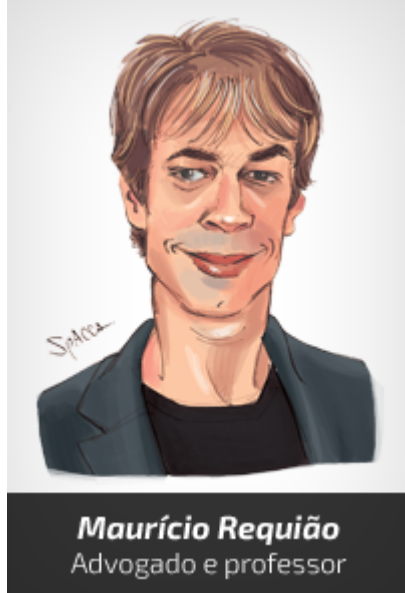


## Comparação a incapacidade nos sistemas brasileiro e argentino



Recentemente, como se sabe, com a aprovação do Estatuto da Pessoa com

Deficiência — sobre o qual já falamos aqui na **ConJur** em duas oportunidades (leia [aqui](#) e [aqui](#)) — voltou à tona no Brasil a discussão sobre a questão da incapacidade de exercício.

O estudo comparado de legislação, que é sempre útil, se mostra ainda mais importante quando surgem novidades de grande monta, com o conseqüente abalo de certezas longamente impostas. Não que se espere buscar soluções milagrosas em outros ordenamentos, mas sim que a eles se volte com a ideia de que olhar como pensa o outro pode ser também ótima oportunidade para repensar o próprio agir.

Entretanto, ao contrário do que muitas vezes é feito, não se buscará aqui realizar comparação com sistemas europeus. Escolhe-se uma nação vizinha e explico as razões. Isso se dá, em primeiro, lugar porque se trata de nação cujo desenvolvimento se deu em contexto histórico similar ao nosso, de colônia europeia na América do Sul, o que em si já é um fator de aproximação e interesse. Em segundo lugar porque acredita-se que tal estudo pode se fazer mais necessário em situações de ordem prática, até mesmo em virtude dos frequentes negócios realizados entre cidadãos das duas nações, dada a sua proximidade geográfica e frequente intercâmbio. Por fim, dentre as diversas razões, pesou a escolha por conta de a nação em questão ter passado também por recente revisão do seu sistema de capacidades, por força do seu novo Código Civil que entrou em vigor em 1º de agosto de 2015.

É justamente com base nestas considerações que se realizará, como o leitor já deve ter descoberto, comparação entre o sistema das incapacidades no atual ordenamento brasileiro e no dos *hermanos* argentinos.

Embora novo, o CC argentino segue a tradição do seu antecessor, com linguagem consideravelmente prolixa e tendência bem maior a apresentar explicações que melhor seriam deixadas à doutrina, se comparado com o brasileiro. Há também certa promiscuidade entre abordagem de direito material e direito processual, o que acontecia também no nosso Código Civil, por exemplo, no que toca à curatela, e que foi retificado pelo nosso novo Código de Processo Civil (CPC/2015). Por questão de recorte



---

metodológico, quando necessário as questões processuais serão neste texto apenas tangenciadas, mas não aprofundadas.

Acertadamente, ao contrário do que acontece na legislação pátria, no CC argentino, o Título I, que trata das pessoas, inclui não somente as questões relativas à capacidade, mas também aquelas relativas à tutela e curatela. Aproveita-se a oportunidade para repetir que não há razão para que tais temas, notadamente a curatela, continuem sendo tratadas dentro do Direito de Família.

No novo Código Civil argentino convivem três modelos de restrição de capacidade: a pessoa incapaz, a com capacidade restringida, e os inabilitados. Trataremos dos três casos no decorrer do texto.

A capacidade de exercício está inicialmente regulamentada no seu artigo 23, que determina que todos os seres humanos têm capacidade de exercício, excetuadas as exceções previstas naquele Código e por sentença judicial.

Já na sequência (artigo 24), temos o rol dos que integram a condição de *incapazes*, que são o nascituro, o menor de 18 anos<sup>[1]</sup> e a pessoa assim declarada por sentença judicial, na medida que for determinada pela sentença.

Já aqui se nota a mudança positiva em relação ao Código Civil argentino anterior no que toca à regulação da incapacidade absoluta — o fazia no artigo 54. Isso porque, por um lado, foram excluídos do rol os “dementes”, bem como porque o próprio uso de tal palavra foi afastado de toda a legislação. Ademais, retirou-se ainda o surdo-mudo da condição de absolutamente incapaz.

A partir dos 13 anos é possível que tenhamos o segundo modelo, o do sujeito que tem sua *capacidade restringida* através de sentença judicial, em caso de vício (a exemplo do que acontece no artigo 4º, II, do CC brasileiro) ou por uma “*alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes*” (artigo 32), similar às situações de incapacidade anteriormente previstas no CC brasileiro, ou mesmo às restrições de capacidade ao portador de transtorno mental que ainda hoje são possíveis no ordenamento pátrio.

Acredita-se que ao aplicar esta restrição à capacidade, até pela própria redação do artigo, o juiz deve indicar quais atos são afetados. Além disso, deve ainda indicar quais apoios serão necessários à pessoa que teve sua capacidade restringida.

Encontra-se aqui, portanto, a capacidade do portador de transtorno mental tendo que sofrer restrições e não simplesmente colocada como condição inerente de tal sujeito, como antes acontecia nos Códigos Cíveis brasileiro e argentino.

Também no novo Código Civil argentino, a exemplo do que acontece no brasileiro após a inserção da tomada de decisão apoiada, há a possibilidade de um sistema menos restritivo de direitos do que a curatela. A demanda por tal sistema menos restritivo já ecoava na doutrina argentina, com menções, por exemplo à necessidade de se ter um mecanismo similar à *sauvegarde de justice* francesa<sup>[2]</sup>.

Assim é que o seu artigo 43 trata de sistemas de apoio ao exercício da capacidade, definindo-o como



“qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que o necessite a tomada de decisões para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral”.

Também aqui o interesse no apoio parte do sujeito a ser apoiado, que pode designar uma ou mais pessoas de sua confiança para atuarem como seus apoiadores. No mesmo sentido da medida brasileira, o sistema de apoio deve favorecer a autonomia e facilitar a exteriorização da vontade do sujeito apoiado.

Quando vai abordar as restrições à capacidade, segue linha similar àquela do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do CPC/2015. Assim, desvincula capacidade de eventual interinação (artigo 31, a), bem como determina que as restrições à capacidade são de caráter excepcional e devem se dar sempre buscando o benefício da própria pessoa (artigo 31, b).

No campo da saúde do interdito se preocupa com o caráter interdisciplinar para o seu tratamento (artigo 31, c), e com o uso das técnicas terapêuticas que menos lhe limitem a autonomia (artigo 31, f).

Já ao abordar os aspectos processuais, além de destacar o já falado caráter interdisciplinar que deve ser observado também no processo de interdição, indica a necessidade de ter o incapaz um assistente legal no processo que deverá ser proporcionado pelo Estado caso o interdito não disponha de recursos (artigo 31, e).

Na disciplina da curatela, determina que o curador deverá tratar tanto dos aspectos pessoais como patrimoniais do curatelado, com foco na recuperação da saúde deste.

Interessante a possibilidade prevista no CC argentino (artigo 139) de o sujeito capaz, por meio de diretiva antecipada, designar quem eventualmente viria a ser seu curador, embora pendente de aprovação judicial. Este mecanismo que não se apresenta no nosso atual Código Civil certamente poderia ser adotado, ainda mais considerando hoje a existência do mecanismo de tomada de decisão apoiada. Ter-se-ia, assim, mais um modo de privilegiar a autonomia do sujeito que venha a ter sua capacidade de alguma maneira restringida.

Ao contrário do que acontece no sistema brasileiro, em que os atos dos incapazes podem gerar nulidade (absolutamente incapazes) ou anulabilidade (relativamente incapazes), no sistema argentino os atos dos incapazes geram a nulidade dos atos, a partir da inscrição da sentença no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas, nos termos do artigo 44. É possível, entretanto, buscar a nulidade de atos anteriores a este registro, desde que eles prejudiquem a pessoa incapaz ou com capacidade restringida, e: a enfermidade mental era ostensiva à época da celebração do ato; ou quem contratou o fez de má-fé; ou o ato tenha sido a título gratuito.

Por fim, o novo Código, a exemplo do anterior, manteve a figura dos *inabilitados* em paralelo à dos incapazes e dos agora com capacidade restringida. Na vigência do Código anterior, definia a doutrina argentina a inabilitação como sendo “*una institución destinada a proteger a las personas que se encuentran afectadas por diversos tipos de deficiencia morales, psíquicas o de conducta, que inciden sobre su discernimiento, colocándolas en situación de inferioridad para la gestión de su patrimonio*”<sup>[3]</sup>.

Entretanto, ao contrário do Código anterior, que no seu artigo 152, bis, colocava como sujeitos passíveis de inabilitação: a) o ébrio habitual e o usuário de tóxico que estivessem expostos a realizar atos jurídicos



que prejudicassem seu patrimônio; b) as pessoas com deficiência nas suas capacidades mentais que pudessem vir a causar dano aos seus patrimônios; c) os pródigos que pudessem expor sua família à perda de patrimônio; o novo Código Civil argentino manteve a inabilitação unicamente aplicável à figura do pródigo.

No que toca a estes é interessante notar que deixa claro o novo texto legal (artigo 48) que a proteção se dá não para o inabilitado, mas sim para os seus familiares, já que só há possibilidade de inabilitação do pródigo quando este possuir cônjuge ou filhos menores ou incapazes. Muito mais acertada e sincera, portanto, do que a posição adotada no nosso CC que permite inserções indevidas de terceiros na autonomia de sujeitos maiores e que não possuem qualquer dever de sustento para quem quer que seja.

Quanto aos efeitos da inabilitação, será ela apenas para fins patrimoniais, com a nomeação de um apoiador que atuará como assistente para os atos de disposição *inter vivos* e demais atos que sejam determinados pelo juiz em sentença.

O que se pode concluir por este breve estudo é que a ideia de privilegiar a autonomia e restringir o mínimo possível a capacidade dos sujeitos se apresenta como uma tendência no Direito Civil contemporâneo. Certamente que tais mudanças trazem novos desafios, especialmente sobre como conferir essa autonomia, sem, entretanto, deixar que sujeitos eventualmente vulneráveis fiquem à mercê de eventuais abusos. O que não se pode, certamente, é que o medo da comunidade jurídica em lidar com tais desafios promova retrocessos a direitos conquistados a tanto custo.

*\*Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da [Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo](#) (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC e UFMT).*

[1] Há alguns regramentos diferenciados para a capacidade decisória do adolescente a partir dos 13 anos no que toca a questões relacionadas a tratamentos médicos. Assim, aquele que tem entre 13 e 16 tem poder para decidir sobre tratamentos que não sejam invasivos, sendo que a partir dos 16 passam a ter o mesmo poder decisório que um adulto no que toca aos cuidados sobre seu próprio corpo.

[2] TOBÍAS, José W. La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado: debates y tendencias actualizadoras. In: BORDA, Guillermo Antonio (dir). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p.201.

[3] MATERRA, Marta del Rosario; NOYA, Gustavo Eduardo. Los inhabilitados. In: BORDA, Guillermo Antonio (dir). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p.228.