

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

EUDES VITOR BEZERRA

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, João Paulo Allain Teixeira, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-302-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Constitucional.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A teoria civilista, na contemporaneidade, encontra-se, cada vez mais, adstrita aos preceitos constitucionais, ao passo que nos dias atuais a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, nas pesquisas, nos trabalhos científicos, bem como em vários congressos de direito realizados no Brasil e no mundo.

No XXV CONGRESSO DO CONPEDI, que teve como tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado na cidade de Curitiba (Paraná) entre os 7 a 10 de dezembro de 2016, não foi diferente, porquanto o Grupo de Trabalho (GT) de Direito Civil Constitucional I, serviu de palco para calorosos e profundos debates envoltos a constitucionalização do Direito Civil.

Acreditamos que democratização da informação e a amplo acesso à rede mundial de computadores, apresenta-se como um núcleo de estabilização da relação entre cidadãos e instituições, cidadãos e seus representantes, ou seja, fomenta uma junção das relações interpessoais alicerçadas pelos direitos fundamentais, fato que viabilizar o Direito Civil Constitucional ser posto em voga.

Nesse contexto, temas como liberdade de expressão e direito da personalidade; capacidade civil das pessoas com deficiência; direito de propriedade e desapropriação; eficácia dos direitos fundamentais; responsabilidade civil e a tutela da pessoa humana; responsabilidade dos notários e registradores públicos; dignidade da pessoa humana no contexto constitucional luso-brasileiro; paradigma libertário do “right to privacy” norte americano; concepção; nascimento e vida indesejada e a possibilidade de reparação; criogenia; curatela em matéria assistencial e pessoa com deficiência; importância dos princípios constitucionais na responsabilidade civil por danos materiais e morais; discricionariedade judicial; parentalidade e o parentesco e a manutenção das famílias contemporâneas; informação e poder: proteção dos dados pessoas na internet; naturalização da família; incapacidades no direito civil brasileiro e argentino; e, saúde mental, demonstram como a constitucionalização do direito civil vem sendo abordada no nosso país e no mundo.

Sendo que o diálogo em direito privado e os direitos fundamentais norteou os exímios artigos científicos que foram apresentados no XXV CONGRESSO DO CONPEDI e que compõe a presente obra.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de um conjunto de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra, cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra - Universidade Nove de Julho – Uninove

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa - Universidade Federal da Paraíba

O SISTEMA DE INCAPACIDADES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E ARGENTINO

LEGAL INCAPACITY IN BRAZILIAN AND ARGENTINE CIVIL LAW

Daniella Bernucci Paulino ¹
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior ²

Resumo

No presente trabalho, comparou-se o sistema de incapacidades brasileiro e argentino, para se verificar como a pessoa com deficiência é tratada no tocante ao exercício dos atos da vida civil. Foram selecionados e comparados os textos legais que disciplinavam a incapacidade em sua moldura tradicional, bem como os textos legais que agora reconhecem a plena capacidade da pessoa com deficiência, a fim de apresentar um panorama da evolução legislativa do sistema de incapacidades no Brasil e na Argentina.

Palavras-chave: Incapacidade, Pessoa com deficiência, Direito comparado

Abstract/Resumen/Résumé

In this study, we compared Brazilian and Argentine legal incapacity, to see how the disabled person can exercise the acts of civil life. Legal texts were selected and compared in order to present an overview of legislative developments in the incapacity legal system in Brazil and Argentina.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal incapacity, Person with disabilities, Comparative law

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Privado. Professora na PUC Minas. Coordenadora Geral da Pós-Graduação a Distância da PUC Minas Virtual.

² Doutor em Direito Civil. Professor Adjunto na PUC Minas e Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado e Procurador do Estado de Minas Gerais.

1 Introdução

O sistema de incapacidades que por mais de um século vigeu no Brasil e na Argentina foi recentemente alterado, em face do reconhecimento de que a pessoa com deficiência, salvo situações excepcionais, tem condições de praticar os atos da vida civil sem qualquer restrição de capacidade. O objetivo do presente estudo, então, consiste em identificar como o sistema de incapacidades foi alterado no direito civil brasileiro e no argentino, cotejando a legislação ora em vigor nos dois países.

Para tanto, foi feita uma pesquisa documental, por meio da identificação, seleção e análise de textos legais argentinos e brasileiros, comparando como o sistema de incapacidades era estruturado nesses dois países. Foram utilizados os textos legais disponibilizados no *site* governamental responsável pela divulgação da legislação interna dos dois países, complementando-se a pesquisa por meio de revisão bibliográfica da literatura pertinente; a limitação a esse método de pesquisa decorre da quase inexistência de artigos técnicos que comentavam a recente alteração legislativa ocorrida nos dois países.

Após a análise dos dispositivos legais relativos ao sistema de incapacidades, eles foram dispostos em colunas, a fim de facilitar a sua compreensão, e comentados. Ao final, foram apresentadas as conclusões obtidas.

2 De Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil Argentino: O Longo Caminho para o Reconhecimento da Capacidade Civil das Pessoas Com Deficiência

No ano de 1864, tiveram início os trabalhos de elaboração do Código Civil argentino, por decreto do Ministério da Justiça da Argentina. O responsável pela codificação foi Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield, que se inspirou declaradamente na obra de Teixeira de Freitas. O Código, aprovado em 1869, entrou em vigor em 1871 e vigeu por 147 anos, até ser substituído pelo *Código Civil y Comercial de la Nación*, aprovado pela Lei 26.994/2014 e promulgado pelo Decreto 1795/2014. O novo Código entrou em vigor em 1º de janeiro de 2016 e teve como Presidente da Comissão responsável por sua elaboração Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente da Suprema Corte de Justiça da Argentina.

O antigo Código argentino diferenciava a capacidade de fato em absoluta e relativa, e considerava absolutamente incapazes a) as pessoas por nascer, ou seja, os que, ainda não tendo nascido, tinham sido concebidos no seio materno; b) os menores impúberes, isto é, os que ainda não tivessem completado a idade de 14 anos; c) os dementes, ou seja, as pessoas

que por causa de suas enfermidades mentais não tinham aptidão para dirigir-se ou para administrar os seus bens e d) os surdos-mudos que não sabiam manifestar-se por escrito. Já o “menor adulto”, aquele com idade entre 14 e 18 anos, era considerado relativamente incapaz, tendo capacidade apenas para os atos que as leis expressamente lhe autorizava a praticar. A esses se somavam os *inhabilitados* (e.g., os pródigos), a quem se outorgava um regime de assistência para os atos de disposição *inter vivos*, assim como para os atos de administração especificados na decisão judicial (BORDA, 2001).

Esse sistema se aproximava daquele adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916, cujos arts. 5º e 6º tratavam, respectivamente, dos absolutamente incapazes e dos relativamente incapazes. Enquadravam-se na primeira categoria os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes. Na categoria dos relativamente incapazes se encontravam os maiores de 16 e menores de 21 anos, as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, os pródigos e os silvícolas (BEVILAQUA, 1940).

Teixeira de Freitas, em sua Consolidação, já apresentava o germe desse entendimento, que veio a ser adotado naqueles dois Códigos. De fato, o art. 1º da Consolidação das Leis Civis previa a aquisição da personalidade por ocasião da concepção: “as pessoas considerar-se-ão como nascidas, apenas formadas no ventre materno”, ao passo que o art. 8º determinava que “as pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um anos completos termina a menoridade e se é habilitado para todos os atos da vida civil”, ressalvando a situação dos *Expostos* no art. 9º, que lhes conferia plena capacidade tão logo completassem 20 anos. Os loucos de todo o gênero e os pródigos eram equiparados aos menores para os fins de proteção legal (art. 29) e os bens e direitos dos ausentes eram confiados à administração e vigilância dos curadores (art. 31) (TEIXEIRA DE FREITAS, 1859).

A concepção tradicional da capacidade de fato está historicamente ligada ao discernimento do indivíduo, e o legislador ocupou-se em proteger aqueles que presumivelmente não teriam condições de compreender a extensão e as consequências de suas ações. Desse modo, menores, pródigos, portadores de deficiência mental e surdos-mudos eram considerados incapazes de praticarem os atos da vida civil, por lhes faltar o discernimento necessário para tanto. As mulheres, a seu turno, tinham a capacidade restringida em virtude do casamento, em decorrência do papel de preeminência que se atribuía ao homem por ocasião da formação da família. Como ressaltou Clóvis, “não é a inferioridade

mental a base da restrição imposta à capacidade da mulher, na vida conjugal, é a diversidade das funções que os consortes são chamados a exercer” (BEVILÁQUA, 1940, p. 190).

Essa concepção perdurou por praticamente todo o século XX, que manteve o sistema de incapacidades baseado na presunção de ausência de discernimento. Nem mesmo a superveniência do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/1962, o alterou, porquanto a inclusão da mulher casada no rol das relativamente incapazes decorria mais da sua posição na estrutura familiar do que na crença de sua inferioridade intelectual. Igualmente, o novo Código Civil brasileiro, instituído pela Lei 10.406/2002, manteve substancialmente tal sistema de incapacidades.

Com efeito, o seu art. 3º elencava dentre os absolutamente incapazes a) os menores de 16 anos, b) os que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento e c) os que, por causa transitória, não pudessem exprimir a sua vontade. O art. 4º, que tratava dos relativamente incapazes, considerava como tais a) os maiores de 16 e menores de 18 anos, b) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que por deficiência mental tivesse o discernimento reduzido, c) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e d) os pródigos. A disciplina da capacidade civil dos silvícolas, agora denominados indígenas, era remetida à legislação especial (FIUZA, 2003).

Possivelmente, ao longo de todo esse período, apenas duas leis extravagantes impactaram o tradicional sistema de incapacidades. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, introduzido pela Lei Lei 8.069/1990, e na Argentina, a *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Lei 26.061/2005. Esses textos legais reconhecem a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, atribuindo-lhes inúmeros direitos; no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente permitiu que se desenvolvesse a ideia de que crianças e adolescentes seriam capazes para o exercício de direitos existenciais, enquanto a capacidade para a prática de direitos patrimoniais continuaria a ser disciplinada pelo Código Civil de 2002. Um bom exemplo da valorização da vontade do adolescente aparece no art. 46 da Lei 8.069/1991, que exige o consentimento do maior de doze anos de idade como requisito legal para a sua adoção.

Esse tradicional sistema de incapacidades, no entanto, foi afastado quase que simultaneamente tanto no Brasil quanto na Argentina. No Brasil, a Lei 13.146/2015, que entrou em vigor em janeiro de 2016, instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao passo que, na Argentina, em janeiro de 2016 entrou em vigor o *Código Civil y Comercial de la Nación*.

Esses dois diplomas subvertem significativamente o sistema de incapacidades nesses dois países, abandonando a presunção de ausência de discernimento dos portadores de deficiência mental e estabelecendo um sistema de decisão apoiada em substituição à tradicional figura do curador.

A partir de agora, os dois sistemas se estruturam da seguinte forma:

2.1 Aquisição da personalidade

O direito brasileiro adota o nascimento como marco para aquisição da personalidade e o direito argentino adota a concepção, estabelecendo que caso ocorra o nascimento sem vida, considera-se que a pessoa nunca existiu (art. 21).

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.	Art. 19 – A existência da pessoa humana começa com a concepção.

2.2 Capacidade de direito

Em ambos os regimes se reconhece a capacidade de direito.

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.	Art. 22 – Toda pessoa humana goza de aptidão para ser titular de direitos e deveres jurídicos. A lei pode privar ou limitar essa capacidade a respeito de fatos, simples atos ou atos jurídicos determinados.

2.3 Capacidade de fato

O Código argentino contém disposição reconhecendo expressamente a capacidade de fato, lá denominada *capacidad de ejercicio*. O Código brasileiro não contém disposição

similar e a noção de capacidade de fato decorre da interpretação *a contrario* do *caput* dos arts. 3º e 4º.

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.	Art. 23 - Toda pessoa humana pode exercer por si mesma os seus direitos, excetuando-se as limitações expressamente previstas naquele Código ou em uma sentença judicial.
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer [...]	

2.4 Rol dos incapazes

O Código argentino não mais diferencia os absolutamente dos relativamente incapazes, apresentando apenas, em seu art. 24, a relação dos incapazes de fato. O Código brasileiro manteve tal distinção.

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.	Art. 24 – São incapazes de exercício:
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:	a. a pessoa por nascer;
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;	b. a pessoa que não conta com a idade e maturidade suficiente, com o alcance disposto na Seção 2ª deste Capítulo;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o	c. a pessoa declarada incapaz por sentença judicial, na extensão estabelecida nessa decisão.

discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; 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.	
---	--

2.5 Disciplina jurídica dos menores

Nos dois países a incapacidade cessa aos 18 anos completos. No Brasil, no entanto, manteve-se a incapacidade absoluta dos menores de 16 anos, ao passo que, na Argentina, permitiu-se aos menores que tiverem idade e maturidade suficiente o exercício por si dos atos que lhes são permitidos pelo ordenamento jurídico. Também se assegurou ao menor o direito de ser ouvido em todo processo judicial que lhe disser respeito, bem como a participar das decisões sobre a sua pessoa; também se admite que o adolescente entre treze e dezesseis anos tem aptidão para decidir por si a respeito de tratamentos que não sejam invasivos nem comprometam seu estado de saúde ou provoquem um risco grave a sua vida ou integridade física (havendo risco de vida ou em se tratando de tratamento invasivo, o adolescente deverá ser assistido por seus genitores e eventual conflito entre eles se resolverá tendo em conta o seu interesse superior, tomando-se por base a opinião médica). A partir dos dezesseis anos o adolescente é considerado adulto para as decisões atinentes ao próprio corpo.

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.	Art. 25 - Menor de idade é a pessoa que não completou 18 anos. Este Código denomina adolescente a pessoa

<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.</p>	<p>menor de idade que completou treze anos.</p> <p>Art. 26 - A pessoa menor de idade exerce os seus direitos através de seus representantes legais.</p> <p>Não obstante, a que tiver idade e maturidade suficiente pode exercer por si os atos que lhe são permitidos pelo ordenamento jurídico. Em situações de conflito de interesses com seus representantes legais, poderá intervir com assistência letrada.</p> <p>A pessoa menor de idade tem o direito de ser ouvida em todo processo judicial que lhe seja concernente e a participar nas decisões sobre a sua pessoa.</p> <p>Presume-se que o adolescente entre treze e dezesseis anos tem aptidão para decidir por si a respeito de tratamentos que não sejam invasivos nem comprometam o seu estado de saúde ou provoquem um risco grave em sua vida ou integridade física.</p> <p>Caso se trate de tratamentos invasivos que comprometam o seu estado de saúde ou se estiver em risco a sua integridade ou sua vida, o adolescente deverá manifestar seu consentimento com a assistência de seus pais; o conflito entre ambos é resolvido tendo-se em conta o seu interesse superior, tendo por base a opinião médica a respeito das consequências da realização ou não do ato médico.</p>
---	--

	A partir dos 16 anos o adolescente é considerado como um adulto para as decisões atinentes ao cuidado com seu próprio corpo.
--	--

2.6 Emancipação

A emancipação na Argentina ocorre apenas com o casamento antes dos dezoito anos. O emancipado goza de plena capacidade de fato, ressalvadas as limitações legais, e a emancipação é irrevogável, mesmo em caso de nulidade do casamento. Apenas se houver má-fé do cônjuge é que cessará a emancipação, e mesmo assim apenas depois do trânsito em julgado da sentença. Finalmente, a emancipação também não implica a aquisição do direito que tem por termo a maioridade. O menor que exercer profissão não se emancipará, mas poderá exercê-la sem autorização, além de administrar e dispor dos bens que adquiriu com o produto de sua profissão, além de responder civil e criminalmente pelos atos concernentes a sua atividade profissional. No Brasil, foram mantidas praticamente as mesmas hipóteses do Código de 1916, destacando-se que algumas são incompatíveis com a realidade brasileira.

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.	Art. 25 – A celebração do casamento antes dos dezoito anos emancipa a pessoa menor de idade.
Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:	A pessoa emancipada goza de plena capacidade de fato com as limitações previstas neste Código.
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,	A emancipação é irrevogável. A nulidade do matrimônio não deixa sem efeito a emancipação, exceto para o cônjuge de má-fé, para quem cessa a partir do dia em que a sentença passa com autoridade de coisa

<p>ouvido o tutor, se o menor tiver dezesesseis anos completos;</p> <p>II - pelo casamento;</p> <p>III - pelo exercício de emprego público efetivo;</p> <p>IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;</p> <p>V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesesseis anos completos tenha economia própria.</p>	<p>julgada.</p> <p>Se algo for devido à pessoa menor de idade com cláusula de não poder percebê-lo até a maioridade, a emancipação não altera a obrigação nem o tempo de sua exigibilidade.</p> <p>Art. 28 – A pessoa emancipada não pode, nem com autorização judicial:</p> <p>a. aprovar as contas de seus tutores e dar-lhes quitação;</p> <p>b. doar bens que recebeu a título gratuito;</p> <p>c. prestar fiança.</p> <p>Art. 29 – O emancipado requer autorização judicial para dispor dos bens recebidos a título gratuito. A autorização deve ser outorgada quando o ato for necessário ou evidentemente vantajoso.</p> <p>Art. 30 – A pessoa menor de idade com título profissional que o habilite ao exercício de certa profissão poderá exercê-la por conta própria sem necessidade de prévia autorização. Ele tem a administração e disposição dos bens que adquiriu com o produto de sua profissão e responde civil e criminalmente por questões a ela vinculadas.</p>
--	---

2.7 O pródigo

O Código Civil manteve a incapacidade relativa dos pródigos, que não poderá, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Já o Código argentino trata dos pródigos na seção em que disciplina as hipóteses de restrição da capacidade, sob a denominação de *inhabilitados*. Deve-se-lhes designar um apoiador, que irá assisti-los na prática de atos de disposição *inter vivos* e nos demais atos estabelecidos pelo juiz.

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>[...]</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>[...]</p> <p>V – os pródigos.</p> <p>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.</p>	<p>Art. 48 – Podem ser inabilitados aqueles que por prodigalidade na gestão de seus bens exponham o seu cônjuge, convivente ou seus filhos menores de idade ou com incapacidade à perda do patrimônio. Para esses fins, considera-se pessoa com incapacidade toda pessoa que padecer uma alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que em relação a sua idade e meio social implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral. A ação somente pode ser proposta pelo cônjuge, convivente ou aos ascendentes ou descendentes.</p> <p>Art. 49 – A declaração de inabilitação importa a designação de um apoiador, que deverá assistir ao inabilitado nos atos de disposição <i>inter vivos</i> e nos demais atos que o juiz fixar em sua sentença.</p> <p>Art. 50 – O fim da inabilitação se decreta pelo juiz que a declarou, após prévio exame interdisciplinar que avalie o restabelecimento</p>

	<p>da pessoa.</p> <p>Se o restabelecimento não for total, o juiz pode ampliar a relação de atos que a pessoa pode realizar por si ou com o apoiador.</p>
--	--

2.8 As restrições à capacidade

O Código argentino tem uma seção inteiramente destinada às restrições à capacidade, na qual estabelece quais são as regras gerais que orientam tal instituto. Nessa mesma seção se faculta ao magistrado restringir a capacidade para certos atos de uma pessoa maior de treze anos que padeça de dependência química ou de alteração mental permanente ou prolongada, de gravidade suficiente, sempre que entender que o exercício de sua plena capacidade pode resultar em dano a sua pessoa ou a seus bens. O Código argentino incursiona por normas de natureza processual, tratando de medidas cautelares, procedimento do magistrado, requisitos, efeitos e eficácia da sentença. O Código Civil brasileiro não contém disposições similares, mas a Lei 13.146/2015 trouxe nova disciplina para as pessoas portadoras de deficiência e consignou expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, nomeadamente as relações existenciais.

Lei 13.146/2015	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
<p>Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:</p> <p>I - casar-se e constituir união estável;</p> <p>II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;</p> <p>III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre</p>	<p>Art. 31 - A restrição do exercício da capacidade jurídica é regida pelas seguintes regras gerais:</p> <p>a. A plena capacidade de exercício da pessoa humana é presumida, mesmo quando admitida a um estabelecimento hospitalar;</p> <p>b. as limitações à capacidade são de natureza excepcional e sempre são impostas em benefício da pessoa;</p>

<p>reprodução e planejamento familiar;</p> <p>IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;</p> <p>V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e</p> <p>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.</p>	<p>c. a intervenção do Estado tem sempre natureza interdisciplinar, tanto no tratamento como no processo judicial;</p> <p>d. a pessoa tem o direito de receber informações através de meios e tecnologias apropriadas para a sua compreensão;</p> <p>e. a pessoa tem o direito de participar no processo judicial com assistência jurídica, que deverá ser fornecida pelo Estado se ela carecer de meios;</p> <p>f. devem priorizar-se as alternativas terapêuticas menos restritivas dos direitos e liberdades fundamentais.</p> <p>Art. 32 - O juiz pode restringir a capacidade para certos atos de uma pessoa maior de treze anos que sofre de um vício ou uma perturbação mental permanente ou prolongado, de gravidade suficiente, sempre que considera que o exercício de sua plena capacidade pode resultar em um dano à sua pessoa ou propriedade.</p>
---	---

2.9 A curatela

Tanto o direito brasileiro quanto o argentino estabelecem ser a curatela medida extrema, a ser adotada apenas quando o procedimento de tomada de decisão apoiada não se mostrar adequado.

Lei 13.146/2015	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
<p>Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.</p> <p>§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.</p> <p>§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.</p> <p>§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.</p> <p>§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.</p> <p>Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.</p> <p>§ 1º A definição da curatela não</p>	<p>Art. 32 – [...]</p> <p>Por exceção, quando a pessoa se encontrar absolutamente impossibilitada de interagir com seu entorno ou de expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou forma adequada, e o sistema de apoios resultar ineficaz, o juiz poderá declarar a incapacidade e designar um curador.</p>

<p>alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.</p> <p>§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.</p> <p>§ 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.</p>	
--	--

2.10 Da tomada de decisão apoiada

Inequivocamente, a tomada de decisão apoiada é a grande modificação introduzida nos ordenamentos brasileiro e argentino. O objetivo desse instituto é afastar a presunção de incapacidade do portador de deficiência, permitindo uma análise multidisciplinar e individualizada de cada pessoa, que não ficará privada de sua capacidade civil; ao revés, faculta-se-lhe contar com o apoio de conselheiros, que irão auxiliá-lo na tomada de decisões. No direito argentino, entretanto, a declaração de capacidade restringida poderá ser requerida pelos legitimados constantes do art. 33, e é o juiz que irá indicar quais atos cuja prática exigirá o recurso ao apoio, ao passo que no direito brasileiro a iniciativa do pedido de tomada de decisão apoiada será sempre da pessoa a ser apoiada.

Código Civil de 2002	<i>Código Civil y Comercial de la Nación</i>
Art. 1.783-A. A tomada de decisão	Art. 32 – O juiz pode restringir a capacidade

<p>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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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 <i>caput</i> deste artigo.</p> <p>§ 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</p>	<p>para certos atos de uma pessoa maior de treze anos que sofre de um vício ou uma perturbação mental permanente ou prolongado, de gravidade suficiente, sempre que considera que o exercício de sua plena capacidade pode resultar em um dano à sua pessoa ou propriedade</p> <p>Em relação a esses atos, o juiz deve designar o ou os apoiadores necessários que prevê o art. 43, especificando as funções com os ajustes razoáveis em função das necessidades e circunstâncias da pessoa.</p> <p>O ou os apoiadores designados devem promover a autonomia e favorecer as decisões que atendam às preferências da pessoa protegida.</p> <p>Art. 33 – Estão legitimados para solicitar a declaração de incapacidade ou de capacidade restringida:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. o próprio interessado; b. o cônjuge não separado de fato e o convivente enquanto a convivência não tiver cessado; c. os parentes até o quarto grau; se forem por afinidade, até o segundo grau; d. o Ministério Público.
---	---

<p> pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.</p> <p> § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.</p> <p> § 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.</p> <p> § 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.</p> <p> § 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.</p> <p> § 8º Se procedente a denúncia, o juiz</p>	<p> Art. 43 – Entende-se por apoio qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que necessita a tomada de decisões para dirigir sua pessoa, administrar seus bens ou celebrar atos jurídicos em geral.</p> <p> As medidas de apoio tem como função a de promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos.</p> <p> O interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem apoio. O juiz deverá avaliar os alcances de sua designação e procurar a proteção da pessoa a respeito de eventuais conflitos de interesses ou de influência indevida. A sentença deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e, se for necessário, será inscrita no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas.</p> <p> Art. 44 - São nulos os atos da pessoa incapaz e com capacidade restrita que são contrários à sentença e praticados após a sua inscrição no Registro do Estado Civil e Capacidade das Pessoas.</p> <p> Art. 45 – Os atos anteriores ao registo da sentença podem ser declarados nulos se prejudicam a pessoa incapaz ou com</p>
--	---

<p>destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.</p> <p>§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.</p> <p>§ 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</p> <p>§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.</p>	<p>capacidade restrita, e se atender a alguma das situações seguintes:</p> <p>a. a enfermidade mental era ostensiva à época da celebração do ato;</p> <p>b. quem com ele contratou agiu de má-fé;</p> <p>c. o ato foi praticado a título gratuito.</p> <p>Art. 47 – O término da incapacidade ou da restrição à capacidade deve ser decretado pelo juízo que a declarou, após prévio exame de equipe multidisciplinar constituída conforme dispõe o art. 37, que se pronunciará sobre o restabelecimento da pessoa.</p> <p>Se o restabelecimento não for total, o juiz poderá ampliar a relação de atos que a pessoa pode realizar por si ou com a assistência de seu curador ou apoiador.</p>
---	--

3 Conclusões

Já há muito se discutia a necessidade de se rever os conceitos tradicionais de incapacidade. Da forma como estruturados, negava-se ao portador de deficiência a possibilidade de praticar qualquer ato relativo a sua própria pessoa, que se sujeitava aos desígnios de seu curador, mesmo quando se tratasse de questões puramente existenciais. Tanto no Brasil quanto na Argentina esses conceitos foram se alterando e se adequando a uma nova concepção, sendo que a introdução de um novo Código Civil mostrava-se o momento ideal para alterar o sistema de incapacidades vigentes nos dois países. O legislador brasileiro, no entanto, mostrou-se tímido, mantendo incólumes inúmeros dispositivos do Código de

1016, que não mais se adequavam à realidade social brasileira. O civilista argentino, a seu turno, não perdeu a oportunidade, e elaborou um Código Civil mais sofisticado e mais adequado a uma realidade social mais favorável aos portadores de deficiência.

Ainda que tardiamente, o legislador brasileiro aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, revogando expressamente inúmeros dispositivos do Código Civil de 2002, ao passo que reconhecia a plena capacidade da pessoa com deficiência. No entanto, como ficou evidenciado pelo cotejo dos dispositivos legais vigentes no Brasil e na Argentina, a legislação portenha é ainda mais avançada, até mesmo porque apresenta soluções para questões práticas que, na legislação brasileira, não contém regras específicas.

O risco que se corre, então, é de que os operadores do direito, diante da insuficiência da legislação brasileira, optem por limitar os seus avanços. O presente estudo objetiva, diante de tal possibilidade, apresentar alternativas eficientes, oriundas do direito argentino, que possam contribuir para o aperfeiçoamento da própria *práxis* jurídica brasileira.

4 Referências

ARGENTINA. Lei 26.994, de 1º de outubro de 2014. Institui o Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponível em:

<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 07/05/2016.

ARGENTINA. Lei 26.061, de 28 de setembro de 2005. Institui a Ley de Ley de Proteccion Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>.

Acesso em 07/05/2016.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1940.

BORDA, Guillermo Antonio. La persona humana. Buenos Aires: La Ley, 2001.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 06/05/2016.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 06/05/2016.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 06/05/2016.

BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 06/05/2016.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 06/05/2016.

FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das Leis. S.l.: s.n., 1859.