

## NOVO INSTITUTO DE DIREITO CIVIL: “MANDATO EM CASO DE INCAPACIDADE”

J. M. OTHON SIDOU

Em razão da diversidade dos povos conquistadores do século XVII, predominantemente de estirpes saxônia e francesa, o Canadá, posto que integrante do mundo do *common law*, manteve aplicado no segmento de origem neolatina o *direito continental*, ou romano-germânico.

Por essa forma, na Província de Quebec, fundada pela França em 1608, mas perdida para a Inglaterra por *droit de conquêt* em 1763, prevalece o direito legislado, ou codificado, característica do sistema jurídico continental. É essa a única província canadense que se rege por um Código Civil, (calcado no Código Napoleão), editado em 1866 e que engloba 2.354 artigos envolvendo os direitos civil e comercial.

Bem recentemente, a partir de 1990, o Código Civil de Quebec se fez crescer, no campo obrigacional, de um instituto que não tem símile no direito comparado e que se reveste de inquestionável importância para a vida moderna, sobretudo em razão de sua grande praticidade.

Esse instrumento foi incorporado aos artigos 1.701 e seguintes, do título correspondente ao mandato, e se denomina “mandato em caso de incapacidade”. No original: *mandat en cas d'inaptitude*.

Sua forma é um contrato típico, formal, especial, aleatório e de prazo indeterminado, bilateral, podendo ser oneroso ou gratuito, e que se relaciona apenas com a obrigação de fazer, por um só ou por mais de um mandatário, e sobretudo solene. Formal, porque é um mandato no rigor do termo; especial, porque instituído para um fim determinado; aleatório, por depender, para ter execução, de circunstância fortuita, de temporalidade imprevisível; bilateral, por poder ser oneroso; solene, por exigir a lei requisitos sem obediência aos quais resulta nulo.

Pode-se defini-lo como um instrumento escrito no qual uma pessoa natural, denominada mandante, dotada de capacidade civil plena, designa outra pessoa, natural ou jurídica, mandatário, para cuidar da proteção de sua pessoa e da administração de seus bens, no caso em que uma enfermidade ou um acidente a privar de suas faculdades de agir, temporária ou permanentemente.

Tem-se aí uma figura aparentada com o testamento e com a procuração, diferente em que o *testamento* contém as disposições de última vontade para prevalecerem após a morte do testador, e a *procuração* relaciona-se com o cumprimento de certos atos de natureza obrigacional, enquanto o *mandato* de que se trata vai mais longe: além de atos de administração, inclui disposições para a proteção da pessoa até o último sopro de vida. Portanto, é um instrumento de direito obrigacional propriamente dito e também de direito pessoal. É mandato e ao mesmo tempo tutela e curatela. E, por sua peculiaridade, não anula as procurações acaso constituídas antes do evento incapacitatório.

Instituído seja por ato notarial, qual o testamento público, seja pela forma hológrafa, qual o testamento particular, o mandato em caso de incapacidade é velado pelo Ministério Público, que mantém sob registro os instrumentos homologados pelo juiz, e exerce o poder de ingerência em todo o procedimento judiciário relativo à homologação ou à revogação do mandato. No primeiro caso, para contestar as provas de incapacidade do mandante, naturalmente exibidas pelo mandatário, e no outro, para avaliar os motivos que justificam a revogação, essa relacionada, em princípio, com a reaquisição da capacidade do mandante. Por outro lado, o Ministério Público exerce o poder de investigação sobre os atos do mandatário, sua negligência no executar ou seu abuso no administrar o encargo.

Por óbvio, a morte do instituidor põe termo ao mandato, que só prevalece enquanto vivo o mandante, cabendo daí por diante a tarefa aos cânones sucessórios.

A lei prevê a circunstância de tornar-se o indivíduo incapaz sem antes ter tido a precaução de valer-se do mandato em caso de incapacidade. Para casos da espécie, atribui a uma entidade essencialmente privada tomar a si a tutela da pessoa e a curatela de seus bens, por meio de um *conseiller*. Apesar do caráter privado desse órgão, ou corporação, a tarefa pode ser excepcionalmente confiada ao Ministério Público, à falta de pessoa dela integrante apta a assumir o encargo.

É facultativo, no instrumento do mandato, a instituição de mais de um mandatário, digamos, um para efeito da defesa da pessoa e outro relativo à administração de seus bens. Facultativo também é o modo de dispor apenas quanto ao reembolso das despesas úteis ou necessárias ao encargo, ou de

acrescentar a remuneração do mandatário pelos serviços prestados, o que torna bilateral o contrato.

Curioso, pelo menos para o nosso direito, infenso à Escola positivista, com Enrico Ferri, quanto ao “direito de morrer” atribuído ao indivíduo, por afrontoso à socialização do direito, é que a lei de Quebec, sob o título *Volontés de fin de vie*, consagra a última vontade do mandante para autorizar o mandatário a opor-se a todo meio diagnóstico capaz apenas de multiplicar ou prolongar inutilmente os sofrimentos ou a agonia do mandante.

Ainda no relativo à “vontade de fim de vida”, inclui-se a disposição quanto ao desejo do mandante de morrer dignamente com os devidos meios de sustento e de conforto, assistido por uma medicação própria a aliviar seus sofrimentos, mesmo que dita medicação tenha por efeito acelerar o momento de sua morte.

Eis aí a presença da eutanásia, num caso por omissão, noutro, por ação.

De todo o exposto, resulta inegável que se trata de um instituto que emerge para acrescer à figura do mandato civil uma finalidade nova, desconhecida pelo direito histórico.