendência no Brasil, no sentido de antecipar para os 18 anos a maioridade, já era evidente: nessa idade, o cidadão pode ser eleito vereador, adquire a plena maioridade trabalhista, assume a imputabilidade criminal, pode habilitar-se para a condução de veículos automotores. Embora se trate de orientação de política legislativa, não é de desprezar que a ordem jurídica, em vários aspectos, enxerga no indivíduo, aos 18 anos, discernimento amplo e aptidões positivas.

Não há, também entre nós, assim como na generalidade dos Códigos modernos,

diferença de tratamento em relação ao sexo, importando a maioridade civil, tanto para o homem quanto para a mulher, em aquisição automática da capacidade de fato.

Emancipação. Pode-se adquirir a plena capacidade civil, independentemente de se atingir a maioridade, pela emancipação (art. 5º, parágrafo único). No regime do Código atual, os menores, completando 16 anos, podem ser emancipados por escritura pública outorgada pelo pai e pela mãe que estiverem no exercício do *poder familiar*. Se estiver o menor sob tutela, a emancipação pode ser deferida por *sentença judicial*, depois de ouvido o tutor, a quem a lei não confere a faculdade de sua concessão, como a permite aos pais. A emancipação pode decorrer, ainda, de uma das causas estipuladas em lei. São, portanto, três as formas de emancipação previstas na lei civil:

Emancipação voluntária. É a concessão, em virtude da qual se atribui ao filho a condição de maioridade, antes de atingir os 18 anos (art. 5º, parágrafo único, I). O Código estabeleceu os seus extremos: a) É uma concessão, e, portanto, não cabe ser exigida ou reivindicada. Somente os genitores são os juízes de sua conveniência. Ato de vontade, insuprível judicialmente; b) É ato dos pais, conjuntamente, mas pode ser outorgada por um só, na falta do outro; c) O emancipado há de ter dezesseis anos completos; d) A emancipação exige instrumento público, *ad substantiam*, isto é, a forma pública integra a própria declaração de vontade, e não pode ser substituída ou completada por qualquer outra; e) Manifestação de vontade espontânea, vale por si mesma, independentemente de homologação judicial; f) Transladada a escritura, tem de ser averbada à margem do assento de nascimento (art. 9º, II, do Código Civil) para conhecimento de quantos tratem com o emancipado.

Emancipação judicial. Somente os menores sob poder familiar podem ser emancipados por simples declaração de vontade. Ao tutor não confere a lei o poder de emancipar o pupilo. Nesse caso, a emancipação resulta de procedimento judicial, de iniciativa do emancipando (art. 5º, parágrafo único, I, *in fine*). Depois de ouvido o tutor, e em seguida o Ministério Público, o juiz decidirá por sentença que, após passar em julgado, será igualmente levada ao registro civil (art. 9º, II, do Código Civil e art. 1.112, I, do Código de Processo Civil de 1973, art. 725, I do Código de Processo Civil de 2015). O requisito da idade é também exigido.

Emancipação legal. Afora os casos de emancipação voluntária e judicial, o Código considera emancipado o menor, independentemente da idade, em qualquer dos casos seguintes:

- a) Pelo *casamento*, como ato da maior importância da vida civil. O *casamento*

gera a cessação da incapacidade civil, como natural consequência da constituição da família. Aquele que assume a responsabilidade da direção do lar não deve, simultaneamente, achar-se submetido à autoridade alheia. Uma vez emancipado pelo casamento válido, a emancipação é definitiva, não mais retornando à sujeição do poder familiar ou da tutela, ainda que se dissolva a sociedade conjugal pela morte do outro cônjuge, pela separação ou pelo divórcio (art. 5º, parágrafo único, II).

b) Pelo *emprego público efetivo*, no pressuposto de que a investidura na função faz presumir a plena habilitação para a vida civil. O emprego público temporário não tem o mesmo efeito, não comportando a espécie interpretação analógica. A hipótese, contudo, não tem eficácia, uma vez que a lei passou a exigir, para investidura em cargo público efetivo, o requisito da idade mínima de 18 anos (Lei nº 8.112/1990, art. 5º, V).

c) Pela *colação de grau em curso de ensino superior*. A definição do que seja estabelecimento de ensino superior é objeto de legislação especial. Não tem o mesmo efeito a conclusão de curso de outra natureza, em grau médio, técnico ou profissionalizante (art. 5º, parágrafo único, IV).

d) Pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos, tenha *economia própria*, independentemente de qualquer outra providência. A lei presume aptidão para a vida civil naquele que já está exercendo atividade autônoma, desde que haja completado dezesseis anos (art. 5º, parágrafo único, V).

Em qualquer caso, *a emancipação é irrevogável e*, uma vez concedida, habilita plenamente o beneficiado para todos os atos civis, com plena capacidade, como se tivesse atingido a maioridade.

Não se pode deixar de considerar o efeito da idade sobre o exercício de certos direitos, muito embora não importem as restrições existentes em leis especiais ou a concessão de direitos numa diminuição ou extensão de capacidade.

Na órbita dos direitos políticos, o direito de voto é obrigatório a partir dos 18 anos, porém facultativo aos maiores de 70 anos e aos maiores de 16 e menores de 18 anos (Constituição, art. 14, § 1º). Somente podem ser eleitos Presidente e Vice-Presidente da República e para o Senado Federal os cidadãos maiores de 35 anos (Constituição, art. 14, § 3º, VI, *a*); com 30 anos, podem eleger-se Governador e Vice-Governador (Constituição, art. 14, § 3º, VI, *b*) e com 21 anos, o cidadão pode ser Deputado Federal, Deputado Estadual e Prefeito, dentre outros cargos (art. 14, § 3º, VI, *c*); enfim, a partir dos 18 anos completos, aqueles que detêm as condições de

elegibilidade podem ser Vereadores (art. 14, § 3º, VI, *d*).

O regime de bens do casamento de pessoa maior de 70 anos será obrigatoriamente o regime de separação de bens (por força da Lei nº 12.344/2010, que modificou o art. 1.641, II, do Código Civil, o qual previa a idade de 60 anos).

Para efeito de serviço militar já se considerava, mesmo no regime anterior, cessada a menoridade aos 17 anos.²⁷

¹ Capitant, *Introduction*, p. 135.

² Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 76; Cunha Gonçalves, I, nº 29; Capitant, *Introduction*, p. 137.

³ Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, nº 441.

⁴ Mazeaud et Mazeaud, I, nº 472.

⁵ Laurent, *Principes de Droit Civil*, v. III, nº 427; Caio Mário da Silva Pereira, *Efeitos do Reconhecimento da Paternidade Ilegítima*, nº 30.

⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, nºs 34 e ss.; Savatier, *Recueil Périodique Dalloz*, 1920-2-60; Josserand, *Cours*, I, p. 656; Colin e Capitant, *Cours*, I, nºs 370 e ss.; De Page, *Traité*, I, nºs 264 e ss. Os doutrinadores aqui mencionados e outros não são, porém, concordes neste efeito da *res judicata*. Cf., ainda, Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, II, nº 81; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, I, nº 484; Jorge Salomão, *Da Coisa Julgada nas Ações de Estado*.

⁷ A votação foi por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio Mello e Cezar Peluso.

⁸ Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, nº 2.155; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, I, § 36.

⁹ Colin e Capitant, *Cours*, I, nº 71; Planiol, Ripert e Boulanger, nº 2.156.

¹⁰ A terminologia é, aliás, descontraída. Há escritores que alinham tais restrições como *incapacidades*. Outros as entendem mesmo como *restrições*. Teixeira de Freitas, Esboço, nota ao art. 21, reservou-lhes a denominação de *incapacidade de direito*, por importarem *proibição direta* por motivo de ordem pública, no que se distinguem das *incapacidades* de fato, resultantes de *proibição indireta*, “determinada pelas mesmas incapacidades e uma consequência delas”.

¹¹ “Diminuição de direitos”.

¹² Cf., a respeito do problema: Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 36.

¹³ Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité*, I, nº 2.475.

¹⁴ Sobre os institutos da tutela e da curatela, v. arts. 1.728 a 1.783 do Código Civil.