

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA SANTOS BRUMANA

APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO
NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

RIO DE JANEIRO,

2018

FERNANDA SANTOS BRUMANA

**APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO
NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito à obtenção
do título de bacharel em Direito junto à Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Orientadora: Professora Doutora Patricia Ribeiro
Serra Vieira.

RIO DE JANEIRO

2018

FERNANDA SANTOS BRUMANA

**APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO
NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora:

Prof^a. Doutora Patricia Ribeiro Serra Vieira (Orientadora)
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof.
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof.
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof.
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

RIO DE JANEIRO

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pela graça de ser concebida em uma família tão linda.

Após, a meus pais, minha fortaleza, sem os quais nada seria possível. Agradeço-os por cada investida em meu sucesso profissional, a cada conselho dado, cada fracasso confortado e a cada vitória celebrada.

Aos amigos e amigas queridos que não fraquejaram em acreditar no meu potencial.

Por fim, e não menos importante, a todos os docentes que participaram da minha caminhada, em especial à minha incrível orientadora, Professora Patricia Serra, que tive o prazer de auxiliar como monitora e cujos ensinamentos ultrapassam a sala de aula.

RESUMO

Destacam-se as mudanças advindas do novo regramento dos direitos da pessoa com deficiência, a Lei nº 13.146/2015, no âmbito da responsabilidade civil. Através de uma abordagem histórica do que vem a ser o referido instituto, discorre-se sobre a concepção de “incapaz” e suas influências no tocante à imputação do dever de indenizar. Aborda, ainda, os aspectos humanitários e inclusivos da nova legislação, ao passo que institui a chamada “tomada de decisão apoiada”, como alternativa à interdição na curatela.

Palavras-chave: Deficiência Mental. Portador de Transtorno Mental. Responsabilidade Civil Constitucional. Incapacidade. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Of particular note are the changes to the new rule on the rights of persons with disabilities, Law 13,146 / 2015, in the area of civil liability. Through one of the main institutions of higher education, it discusses the concept of "incapable" and its influences in relation to the imputation of the duty to indemnify. It also addresses the humanitarian and inclusive aspects of the new legislation, while the so-called "decision-supported" institutions, as an alternative to interdiction in curatorship.

Keywords: Mental Deficiency. Carrier of Mental Disorder. Constitutional Civil Liability. Inability. Dignity of human person.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| I. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL..... | 12 |
| I.1) A constitucionalização da responsabilidade civil..... | 12 |
| I. 2) As consequências da constitucionalização da responsabilidade civil frente aos danos provocados por incapazes..... | 18 |
| II. A RESPONSABILIZAÇÃO DO INCAPAZ: UM PANORAMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ OS DIAS ATUAIS..... | 25 |
| II. 1) A responsabilidade civil do incapaz no código de 1916..... | 25 |
| II. 2) A responsabilidade civil do incapaz no código de 2002..... | 27 |
| III. RESPONSABILIDADE CIVIL E IMPUTABILIDADE: PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE..... | 33 |
| IV. AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SEARA DA IMPUTABILIDADE E, CONSEQUENTEMENTE, NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 38 |
| CONCLUSÃO..... | 48 |

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------|---|
| Art.º | Artigo |
| EPD | Estatuto da Pessoa com Deficiência |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil. |
| CC/1916 | Código Civil de 1916. |
| CC/2002 | Código Civil de 2002. |

INTRODUÇÃO

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015) trouxe consideráveis modificações à teoria das incapacidades no direito brasileiro.

Como a capacidade é etapa fundamental a ser verificada antes da aplicação do instituto da responsabilidade civil, as mudanças advindas da lei acima mencionada promoveram alterações nessa seara.

Explica-se.

Inspirado no teor do Código Civil Francês, cuja redação foi baseada em aspirações da burguesia, o Direito Civil Brasileiro ainda se vê, em tese, marcado por sua natureza predominantemente patrimonial, que serve de premissa para as relações humanas e obrigações delas decorrentes.

Nesse cenário, a responsabilidade civil, obrigação de caráter secundário, derivada do descumprimento de uma obrigação principal advinda de lei ou contrato, tem como função precípua reparar o dano causado. Mediante o pagamento de indenização à pessoa lesada, o instituto tem como função primeira o retorno dela ao seu *statu quo ante*, sob a égide do *neminem laedere*¹.

Com a incorporação de preceitos humanitários no texto da atual Constituição da República Federativa Brasileira (“CRFB”), denotam-se alterações essenciais nas situações que resultam na responsabilidade civil.

Uma dessas alterações, dentre outras, foi a transformação do anteriormente considerado “incapaz” para capaz, passando o mesmo a arcar com o dever de indenizar por sua conduta lesiva a outrem.

Nesse sentido, registra-se que a conduta é a exteriorização da vontade humana, que reflete a liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência dos reflexos, sobretudo negativos, da sua atitude; e que, quando ocasiona, dá ensejo à obrigação de indenizar, a fim de que o ofensor repare o prejuízo sofrido pela vítima.

¹ *Alterum non laedere ou neminem laedere*, significa “a ninguém ofender” ou “não lesar a outrem”.

A reparação é decorrência lógica do dever geral que todas as pessoas têm de não causar prejuízo ao seu semelhante com seus atos (o já anunciado *neminem laedere*). Contudo, para que seja viável a atribuição de responsabilidade civil a alguém, nos moldes do Código Civil de 2002, precisaria ser verificado seu discernimento acerca da conduta diversa e sua capacidade de perceber o potencial lesivo de sua conduta.

Diante dessas afirmações, insta salientar que após a verificação do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso, inicia-se a análise da imputabilidade da conduta, ou seja, da capacidade de efetivamente responsabilizar o agente pelo evento danoso que este causou.

No que diz respeito a essa aferição, a capacidade civil é requisito, motivo pelo qual aqueles declarados civilmente incapazes (absoluta ou relativamente) teriam sua responsabilidade reduzida ou afastada.

No tocante a esse afastamento, os artigos 928, 932 e 933 do Código Civil Brasileiro elencam hipóteses em que essa situação se verificaria, atribuindo a terceiro a responsabilidade pelos atos do agente causador do dano.

O Código Civil de 1916, em contrapartida, era silente em diversos aspectos da responsabilidade do dito “incapaz” e, por assim o ser, veremos adiante que, muitas vezes, a vítima restava irreparada.

A Lei 13.146/2015, ao reconhecer o Princípio da Dignidade Humana e a igualdade substancial das pessoas com deficiência, estabeleceu como pressuposto a capacidade, fazendo a pessoa com deficiência deixar de ser juridicamente incapaz para ser reconhecida como legalmente capaz.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, enfim, tem o condão de promover sua plena capacidade, estabelecendo sua autonomia, inclusive a patrimonial. Nesse sentido, nada mais adequado que as obrigações decorrentes de seus atos também sejam a eles imputadas.

Verificar-se-á se a responsabilidade civil do deficiente deve ser baseada na regra geral da responsabilidade civil culposa por ato próprio, como se não houvesse uma situação peculiar a ser considerada (artigos 186 e 927, do Código Civil), ou se deve ser

respeitada a regra da responsabilidade civil equitativa prevista no artigo 928, do mesmo diploma legal.

Isto posto, o objetivo deste trabalho é, portanto, discorrer sobre as inovações trazidas pela referida lei na seara da imputação e responsabilização pelos danos causados por pessoas com deficiência mental.

I - RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL

I. 1) A constitucionalização da responsabilidade civil

O Direito Civil Brasileiro, cujas inspirações advêm do Código Civil francês, predominantemente burguês, possui como finalidade a tutela dos bens e da propriedade. Por esse motivo, justamente, o instituto da responsabilidade civil surge como um acessório, obrigação de caráter secundário da obrigação primária, cujo descumprimento resultou no dever de indenizar.

Em outras palavras, significa dizer que o inadimplente de uma obrigação legal ou contratual deverá arcar com os prejuízos decorrentes de seus atos, existindo, para tal, um instituto próprio, qual seja, a responsabilidade civil.

Com a promulgação da Constituição cidadã, esse instituto sofreu grandes alterações, sobretudo, em razão da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como pressuposto à efetividade dos direitos fundamentais daquele diploma legal.

A Carta Magna de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, colocou o ser humano no centro das atenções, estabelecendo como direito fundamental a sua dignidade, em respeito à pessoa no exercício da liberdade com responsabilidade por cada um.

Esse novo paradigma passou a nortear toda interpretação jurídica em sede de responsabilidade civil ao passo que, em decorrência desse posicionamento, nos vimos forçados a uma releitura da responsabilidade civil.

A partir da interpretação constitucional dos direitos relativos à pessoa, a sistemática do dever de indenizar passou a dar à vítima do evento danoso prerrogativas para assegurar seu ressarcimento ou compensação.

Nessa toada, atualmente fala-se em sistema dual de responsabilidade civil², no qual coexistem duas vertentes capazes de ensejar o dever de indenizar: a objetiva e a

² A regra geral desse sistema encontra-se elencada na parte especial do Código Civil, em seu artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”.

subjativa. Segundo esta última, subjativa, que era a base do instituto até a promulgação da atual Constituição Federal, cabia à vítima o ônus probatório.

Por certo, essa situação não beneficiava a vítima do evento danoso que, além de comprovar quem causou o prejuízo, deveria comprovar a intenção do mesmo. Ou seja, quando da aplicação do instituto da responsabilidade civil subjativa, imprescindível a verificação de culpa do agente do fato lesivo.

Contudo, esse cenário foi modificado em razão da constitucionalização da responsabilidade civil, fundamentado na dignidade da pessoa humana, que reverteu o encargo probatório ao suposto agente causador do dano.

A Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988, prevê logo em seu primeiro artigo, dentre outros fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, estritamente relacionada aos direitos personalíssimos, haja vista se tratar de atributo essencial de todo ser humano.

A partir dessa premissa, então, a pessoa vitimada passou a ter a prerrogativa de parte hiposuficiente na relação jurídica que envolve o fato lesivo. Prerrogativa essa que, se sabe, constitui motivo para que o fato de arcar com o ônus probatório seja considerado inquestionável prejuízo na integridade da vítima.

Esse foi o estopim da chamada culpa presumida, que se cinge tão somente à inversão do ônus probatório na seara da responsabilidade subjativa, tendo como premissa a proteção da pessoa vitimada calcada na sua dignidade. Eis o primeiro reflexo da influência da constituição cidadã no âmbito do Direito Civil.

Em um segundo momento, o legislador se viu diante da necessidade excluir a aferição da culpa em situações específicas, nas quais o agente causador do dano lidava frequentemente com as condições que propiciaram o evento danoso.

Ora, a partir de uma breve análise do *caput* desse artigo pode-se inferir que o sistema é dual uma vez que aglutina os artigos 186 e 187 da parte geral do Código como pressupostos do dever de indenizar.

Dispensando a análise da culpa, verifica-se, portanto, o surgimento de outro pressuposto para a responsabilização, qual seja, o da responsabilidade civil objetiva, que transformou a culpa em elemento incidental.

Com o reconhecimento de que determinadas atividades eventualmente causariam danos a terceiros, adveio, nessas situações, a necessidade de imputar diretamente a responsabilidade. Em decorrência desse entendimento, a existência ou não de culpa foi retirada da análise da conduta do agente.

É nessa mesma linha teórica que STOLZE e PAMPLONA³ afirmam que “(...) *tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Assim, num fenómeno dialético, praticamente autopoietico, dentre o próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudencia novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que pugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.*”.

Assim, continuam, Stolze e Pamplona⁴, “*a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), ex vi do disposto no art. 927, parágrafo único.*”.

O Estado também sofreu com as alterações promovidas pela objetivação da responsabilidade civil, a começar pelo artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece de forma categórica, por força da teoria do risco administrativo, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e privado, bem como as prestadoras de serviço público.

³ STOLZE, Pablo. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Volume III. Responsabilidade Civil*: São Paulo: Saraiva. 10ª Edição, 2012, p. 56-57.

⁴ Idem, ibidem, p.59-60

Para embasar esse raciocínio, e novamente sofrendo influência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a doutrina surgiu com as chamadas "teorias do risco" para justificar a retirada do elemento culpa e legitimar a modalidade objetiva de responsabilidade civil.

Em se tratando da figura do Estado, há que se falar em "teoria do risco administrativo", segundo a qual o Estado possui vantagens na relação jurídica e tão somente por isso deverá arcar com os danos que a atividade administrativa venha a causar. Cumpre mencionar que a inclusão dessa modalidade (objetiva) no Direito Civil Pátrio implicou no reconhecimento de um tripé configurador de responsabilidade civil.

Na prática, reputa dizer que para verificar se há ou não dever de indenizar devem ser postos sob análise os seguintes aspectos: conduta voluntária do agente, evento danoso e nexos de causalidade entre a conduta desse agente com o resultado lesivo. De modo que, restando comprovada a existência de correlação da conduta do agente com o resultado sofrido pela vítima, há que se falar em dever de indenizar.

Esse é o procedimento adotado pela modalidade objetiva de responsabilidade civil, para que se reconheça o dever de indenizar. Vale lembrar, ainda, que essa modalidade coexiste em relação à subjetiva, comprovando o caráter dual do novo sistema de responsabilidade civil.

De fato, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a necessidade de promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CRFB, artigo 3º, inciso III) e epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira, tem remodelado profundamente o perfil do Direito Civil, gerando aquilo que se convencionou chamar de Direito Civil-Constitucional, tal como doutrina LÔBO⁵.

⁵“Os civilistas, finalmente, descobriram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao status constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo”. In LÔBO, Paulo. *A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro*. In *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. TEPELINO, Gustavo (organizador). São Paulo: Atlas, 2008, p. 20. Segundo Ricardo Aronne: “Um novo Direito Civil, independente do asfalto, que suba o morro e reencontre a

Não se deve esquecer, contudo, que tamanha mudança só foi possível em razão da interpretação fiel do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que preza pela integridade física e mental da pessoa.

Outra consequência da constitucionalização do dever de indenizar advém das causas excludentes de causalidade e imputabilidade.

Ora, respaldado sob o mesmo argumento de que se deve indenizar e reparar a pessoa vitimada, não se pode atribuir responsabilidade civil àquele que não tenha concorrido diretamente para o resultado danoso. Em outras palavras, isso significa dizer que há previsão legal de excludentes de responsabilidade em razão da ruptura do nexo de causalidade entre a conduta do suposto agente e o resultado percebido pela vítima.

Garante-se, assim, que ninguém veja prejudicado o seu direito à integridade física e moral, mas também que ninguém seja responsabilizado por aquilo para o qual efetivamente não deu causa.

O sistema jurídico pátrio assume três hipóteses de exclusão da responsabilidade do agente, quais sejam: o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito e força maior. Essas excludentes encontram-se elencadas nos artigos 393 do Código Civil, 12, § 3º, III e 14, ° 3º, II do Código de Defesa do Consumidor.

Doutrina Segundo Sérgio Cavalieri⁶ que "*as causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente*".

Além disso, o artigo 188 do Código Civil expressamente dispõe que não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular

sociedade, não se fez em códigos. É fruto de uma reconstrução epistemológica, capitaneada pela jurisprudência mais compromissada, nucleada na nova dimensão existencial do Direito Privado, que teve por antesala um substancial Diploma Constitucional, destinado a uma sociedade advinda de vinte e um anos de militarismo totalitário" (ARONNE, Ricardo. Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 38).

⁶ CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Editora Atlas, 10 ed. São Paulo. Atlas, 2012, p. 186.

de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente caso não excedam os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Não há como negar: o Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, solidarista e possui um profundo viés despatrimonializante. E, logicamente, o eixo gravitacional dessa mudança tem como epicentro axiológico o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da nova Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III).

I. 2) As consequências da constitucionalização da responsabilidade civil frente aos danos provocados por incapazes

Passada a análise da metamorfose com a qual sofreu o instituto da Responsabilidade Civil, merece destaque o estudo da responsabilização do incapaz diante dos danos por ele causados.

Como decorrência da primazia da tutela da pessoa humana frente aos demais direitos do ordenamento jurídico pátrio, no que diz respeito ao sistema particular da responsabilidade civil, passou-se a entender que a tutela da vítima é mais relevante que punir o ofensor.

Diante disso, não poderia o sistema da responsabilidade civil continuar alheio à situação da vítima de danos praticados pelo incapaz. Isso porque, o Código Civil revogado nada mencionava sobre a possibilidade em questão e essa postura em nada condiz com os novos preceitos constitucionais.

O Código vigente traz dois dispositivos aparentemente colidentes entre si. De um lado, está o artº 928, acolhendo a responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz, e de outro, o artº 942, parágrafo único, prevendo a solidariedade entre incapazes e seus responsáveis.

À vítima em questão também há que se conferir o olhar solidário atribuído às demais vítimas de evento danoso, com a imposição da responsabilização do incapaz caso seu responsável não tenha condições de fazê-lo, aplicando-se o critério da equidade.

Esse é o entendimento disposto no artigo 928 do Código Civil vigente, segundo o qual deverá o incapaz responder subsidiariamente pelos prejuízos a que der causa, ou seja, caso as pessoas por ele responsáveis não tenham obrigação de fazê-lo ou não possuírem meios para tanto.

O requisito nuclear deste dispositivo legal reside na conduta de um incapaz que acarrete prejuízo a outrem. Faz-se *mister*, portanto, que uma pessoa qualificada pela ordem jurídica brasileira como incapaz acarrete um dano a terceiro, a fim de que se tenha um primeiro elemento de existência do suporte fático

do referido artigo.

Vê-se que, muito embora a proteção jurídica do incapaz continue presente no ordenamento jurídico atual, esta não é absoluta, devendo o julgador no caso concreto verificar condições de exclusão ou inclusão de responsabilidade desse incapaz.

Portanto, se, no passado, a visão de tutela pressupunha a exclusão do incapaz, de modo a considerar nulos os negócios jurídicos por ele celebrados, ou ainda, afastá-lo do convívio social pela interdição civil, hoje, com a constituição cidadã, tutelar é sinônimo de incluir.

No bojo desse conceito de inclusão, com vistas à garantia da igualdade assegurada no texto constitucional, lhe são impostos deveres, como é o caso do dever de reparação dos danos por ele causados.

Frise-se, contudo, que apesar de haver previsão legal para o incapaz arcar com o pagamento de quantia à vítima, a título de indenização pelos danos provocados, o responsável não foi totalmente excluído da relação obrigacional.

Segundo tal hermenêutica, se o incapaz tem condições econômicas para ressarcir e existe uma vítima de seus atos, ele irá ressarcir, dentro de limites humanitários de equidade, assegurado o mínimo existencial para sua dignidade. Todavia, não dispendo de capital ou bens a serem alienados em favor da pessoa vitimada, o artigo 932 do Código Civil elenca o rol de pessoas que poderão ser responsabilizadas em seu lugar.

Em resumo, essa responsabilização aludida no artigo 932, segundo a melhor doutrina, deverá ser subsidiária. A ordem prioritária do artigo 928 põe em primeiro plano o patrimônio do responsável e, na sua ausência ataca-se o do incapaz/vulnerável diante dos prejuízos a que der causa, caso possua patrimônio.

O aparente conflito no que tange à responsabilidade do incapaz diz respeito aos artigos 928 e 942, ambos do Código Civil, na medida em que o primeiro aborda a

responsabilidade subsidiária do incapaz enquanto que o segundo, por seu turno, fala que “todos responderão solidariamente pela reparação.”⁷.

Diante desse cenário, urge a pergunta a respeito de qual das duas regras prevalece. Ora, na doutrina, a tendência tem sido no sentido da prevalência da regra contida no artº 928 sobre aquela trazida no artº 942, consoante se demonstrará.

Na visão dos doutrinadores Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho⁸, podem coexistir esses dispositivos uma vez que a parte final do parágrafo único, do artigo 942 não pode ser interpretada literalmente. Isso porque, o código vigente adotou a responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz, de forma que este só responde se os responsáveis não puderem fazê-lo.

Nesse sentido, também a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁹, de acordo com os quais, a questão está decidida, de forma que a regra do artigo 928 prevaleceria sobre a do artigo 942, parágrafo único, sendo a responsabilidade do incapaz subsidiária. Entendem que a solidariedade prevista na regra no parágrafo único do artigo 942 fica prejudicada, caso o autor seja incapaz. O incapaz não responde, senão subsidiariamente (artigo 928), pelo dano causado.

⁷ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único: São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art 932.

⁸ Registram: “A parte final do dispositivo em exame [art 942, parágrafo único] não pode ser interpretada literalmente porque colide frontalmente com o art 928. Mostramos antes que o novo Código Civil optou por um critério mitigado e subsidiário no que diz respeito à responsabilidade do incapaz. Este só responderá pelos prejuízos que causar se as pessoas por ele responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. A contrário senso, o incapaz não responde se as pessoas por ele responsáveis puderem responder. Logo, não será com elas solidário. O incapaz só responderá sozinho e subsidiariamente se as pessoas por ele responsáveis (que são as designadas no art 932, I e II) não puderem responder. A responsabilidade do pai, portanto, se o causador do dano for filho inimputável, será substitutiva, exclusiva, e não solidária. Isso se aplica também ao curador do amental e ao tutor do pupilo.” DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil. Volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 316.

⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Rui Berford Dias¹⁰ comenta o parágrafo único do artigo 942, esclarecendo que, apesar do dispositivo fazer alusão à responsabilidade solidária das pessoas referidas no artigo 932, o legislador teria feito uma exceção para o caso dos incapazes, diante da disposição do artº 928 de que o incapaz só responderá pelos prejuízos que causar se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Corroboraria para este entendimento o fato de que o parágrafo único do artigo permitiria denotar a preocupação do legislador com a proteção do incapaz, ao estabelecer que a indenização nele prevista há de ser eqüitativa.

Sobre a responsabilidade do incapaz, Stoco¹¹, ensina que “o artigo 928 do Código Civil, seguindo as direções das codificações européias, adotou o regime da responsabilidade subsidiária e equitativa dos incapazes”. Assim, preconiza o referido artigo que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”. Ainda, em seu parágrafo único, estabelece que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Em linhas gerais, essas são as principais considerações feitas na doutrina nacional e que, como visto, vão ao encontro da ideia de aplicação subsidiária da responsabilidade do incapaz pelos danos acarretados.

Não se pode deixar de mencionar que, independente da indenização ser imputada ao incapaz ou a seus responsáveis, deverá ser moderada, razoável e proporcional, não ensejando o empobrecimento destes, nem mesmo o enriquecimento da vítima.

Isto posto, no senso do Código Civil, se o incapaz, agente do evento danoso, é uma pessoa abastada, seu patrimônio deve responder pelos prejuízos da vítima. Havendo patrimônio, não há como se justificar a inimputabilidade como causa de não pagamento de indenização à vítima.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª Ed. atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 567.

¹¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Não obstante a discussão doutrinária acima exposta, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe nova interpretação para o grau de responsabilização do incapaz pelos danos efetivamente causados.

A partir do advento desse Estatuto, Lei nº 13.146/15, ao incapaz finalmente foi conferido o tratamento constitucional adequado que, logicamente, traz consigo o prognóstico bipartite de direitos e obrigações.

Isso decorre, basicamente, da recepção pelo ordenamento pátrio da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30.03.2007, que legitimou o pressuposto da capacidade para o portador de doença psíquica ou mental.

Recepcionando essa concepção humanitária trazida pela convenção da ONU, o EPD, em seus artigos 6º e 84, já considera imputáveis, na medida em que podem atuar no âmbito civil, os deficientes mentais.

Ademais, conforme será observado mais adiante, em razão do tratamento constitucional destinado a esses portadores de deficiência, não há mais que se falar em necessidade de qualquer intervenção na sua autonomia. Sob esse prisma, a interdição, como medida assecuratória da tutela do portador de doença mental, não vem mais sendo empregada como instrumento regra. Pelo contrário, rechaçada com a presunção de capacidade do doente mental e com o surgimento do instituto da decisão assistida.

No que tange à responsabilidade civil, essa mudança na percepção do portador de deficiência implica na seguinte situação: em não havendo responsáveis pela pessoa capaz com deficiência psíquica ou intelectual, esta responde direta e integralmente pelos danos a que der causa, e não mais subsidiariamente, com base no aspecto subjetivo do sistema dual de responsabilidade civil.

Resta claro, dessa feita, que a discussão em torno da antinomia aparente dos artigos 928 e 942 do Código Civil vigente foi superada, graças à entrada em vigor do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Diante dessa evolução, pode ser aplicada, aos casos de danos cometidos por pessoa com deficiência psíquica ou intelectual capaz, uma responsabilização direta e

integral, levando-a a indenizar os danos de forma idêntica a uma pessoa sem qualquer comprometimento psíquico ou intelectual, não sendo a ela conferidos os benefícios da subsidiariedade e da equitatividade na reparação.

Por outro lado, quando for constatado que a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual não possui capacidade de exprimir sua vontade, ou seja, for considerada relativamente incapaz, com base na redação dada ao artigo 4º, III, do Código Civil, o artigo 928 deverá ser aplicado, culminando em sua responsabilização subsidiária em relação a seus responsáveis.

Não se deve esquecer, contudo, que apesar de capaz, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual é vulnerável, e por isso a imputação direta da obrigação de indenizar deve atender ao princípio da equidade aludido no parágrafo único, do artigo 928, do Código Civil.

Conclui-se, desde já, que o tratamento do deficiente psíquico ou intelectual como pessoa vulnerável é medida que não diminui a sua capacidade, mas promove a teleologia do Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual seja, a de proteção de sua dignidade social e da igualdade substancial.

O ponto nodal da discussão é como e quais são os efeitos práticos de se atestar a incapacidade relativa do portador de deficiência psíquica/intelectual, de modo que, nesse caso, o dever de indenizar não poderia ser a ele diretamente atribuído.

Primeiramente, há que se perceber que a presunção será a de que a pessoa com deficiência psíquica é plenamente capaz, situação na qual responde direta e integralmente pelo dano causado. A prova de que o deficiente não pode manifestar a sua vontade, configurando sua capacidade reduzida, sobretudo de autoafirmar-se, deverá ser realizada pela pessoa com deficiência quando figurar no polo passivo de ação indenizatória, para ser declarada relativamente incapaz e permitir a atração da regra do artigo 928, do Código Civil.

Com a incorporação dos preceitos constitucionais e humanitários no texto do novo Estatuto que regulamenta o Portador de Deficiência, a ele foram conferidos novos direitos e obrigações. Quanto ao dever de indenizar, tanto no caso do deficiente capaz

quanto no do deficiente relativamente incapaz, haverá atribuição de responsabilidade civil por fato próprio, mas com indenização equitativa (posto que pessoa vulnerável).

A regra do artigo 928 do Código Civil, que determina a natureza subsidiária da responsabilidade civil do incapaz, terá aplicabilidade somente nos casos em que declaradamente se tratar de pessoa relativamente incapaz, cujo atestado de capacidade reduzida deverá ser comprovado mediante análise de profissional.

Conforme se vê, a responsabilidade civil do incapaz é subsidiária na medida em que só será acionada nos casos em que o tutor ou curador não tiver a obrigação legal de reparar o dano ou não tiver meios para tanto.

É a partir desse cenário que Gonçalves¹² preceitua que “o referido dispositivo criou, assim, uma responsabilidade objetiva, independentemente da ideia de culpa”. Ademais, cuidou de esclarecer que o tutor, depois de nomeado, passa a ser o representante legal do incapaz menor de idade, enquanto que nos casos de incapaz maior, quem o representa é o curador. Equiparam-se, portanto, aos seus pais, tutor e curador, na qualidade de responsáveis pelo incapaz.

Vê-se, enfim, que a constitucionalização da responsabilidade civil afetou não só as condições da vítima, favorecendo-a, mas também trouxe consideráveis mudanças na seara atinente à imputabilidade de fato próprio ao portador de doença psíquica ou mental.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Volume 4.— 7. ed.* — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

II – A RESPONSABILIZAÇÃO DO INCAPAZ: UM PANORAMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ OS DIAS ATUAIS

II. 1) A responsabilidade civil do incapaz no código de 1916:

Conforme já contextualizado acima, como consequência do inegável influxo cultural exercido pela França sobre o Brasil, a codificação civil brasileira recebeu fortes influências teóricas do Código Civil Napoleônico. Com ele, no contexto da Revolução Francesa, os ideais libertários inspiraram grandes transformações na sociedade, valorizando a figura da pessoa humana, seu patrimônio e sua liberdade.

Nesse cenário, também se pode destacar a limitação do poder e interferência do Estado absolutista, dando lugar ao Estado de Direito que hoje conhecemos.

O Código Civil de 1916, então, seria a tipificação desses ideais burgueses, adaptados à realidade brasileira do século XX. Marcado por um viés predominantemente patrimonial, portanto, a codificação de 1916 já trazia dispositivos sobre o dever de indenizar pelos danos causados ao patrimônio alheio.

Pessoas com deficiência mental ou intelectual deixaram de ser consideradas absolutamente incapazes. O Código Civil de 1916 qualificava-as como “loucos de todo o gênero” e as impedia, pela interdição, de praticar qualquer ato da vida civil.

O ponto nodal dessa responsabilização seria, por sua vez, a existência de culpa (*latu sensu*) daquele que praticou a conduta lesiva.

Carlos Roberto Gonçalves¹³ já dizia que “a noção da culpa in abstracto e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no código de Napoleão (...). A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo.”.

Com o passar do tempo, contudo, a análise da culpa foi dando espaço a questões mais emergentes, como as relações de consumo e os danos causados por agentes estatais no exercício de sua função.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil. Volume 11. São Paulo: Saraiva. 2003.

A partir desse momento, se pode perceber que a culpa deixou de ser elemento essencial quando da análise do dever de indenizar, uma vez que juristas e aplicadores do direito verificaram que mesmo que ninguém agisse ou se omitisse culposamente, poderia haver repercussão na esfera civil.

A análise ou não do elemento “culpa” passou a ser meramente acessória, e aplicável somente a alguns dos casos de responsabilidade civil.

A responsabilização estaria, pois, calcada no ato ilícito tratado nos artigos 159 e 160 do CC/1916, em sua parte geral e, a depender do caso concreto, dever-se-ia também observar a culpa, regulada na parte especial, nos artigos 1.518 a 1.532 do mesmo código.

Já quanto à responsabilidade civil do incapaz na sistemática abarcada pelo Código Civil de 1916, esta era assunto controvertido e isso, entre outras razões, ocorria porque este diploma distinguia a responsabilidade pelos atos danosos praticados por menores púberes dos praticados por absolutamente incapazes.

O artigo 156 equiparava o menor entre dezesseis e vinte e um anos ao maior quando da responsabilização civil, independente de a conduta ter sido praticada com dolo ou culpa.

Por outro lado, o artigo 1.521 da mesma codificação estabelecia uma relação de solidariedade entre os pais pelos filhos menores que estivessem sob seu poder e em sua companhia e os tutores e curadores pelos atos dos pupilos e curatelados que se achassem nas mesmas condições, desde que, conforme determinava o artigo 1.523, ficasse provado que elas haviam concorrido para o dano com culpa *in vigilando*.

Diante dessas considerações, defendeu-se que, em razão da equiparação feita pelo art. 156, os menores púberes responderiam pessoal e diretamente por seus atos danosos, de modo que a responsabilidade do art. 1.521 só abrangeria os atos cometidos por menores impúberes, posto que jamais respondem pessoalmente os absolutamente incapazes.

Assim, se estabeleceu que a solidariedade se dava entre os representantes e os menores púberes, enquanto que os absolutamente incapazes não poderiam ser responsabilizados de nenhum modo.

Contudo, o sistema se mostrava injusto, pois muitas vezes a vítima não conseguia demonstrar a culpa *in vigilando* dos representantes e, por isso, sua intenção de obter indenização era frustrada. A vítima restava irressarcida.

Para corrigir tal injustiça, então, permitiu-se a responsabilização do incapaz, conforme o pensamento do professor SILVIO ROGRIGUES¹⁴:

“No Brasil, onde a legislação é silente sobre a eventual responsabilidade do amental, o problema tem preocupado os juristas e, embora haja quem opine no sentido de que o legislador não distinguiu entre o amental e a pessoa normal, para efeito de responsabilidade, a verdade é que a opinião prevalecente é no sentido contrário, ou seja, no de que o psicopata, sendo inimputável, não pode responder no campo civil. (grifos nossos)”.

O artigo 928 do código civil atual não possui artigo equivalente no código passado. Assim, causado o dano, se o curador não tiver obrigação de ressarcir ou não dispuser de condições para fazê-lo, o patrimônio do amental, por exemplo, pode ser atingido para a satisfação da vítima, preservando-se o mínimo existencial para o sustento de sua família.

O tutor e o curador respondem objetivamente, sem existência de culpa, mas com o direito de regresso resguardado, nos moldes do artigo 933 do CC/2002.

No tocante aos incapazes menores, a situação perdurou até a edição do primeiro Código de Menores, que estabeleceu uma presunção *iuris tantum* de culpa por parte de seus representantes.

II. 2) A responsabilidade civil do incapaz no código de 2002:

A codificação de 2002, por sua vez, trouxe significativas mudanças em relação à responsabilidade civil do incapaz. Isso porque não mantém a distinção de consequências entre atos danosos praticados por menores púberes ou impúberes e, ainda, permite a responsabilização pessoal do dito “incapaz”.

O conceito de ato ilícito está elencado no atual código civil em seus artigos 186 e 188, relativos à Parte Geral, e nos artigos 927 a 943 e 944 a 954 da parte especial, onde é positivado o instituto da responsabilidade civil.

¹⁴ In: STOLZE, Pablo. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Volume III. Responsabilidade Civil*: 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 206-207.

Tecendo uma análise hermenêutica entre os dispositivos 159¹⁵ e 186¹⁶, integrantes, respectivamente, dos códigos civis de 1916 e 2002, se pode constatar que a codificação anterior traz em seu texto, de forma expressa, a exigência de se analisar a culpa para imputar a responsabilidade civil a alguém.

Nesse contexto, se faz imperiosa a análise da figura da “culpa presumida” para justificar a responsabilização dos responsáveis pelos atos praticados por incapazes.

Com essa compreensão de que, às vezes, a situação concreta independia de análise de culpa, surgiu, no direito civil pátrio, a figura da presunção dessa culpa, como zona de transição evidente estopim para o surgimento da responsabilidade civil objetiva.

Na chamada “culpa presumida”, como a própria nomenclatura já nos remonta, ainda há a presença da culpa. Esta, contudo, dispensa o ônus probatório para sua verificação; de modo que, a culpa consiste no descumprimento de um dever jurídico de cuidado. Portanto, trata-se, ainda, de modalidade de responsabilização subjetiva.

Todavia, a absorção da culpa presumida pelo sistema jurídico foi um avanço de importância moderada no deslocamento, em alguns casos, para a teoria objetiva, porque a única alteração efetiva foi somente de caráter processual, pela inversão do ônus da prova, reitera-se.

Desse modo, a culpa passa a ser investigada a partir de critérios mais objetivos, livrando o magistrado da árdua tarefa de apontar a existência de uma culpa concretamente considerada.

A partir da culpa presumida, o processo de responsabilização pelos dados causados pelos ditos “incapazes” se tornou mais fácil, na medida em que é analisada a violação de *standards* abstratos de conduta, em vez de se analisar a culpabilidade propriamente dita.

¹⁵ Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919). **A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade** regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.”.

¹⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A culpa deixa, assim, de ser analisada através desta ótica tradicional. E, por esse motivo, passou-se a atribuir aos responsáveis pelo incapaz o dever de indenizar os prejuízos que este eventualmente causar.

Desse modo, a imputabilidade é elemento acidental na responsabilização civil, afinal, não se busca um juízo de reprovação social de dada conduta, apenas busca-se o retorno da vítima ao seu *statu quo ante*.

A nova codificação, datada de 2002, já inaugura a responsabilidade civil objetiva, o que confere o caráter dual do instituto de responsabilidade civil que atualmente conhecemos.

Válida também, é a lição do professor Miguel Reale em parecer, no dentro do procedimento de elaboração do Projeto de Lei nº 634-B/75, que se transformou no novo código civil.

Ao tecer as diferenças sobre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, expôs seus ensinamentos esclarecendo que a responsabilidade objetiva e a subjetiva coexistem na nova codificação.

Dessa forma, faz nascer o conceito de “Sistema Dual” de responsabilidade civil, se não, veja-se: *“Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que se fazer esta alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isso não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.”*.

Com esse entendimento constatamos que a codificação anterior equiparava os fatos provocados por incapazes impúberes aos fatos de animais, isentando-os da responsabilidade sob a premissa da não culpabilidade e atribuindo, pois, a responsabilidade indireta dos responsáveis pelo incapaz.

Por outro lado, a codificação atual, datada de 2002, estabelece a responsabilidade civil desse incapaz em seu artigo 928, ao passo que:

Art. 928: O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

No próprio *caput* desse dispositivo já se percebe a responsabilização pessoal do incapaz por seus atos lesivos. Vale destacar, no entanto, que se trata de responsabilidade em sua modalidade subsidiária, isto é, só aplicável se aqueles por ele responsáveis não tiverem o dever de fazê-lo ou não possuírem recursos materiais para arcar com a indenização.

É nesse sentido, também, a jurisprudência pátria, conforme julgado abaixo:

EMENTA

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA.

1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art.928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC,73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. 5. Recurso especial não provido.

(REsp 1436401 MG 2013/0351714-7. T4 - QUARTA TURMA. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em 02 de Fevereiro de 2017. DJe 16/03/2017)..

Portanto, temos duas hipóteses em que o incapaz poderá ter o seu patrimônio atingido; contudo, nesses casos, deve-se sempre atentar para a vulnerabilidade e

equidade. Ou seja, não haverá indenização se esta privar o incapaz ou as pessoas que dele dependam, sob a égide da Constituição Cidadã de 1988, a “CRFB”.

Com a edição do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15, contudo, a capacidade do portador de doença mental foi passada a ser plena para a prática dos atos da vida civil, o que, por certo, traz alterações em sua responsabilidade.

Apesar da regra do parágrafo único do artigo 942, do Código Civil, estabelecer que “são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”, quais sejam, os incapazes e aqueles que por ele respondem, a regra do artigo 928 e parágrafo único, do Código Civil, nos revela uma responsabilidade subsidiária, o que aparentemente traz consigo uma antinomia.

Contudo, as duas normas devem ser interpretadas sistematicamente. Assim, constata-se que deve ser considerada primeiro a regra da responsabilidade indireta de pais, tutores e curadores, e, somente caso estes não possuam recursos, atingir o patrimônio do incapaz, de forma equitativa. Ou seja, a Lei Civil estabelece uma Responsabilidade Subsidiária do portador de deficiência mental diante dos danos por ele causados.

Sob a égide do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15 os deficientes psíquicos capazes são, agora, imputáveis (artigos 6º e 84, do EPD). Com essa mudança, caso não haja responsáveis pela pessoa capaz com deficiência psíquica, esta responde direta e integralmente pelos danos a que der causa.

Portanto, a responsabilidade do portador de deficiência psíquica capaz não é mais subsidiária, mas sim direta e integral, sob a premissa de que a ele seriam conferidas as mesmas condições que a qualquer outra pessoa civilmente capaz.

No que tange aos deficientes psíquicos relativamente incapazes, por sua vez, estes continuarão sendo responsabilizados subsidiariamente pelos danos que causarem, com base na regra equitativa do parágrafo único, do artigo 928, do Código Civil, com o objetivo de proteger a subsistência e manutenção do incapaz.

Isso significa dizer que a adoção da responsabilidade direta e integral aos casos de danos cometidos por pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, capaz, implica

em sua responsabilização de idêntica forma ao que ocorreria com uma pessoa sem qualquer deficiência psíquica ou intelectual causadora de danos.

Constata-se, então, que com a capacidade do portador de deficiência mental, trazida pelo EPD exclui os benefícios da subsidiariedade e da equitatividade na reparação.

Nesse cenário, somente quando a pessoa com deficiência mental for considerada como relativamente incapaz, aplicar-se-á a regra da subsidiariedade esculpida no art. 928, CC/2002.

A seguir, discorreremos melhor sobre a inovação que capacidade do portador de deficiência, que traz enormes discussões acerca da responsabilidade civil do portador de doença mental – que agora passa a ser direta e integral.

É o que se passa a demonstrar.

III - RESPONSABILIDADE CIVIL E IMPUTABILIDADE: PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE

A responsabilidade civil pressupõe que o agente causador do dano possua a capacidade de reger a própria vida. Essa é a capacidade que, vale dizer, está disciplinada nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro¹⁷.

Nesse sentido, caso o agente causador do dano seja incapaz segundo os parâmetros elencados no Código Civil Brasileiro, ter-se-á a exclusão de sua responsabilidade.

A esse respeito, merece destaque a análise das bases do instituto da responsabilidade civil, quais sejam, a tríade: conduta voluntária do agente, nexo causal e dano.

Primeiramente, vale mencionar que a premissa basilar da responsabilização do agente é a existência de nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado gravoso. Portanto, só a partir dessa conexão seria possível imputar o ônus de indenizar. Essa conexão, insta salientar, é o chamado “nexo causal”.

Assim, pode-se afirmar que o responsabilizado pelo dano, será aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, conforme prescreve o artigo 927, do CC/2002.

Contudo, não basta apenas que o agente tenha praticado a conduta que acarretou o dano. Isso porque, além do tripé acima discriminado, a capacidade do agente é elemento adicional e determinante para sua responsabilização ou não pelos atos por ele praticados. Ou seja, além de se verificar o nexo de causalidade no caso concreto, revela-se imperiosa a necessidade de aferir se aquele ato pode ser imputado ao agente.

Assim, verificado o primeiro elemento configurador de responsabilidade civil (qual seja, o nexo causal), passa-se à análise do segundo elemento essencial: a conduta do agente.

¹⁷ Mais à frente discorreremos melhor acerca das modalidades de “capacidade civil” presentes em nossa atual codificação, quais sejam, a “capacidade de fato” e a “capacidade de direito/gozo”.

Entende-se como conduta do agente aquela ação ou omissão voluntária capaz de acarretar efeitos negativos a outrem, ensejando, pois, o dever de indenizar. Sob esse prisma, pode-se afirmar que só responde pelo dano aquele quem o houver dado causa, por conduta própria.

A responsabilidade civil é consequência da ocorrência de ato ilícito *stricto sensu* (artigo 186, CC/2002). Para que aquele que comete ato ilícito seja responsabilizado pelo dano causado, faz-se necessário que tenha capacidade de discernimento.

Diferentemente dos atos jurídicos, que podem se resumir em mera declaração de vontade, o ato ilícito exige conduta voluntária. Portanto, o conceito de ato ilícito pode ser classificado como o ato voluntário que, por infringência a um dever jurídico originário, seja capaz de causar dano a outrem.

A esse respeito, vale dizer que a ilicitude da conduta está vinculada à capacidade do agente, de modo que um ato ilícito só pode ser assim denominado se infringir um dever jurídico pré-existente.

É dizer, mesmo que cause danos a outrem, a conduta voluntária do agente só é ilícita se violar uma obrigação primária. Isso significa, em outras palavras, que a ilicitude reporta-se à conduta do agente (e não ao dano dela proveniente).

O dano, então, seria consequência imediata da violação. De igual modo, o ato ilícito dá causa ao dever de indenizar, fazendo surgir o instituto da responsabilidade civil.

Por esse motivo, justamente, é possível afirmar que o ato lícito é fonte de obrigações originárias (Direito das Obrigações), enquanto que o ato ilícito dá ensejo à responsabilidade civil, que, como falamos anteriormente, é obrigação secundária.

A transgressão de um dever jurídico pré-existente, ou seja, de uma obrigação principal, implica necessariamente na conduta voluntária do agente, que detém do gozo pleno de suas capacidades mentais.

Todavia, fugindo a essa regra geral, existem situações em que mesmo não sendo quem praticou a conduta, determinadas pessoas possuem o dever de indenizar em

nome de outrem. Isso porque, intimamente vinculada à voluntariedade na conduta do agente está a sua capacidade para praticar e compreender os atos da vida civil. Ou seja, além de dar causa ao resultado danoso, a conduta do agente deve ser voluntária, de modo que ao mesmo possa ser imputada a responsabilidade decorrente de seus atos.

Alvino Lima, em sua obra “Culpa e Risco”¹⁸, preceitua que a culpa é a violação de um dever jurídico pré-estabelecido (seja ele de conduta ou cuidado), enquanto que a culpabilidade consiste no juízo de reprovação moral que um indivíduo tem sobre suas condutas.

Neste compasso, podemos afirmar que a ilicitude da conduta está intimamente ligada a esse juízo de reprovação, de modo que, aqueles que não forem aptos a realizar essa diferenciação serão, então, considerados incapazes.

Segundo Cavalieri Filho¹⁹, imputar significa “atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa”. Ainda nas palavras do autor, “imputabilidade, é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever”.

A imputabilidade possui dois elementos, a saber: a maturidade e a sanidade. O primeiro deles é relacionado ao desenvolvimento das faculdades mentais, o segundo, por sua vez, à higidez. Ausentes um destes elementos, a pessoa é considerada inimputável e, desse modo, não responderá pelos danos causados a terceiros, haja vista sua incapacidade de determinar-se e/ou de compreender o caráter lesivo de sua conduta.

Imputar algo a alguém traduz, na verdade, que aquela pessoa é capaz de reconhecer uma violação a um dever jurídico ao mesmo tempo em que percebe que sua conduta é moralmente reprovável, posto que ocasionou prejuízo a terceiro.

Portanto, chega-se à conclusão de que a imputabilidade é pressuposto para a responsabilização, de modo que, além da existência da conduta, deve ser verificada a imputabilidade do agente que a praticou, caso contrário, exclui-se a responsabilidade deste.

¹⁸ LIMA, Ferreira Alvino. *Culpa e risco, A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26-27.

O portador de transtorno mental, por exemplo, sob a justificativa da sua proteção, foi rubricado como incapaz - com claro prejuízo à sua autonomia e dignidade e, contudo, com a prerrogativa de não responder diretamente pelos danos por ele causados.

Nesse sentido, é correto afirmar que na vigência do Código Civil de 2002 os considerados “incapazes” não respondem por seus atos danosos. Nesses casos, quem responde diretamente são seus representantes legais e, somente em caso de hipossuficiência destes, o incapaz responderia com seu patrimônio.

É dizer: a responsabilidade civil do incapaz é subsidiária em relação àquele por ele responsável, conforme o disposto no artigo 928 do Código Civil de 2002.

Sobre a responsabilidade do incapaz, Stoco²⁰ ensina que “o artigo 928 do Código Civil, seguindo as direções das codificações europeias, adotou o regime da responsabilidade subsidiária e equitativa dos incapazes”. Assim, preconiza o referido artigo que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”. Ainda, em seu parágrafo único, estabelece que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

A responsabilidade civil atinente ao incapaz, portanto, é calcada na *‘culpa in vigilando’*, que por sua vez consiste na falta de atenção para com o dever jurídico de cuidado (do representante em relação ao incapaz), acarretando na obrigação secundária de indenizar os danos causados por esse descuido.

Igualmente, o artigo 932, em seu inciso ‘II’, legitima a responsabilidade civil por dano de terceiro no que tange o curatelado ou pupilo, reiterando que a responsabilidade civil pressupõe o domínio pleno das faculdades mentais e o gozo irrestrito da capacidade civil.

Por tudo quanto acima explicitado, conclui-se que o pressuposto para a responsabilidade civil é a imputabilidade do agente causador do dano, sem a qual

²⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 22-23.

inexiste obrigação de indenizar. Nesse sentido, a inimputabilidade do portador de doença mental faz com que respondam civilmente por seus atos curadores e/ou seus responsáveis legais, de forma proporcional a seu patrimônio, nos ditames do artigo 132, CC/2002.

IV - AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SEARA DA IMPUTABILIDADE E, CONSEQUENTEMENTE, NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já discutido acima, a concepção dos civilistas brasileiros acerca do portador de deficiência mental era em demasiado protetiva. Nesse compasso, aquele que possuísse qualquer limitação mental era classificado como “incapaz” e, por consequência lógica, inimputável.

A esse respeito, Simão²¹ nos traz um ensinamento crucial no tocante à responsabilidade do incapaz dizendo que “pela regra insculpida no artigo 928 do Código Civil, primeiramente arcam com a indenização os representantes do incapaz”. E continua o raciocínio alegando ainda que “os incapazes arcam diretamente com o valor da indenização em duas hipóteses específicas previstas em lei. A primeira verifica-se se ‘as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo’, e a segunda se tiverem a obrigação, mas ‘não dispuserem de meios suficientes’”.

Como se pôde ver, até a chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a regra no ordenamento jurídico brasileiro foi pela incapacidade do portador de transtorno mental. Com a publicação do novo EPD, no entanto, esse cenário deu espaço à valorização desse Portador de transtorno/deficiência mental de modo a retirar do mesmo o status de “incapaz”.

Com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da ONU, da qual o Brasil fez parte, foi instituído o Estatuto da Pessoa com Deficiência, na forma do § 3º, artigo 5º, da CRFB.

Em seu artigo primeiro, o aludido diploma legal²² estabelece ser “destinado a estabelecer as diretrizes e normas gerais, bem como os critérios básicos para assegurar, promover e proteger o exercício pleno e em condições de igualdade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania plena e efetiva.”.

²¹ SIMÃO, José Fernando. “Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Partes 1 e 2)”. *Revista Consultor Jurídico*, p. 299, 7 de agosto de 2015, 17h33.

²² Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei Brasileira de Inclusão nº 13.146/15, de 06 de julho de 2015.

Sob esse prisma, *mister* perceber que a visão protecionista dos códigos civil de 1916 e 2002 deu espaço à primazia da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que agora, com a nova legislação, o portador de transtorno mental passaria a ser visto como capaz.

Esse é o entendimento do artigo 114 do EPD, que derogou os artigos 3º e 4º do Código Civil. Assim sendo, o Código Civil passou a considerar absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos, ao passo que as pessoas com deficiência mental, mesmo que não tenham discernimento suficiente para a prática dos atos da vida civil, deixam de ser consideradas absolutamente incapazes.

À luz do referido artigo, somente o inciso I, que se refere ao menor de 16 anos, não teria sido revogado. Ou seja, o Estatuto declara as demais pessoas como capazes. Prova disso é a redação do artigo 6.º, segundo o qual:

Artigo 6º - "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável, II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção".

Vê-se modificado, portanto, o paradigma até então utilizado como critério para reconhecimento da incapacidade, o qual vinculava a capacidade civil e a noção acerca da reprovação de uma conduta como fatores determinantes à imputabilidade do agente.

Nessa toada, a capacidade é vista como a regra geral, subsistindo a incapacidade como sua exceção. Isso significa dizer que, muito embora uma pessoa seja portadora de transtorno mental, não necessariamente será considerada incapaz de praticar atos da vida civil.

Veja-se, como forma de ilustração, um julgado proferido antes da vigência da Lei 13.146/15, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DOAÇÃO. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. INCAPACIDADE. PERQUIRIRÃO ACERCA DA INTENÇÃO DO AGENTE. DESNECESSIDADE. DOCUMENTOS. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. NATUREZA DECLARATÓRIA E NÃO CONSTITUTIVA. NATUREZA DA INCAPACIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE PRÁTICO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A iterativa

*jurisprudência desta Corte admite a fundamentação per relationem, pela qual o julgador se vale de motivação contida em ato judicial anterior e, especialmente, em parecer ministerial, como razões de decidir. [...] 4. Com o reconhecimento da ausência de capacidade do doador para os atos da vida civil, pois constantemente dopado pelo uso de medicamentos para o sistema nervoso, além de ser portador de Mal de Parkinson, nem sequer é possível perquirir acerca de sua intenção, pois a incapacidade lhe é precedente, impedindo-o de manifestar sua vontade. 5. Os documentos que gozam de fé pública ostentam presunção relativa de veracidade, que pode ser afastada mediante a produção de provas em sentido contrário. Precedentes. 6. Quanto a inexistirem nos autos provas suficientes para elidir a presunção de veracidade dos documentos públicos, o acolhimento dessa tese demandaria incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência obstada pela incidência da Súmula 7/STJ. 7. **A sentença de interdição tem caráter declaratório e não constitutivo.** Assim, o decreto de interdição não cria a incapacidade, pois esta decorre da doença. Desse modo, a incapacidade, mesmo não declarada, pode ser apreciada caso a caso. 8. **A discussão acerca de a incapacidade ser relativa ou absoluta no caso concreto não terá nenhum resultado prático, pois reconhecida a ausência de aptidão volitiva do doador.** 9. Recurso especial conhecido em parte e não provido.*

(REsp 1206805/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. em 21.10.2014, DJe 07.11.2014). {Grifos nossos}.

Dado o entendimento posto acima, é evidente que antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a incapacidade era associada à falta de aptidão para exprimir vontade própria. Por outro lado, a premissa basilar para a legislação insurgente é o tratamento igualitário ao portador de deficiência/transtorno mental, observando-se a máxima preconizada pelo Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse cenário, a deficiência, a partir da Lei nº 13.146/15, passa a ser apenas mais uma condição de saúde, em vez de condição hábil a limitar as manifestações de vontade na esfera do direito civil.

Em consequência, e conforme já indicado acima, a incapacidade passou a ser declarada de forma excepcional diante do caso concreto. E, somente com laudo médico que ateste a incapacidade, a pessoa portadora de transtorno mental poderá ser considerada inimputável na seara civil, não respondendo com seu patrimônio pelos danos causados (por ela) a terceiros.

No campo da responsabilidade civil, isso implica dizer que, civilmente capaz, a pessoa com transtorno mental estaria apta a responder com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros, afastando a responsabilidade subsidiária criada pelo artigo 928 do CC/2002. Essa é uma das principais mudanças trazidas pela legislação da Pessoa com Deficiência.

Lembre-se que, contudo, a respectiva indenização deverá ser calculada em atenção ao princípio da equitatividade, segundo o qual a indenização poderá ser

reduzida em razão da vulnerabilidade e proteção conferidas a esse portador de transtorno mental.

Na doutrina, essas duas condições foram demasiadamente analisadas, no intento de se chegar a um consenso quanto ao “mínimo existencial”, no sentido de que foi pacificado que, portador de transtorno mental ou não, o agente causador do dano poderá alegar o benefício por força da incidência de exceção contida no artigo 3º da Lei nº 8.009/1990.

A esse respeito, colacionam-se dois enunciados do Conselho de Justiça Federal, autoexplicativos e a seguir dispostos:

***Enunciado 39, I Jornada CJF:** a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa. Informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.*

***Enunciado 449, V Jornada CJF:** A indenização equitativa a que se refere o art. 928, parágrafo único, do Código Civil não é necessariamente reduzida sem prejuízo do Enunciado n. 39 da I Jornada de Direito Civil.*

De qualquer sorte, a responsabilização direta dos incapazes só ocorrerá se os recursos necessários ao pagamento da indenização não privarem o incapaz ou as pessoas que dele dependam do necessário, segundo a dicção da lei, o que se examinará a seguir.

Outra mudança bastante significativa foi o fim da separação da capacidade em “capacidade de fato” e “capacidade de direito”. Após a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência ocorrida em Nova York, em 2007, o Brasil passou a recepcionar os entendimentos da convenção, adaptando-os à Lei 13.146/15. Nesse contexto, a capacidade de direito ou de gozo, a saber, consiste na possibilidade que toda pessoa tem de ser sujeito de Direito, isto é, figurar num dos polos da Relação Jurídica, esta capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. É a capacidade adquirida ao nascer, consagrada no artigo 1º do Código Civil de 2002²³.

²³ Art. 1º - “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A capacidade de fato, por outro lado, está vinculada à real aptidão da pessoa para gerir a própria vida, de modo a compreender proibições e ser consciente de seus direitos. Essa capacidade, vale dizer, inaugura o conceito de legitimação. Em outras palavras, enquanto a capacidade de direito/gozo é subjetiva ao negócio jurídico, a legitimação é pressuposto subjetivo-objetivo.

Ou seja, a legitimação é objetiva, ao passo que consiste na verificação, diante do caso concreto, se determinada pessoa possui capacidade de estabelecer qualquer relação jurídica; enquanto que a capacidade de direito/gozo é dita “subjetiva”, uma vez que esta é conferida a todo ser humano, como sujeito de direitos e obrigações. Significa a aptidão do homem para ser sujeito de direitos e obrigações. Essa, portanto, seria a capacidade que classificaria uma pessoa como relativamente ou absolutamente incapaz.

Com o novo diploma legal sobre a pessoa com deficiência, denota-se a ruptura desse padrão, sobrevivendo apenas uma noção de capacidade, que seria presumida a todo ser humano por força de sua dignidade constitucionalmente assegurada.

É nesse mesmo sentido que vê-se a explicação de Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Mendes na obra assinada pela grande civilista Heloisa Helena Barboza²⁴: “(...) também denominada *Lei Brasileira de Inclusão*, cuja fundamentação imediata está na *Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – CDPD*, cuja aprovação se deu pelo Decreto nº 186/2008 (...) visando a inclusão das pessoas com deficiência que somam um total de 46 milhões de brasileiros, ou seja, 25% da população do país (BARBOZA, ALMEIDA, 2016, P.2490. Para viabilizar essa inclusão ambos os documentos reafirmam o princípio da dignidade da pessoa humana em duas de suas importantes perspectivas: a dignidade como dever que impõe ao Estado, à sociedade e à família prestações específicas voltadas para a proteção e a emancipação das pessoas com deficiência; e a dignidade como autodeterminação que garante a plena expansão da personalidade do sujeito

²⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. ALMEIDA, Victor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 352-353.

com limitações intelectuais ou psíquicas, justificando a sua capacidade jurídica em igualdade com as demais. (PALACIUS, 2008, p. 207-209). ”.

Ademais, em razão dessa valorização da Dignidade Humana ao Portador de Deficiência, além de ser considerado capaz, o portador de transtorno mental poderá requerer a aplicação do instituto da “tomada de decisão apoiada”²⁵. É o disposto no artigo 84²⁶ da Lei nº 13.146/15, que consagra o novo princípio da Reserva Máxima da Capacidade, o qual consiste em afirmar que todo indivíduo tem, a princípio, plena capacidade civil. Por conseguinte, é cabível se dizer que a Lei nº 13.146 alterou as hipóteses de interdição do artigo 1.767 do CC/2002. Com a tomada de decisão apoiada, verificou-se que o portador de transtorno mental passou a ter titularidade de exercício de sua própria vida. Logo, a interdição passa a ter o caráter de medida excepcional, extraordinária, a ser adotada somente quando e na medida em que for necessária.

Tanto é assim que restaram revogados pelo Estatuto diversos dispositivos do artigo 1.767 do CC, em que se afirmava que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à interdição. Em contrapartida, a nova lei diz, em seu artigo 84, § 3.º, que a curatela deverá ser "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível".

²⁵ O art. 114 da Lei nº 13.146/2015 mudou a redação legal dos arts. 3º, 4º, 228 (agora com os §§ 1º e 2º) 1.518, 1.550 (acrescidos os §§ 1º e 2º), 1.557, III, 1.767 a 1.769, 1.771, 1.772 e 1.777, incluiu o art. 1.775-A. Já no art. 123, a lei revogou os incisos I, II e III do art. 3º, os incisos II e III do art. 228, o inciso I do art. 1.548, o inciso do art. 1.557, os incisos II e IV do art. 1.767, bem como os arts. 1.776 e 1.780, todos do CC/2002. Além disso, o art. 115 deu nova redação ao Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código; e o art. 117 acrescentou o Capítulo III ao mencionado Título IV, bem como o art. 1.783-A. (LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes. Revista Consultor Jurídico, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 29 set. 2015).

²⁶ Lei nº 13.146 de 06 de Julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 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.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tocou profundamente no instituto da curatela, no que diz respeito à necessidade de haver um procedimento de interdição judicial para que aquele portador de transtorno mental pudesse ser assistido. Atualmente, entretanto, temos a figura da tomada de decisão apoiada, que inaugura procedimento mais humanitário, igualitário e que confere maior autonomia ao portador de transtorno mental que o requeira.

Diante desse cenário, a tomada de decisão apoiada surge como ferramenta de auxílio a esse portador de transtorno mental para que possa ter segurança ao praticar atos da vida civil. Em outras palavras, a tomada de decisão apoiada é medida cuja legitimidade ativa cabe somente ao sujeito que dela fará uso (artigo 1.783-A, § 2.º, CC/2002), o que reforça o papel da autonomia do portador de transtorno mental. Autonomia essa, vale dizer, que consagra a sua responsabilização pelos danos que venha a causar a terceiros, dada a presunção de capacidade desse portador de transtorno mental.

Ademais, a partir da vigência da Lei nº 13.146/15, o artigo 4º do atual Código Civil, em seu inciso III, permite que aqueles que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade possam requerer judicialmente aplicação do instituto da tomada de decisão apoiada.

De mesmo modo que a interdição, para que se estabeleça a tomada de decisão apoiada é necessário o ingresso na via judicial, na qual serão ouvidos o Ministério Público, o requerente e seus potenciais apoiadores de decisão. Inclusive, vale frisar que esses apoiadores passam a ser escolhidos pelo próprio requerente, o qual possui o poder de decidir quem poderá ser apto a auxiliá-lo em suas decisões.

Atente-se, contudo, para o fato de que a legitimidade conferida ao Ministério Público não é mais para propor ação de interdição, mas sim para a promoção da tomada de decisão apoiada.

Outro ponto importante no tocante ao tema é mencionar que sempre serão dois apoiadores de decisão, e nunca apenas uma pessoa (como era no instituto da curatela). E, preceitua o § 7º do mesmo artigo 1783-A que, caso verificado que um desses

apoiadores extrapolou os limites de sua função, o requerente ou qualquer outro poderá oferecer denúncia ao Ministério Público no sentido de retirar essa pessoa da ocupação de apoiador.

Frise-se, ainda, que o ponto nodal para a eleição desses apoiadores de decisão é a confiança, calcada na relação pessoal que detêm com o portador de transtorno mental que requereu apoio para tratar de seus assuntos junto à sociedade civil.

Verificadas as alterações, parece-nos que o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais flexível às circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social.

Outra prova disso pode ser constatada no próprio nome que o legislador escolheu para se referir ao instituto da “tomada de decisão apoiada”. Ora, caso a independência e dignidade da pessoa portadora de deficiência não estivessem sendo observadas, os chamados “apoiadores” passariam a ser chamados de “tomadores de decisão” - o que, evidentemente, não ocorre.

Diante dessa análise semântica, percebe-se que a única pessoa que pode ser identificada como tomadora de decisão é o próprio portador de transtorno e/ou deficiência mental. Nessa configuração, a figura do apoiador criada pelo Estatuto está, a princípio, atrelada à pessoa com deficiência, que, repita-se, é considerada capaz para a prática dos atos da vida civil.

A definição clássica da curatela antes do advento da Lei nº 13.146/2015 (EPD) consistia em considerá-la, nas palavras de Washington de Barros Monteiro, como um "encargo definido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não podem fazê-lo por si mesmo"²⁷.

Atualmente, foi retirado da interdição o aspecto compulsório, dando espaço à autonomia da pessoa portadora de deficiência. O pressuposto a partir de agora é que a

²⁷ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil* cit., p. 66-67. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro...* cit., p. 168.

interdição será a favor da pessoa, e não contra ela. Isto posto, nítida a influência humanitária na nova legislação da pessoa com deficiência.

No entanto, impossível deixar de lembrar que tal avanço já tinha ocorrido na comparação das redações do Código Civil de 2002 e seu antecessor. Um exemplo é o fato de que a codificação civil de 1916 fazia alusão aos surdos-mudos como absolutamente incapazes (artigo 5º, III, do CC/1916), sob o argumento de que estes não podem se expressar. Em contrapartida, a codificação civil atual não enquadra os surdos-mudos no rol da incapacidade dos artigos 3º e 4º.

Perceba-se que a presunção será a de que a pessoa com deficiência psíquica é plenamente capaz e, portanto, responderá direta e integralmente pelo dano causado.

A inovação consiste no fato de que a prova de que o deficiente não pode manifestar a sua vontade – e por este motivo será considerado relativamente incapaz – deverá ser realizada pela própria pessoa com deficiência, ré da ação indenizatória, como forma de permitir a atração da regra do artigo 928, do Código Civil, a possibilitar não só a redução equitativa da indenização devida, mas também a aplicação da subsidiariedade de sua responsabilidade, prevista expressamente no parágrafo único desta norma.

Portanto, como já era esperado, à medida que a sociedade evolui, o direito tende a acompanhá-la. No caso dos portadores de transtorno mental, inclusive, não seria diferente.

Muito embora o Estatuto possua “status” de norma especial, prevalecendo sobre os demais regramentos, ele não teve o condão de revogar o instituto da interdição. Contudo, ao reafirmar a capacidade da pessoa com deficiência, retirou o caráter de representatividade da curatela, passando esta a ser meramente assistencial.

Nesse diapasão, a atividade interpretativa dos aplicadores do direito se revela como instrumento hábil a modificar, no plano da eficácia, o tratamento dado ao portador de transtorno mental, aproximando-o cada vez mais dos novos paradigmas inaugurados com o EPD.

Por fim, no tocante à responsabilidade por atos próprios, já se discorreu acima sobre a inovação de o portador de transtorno mental pode vir a responder pessoal e diretamente. Desse modo, resta afastada a responsabilidade subsidiária do artigo 928 do CC/2002, segundo a qual o antes “incapaz” somente responderia com seu patrimônio caso seus responsáveis não tivessem o dever de fazê-lo ou no caso em que, mesmo com esse dever, não possuíssem patrimônio para arcar com a indenização.

Nos ditames do Código Civil de 2002, assim, a responsabilidade do incapaz será subsidiária, posto que somente acionada se uma das duas premissas acima indicadas estiver presente.

V – CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, oriundo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu protocolo facultativo, revela-se como ferramenta legal indispensável à concretização dos direitos dos portadores de doença mental.

Nesse sentido, com o advento da Lei nº 13.146/2015 o instituto da responsabilidade civil sofreu significativa modificação no que diz respeito à responsabilidade do portador de transtorno mental, haja vista que, com a presunção da capacidade civil do portador de deficiência mental, o conceito de “capacidade” não é mais bifurcado em “capacidade de fato” e “capacidade de direito”. Esse é o entendimento trazido pelos artigos 6º e 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 7 de julho de 2015.

Em consequência, a esse portador de transtorno mental é atribuída plena autonomia para o exercício de direitos e deveres em sociedade, em especial ao que concerne às obrigações.

Isso significa que, em outras palavras, com a derrogação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, há a presunção de discernimento e imputabilidade dessas pessoas que se encontram nesta específica condição.

Ou seja, o portador de deficiência mental não detém mais a prerrogativa de inimputabilidade, e, como a imputabilidade é consequência direta da atribuição de capacidade, ele passa a ser encarado como cidadão perfeitamente capaz de responder civilmente pelos danos causados a terceiros. A esse respeito, insta salientar que a responsabilidade do portador de doença mental se revela de forma direta e pessoal, afastando a regra da responsabilidade subsidiária do artigo 928 do CC/02.

Nessa toada, correto afirmar que o EPD aboliu a incapacidade absoluta dos portadores de transtorno mental, ao passo que quando não há a capacidade presumida, estar-se-ia diante de um caso de incapacidade relativa (e não mais absoluta).

Essa mudança, vale lembrar, é fruto de uma interpretação humanitária dos preceitos constitucionais de igualdade entre as pessoas e de dar a elas o tratamento digno a que se refere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Respeitando a esses preceitos, então, serão considerados apenas relativamente incapazes aqueles que não possam, por causa transitória ou permanente, exprimir ou manifestar sua própria vontade, conforme o disposto no artigo 4º, III, do CC/2002.

Contudo, mesmo que esse portador de deficiência psíquica seja relativamente incapaz, ele será responsável pelos danos que causar. Essa obrigação, por sua vez, será baseada na aferição de culpabilidade dessa pessoa acerca da própria conduta.

Ou seja, caso não verificado discernimento suficiente para que aquele portador de transtorno mental possuísse juízo de reprovabilidade acerca de suas condutas, haverá a incidência da responsabilidade subsidiária a de seus responsáveis, conforme dita o artigo 928, do CC/2002. Essa responsabilização, cabe mencionar, deverá ser equitativa e nos limites do patrimônio desse responsável.

Por outro lado, denota-se que a responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental capaz será baseada no artigo 186 do Código Civil, respondendo o deficiente por suas condutas danosas, caso comprovada a culpa *latu sensu*.

Verifica-se então que, com essa presunção de capacidade, se criou uma diferenciação entre a responsabilidade do portador de deficiência, qual seja, ora aplicando-se a responsabilidade direta e integral, baseada na aferição de culpa, ora o disposto no artigo 928, desse mesmo diploma legal.

Na primeira hipótese – responsabilidade do deficiente capaz – haverá obrigação de indenizar de forma direta. No segundo caso – responsabilidade do deficiente relativamente incapaz – haverá a obrigação de indenizar de forma subsidiária, mantendo-se a regra do artigo 928, do CC/2002.

Em ambos os casos, porém, deverá ser observada a vulnerabilidade desse portador de deficiência psíquica, no sentido de se reduzir a indenização por equidade.

Na doutrina, a resposta para o tratamento da responsabilidade civil atinente às pessoas com deficiência ainda não é unânime. Isso certamente se deve ao fato do Estatuto da Pessoa com Deficiência ter entrado em vigor há apenas dois anos.

Sobre essa vulnerabilidade e proteção, o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência instituiu uma nova ferramenta judicial para atender às necessidades do portador de deficiência, a chamada *tomada de decisão apoiada*.

A partir da instauração da *tomada de decisão apoiada*, o instituto da curatela passa a exercer função ativa na efetivação do princípio da igualdade substancial, dando à pessoa portadora de deficiência psíquica a dignidade a ela constitucionalmente conferida.

Até porque, com a *tomada de decisão apoiada*, o portador de transtorno mental passou a ser titular do exercício de sua própria vida, ao passo em que pode escolher duas pessoas de sua confiança para auxiliá-lo em situações de sua vida civil.

Sob a prerrogativa de ser a ele conferida dignidade humana²⁸ e igualdade, foi possibilitada a capacitação civil do portador de deficiência psíquica/mental, pressuposto que permitiu sua responsabilização civil pelos danos que eventualmente causar a terceiros, aplicando-se a regra do artigo 928 do CC/2002 apenas em alguns casos.

Vale recordar, ainda, que a prova de que o deficiente não pode manifestar a sua vontade – e por este motivo será considerado relativamente incapaz – deverá ser realizada pela pessoa com deficiência, ré da ação indenizatória, como forma de permitir a atração da regra do artigo 928, do Código Civil, a possibilitar não só a redução equitativa da indenização devida, mas também a aplicação da subsidiariedade de sua responsabilidade, prevista expressamente no parágrafo único deste artigo de lei.

A conclusão a que se chega é a de que, havendo patrimônio, portanto, este deverá cumprir uma finalidade social que, nesse caso, é reparar a vítima de modo a reconduzi-la, dentro do possível, ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do fato lesivo. Por esse motivo, justamente, opina-se pela possibilidade de aplicar a solidariedade entre o deficiente (capaz) e a pessoa por ele responsável, como consequência prática direta da interpretação do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

²⁸ Art. 5º, III, CRFB.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA:

ARAÚJO, António de. *Cidadãos portadores de deficiência: o seu lugar na constituição da república.* Coimbra: Coimbra, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena. ALMEIDA, Victor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República.* Belo Horizonte.: Fórum, 2018.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico.* V. 1. Campinas: Servanda, 2003.

BUNAZAR, Maurício. “Responsabilidade Civil do Incapaz: objetivação da culpa ou responsabilidade civil objetiva?”. Defesa de Mestrado em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Ano: 2010.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Código Civil. (1916). Lei 3.071. 01 jan. 1916. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 05 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em: 02 jan. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de out. 1988.* Diário Oficial da União. Brasília, 06 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 jan. 2009

PL nº 645/1975 - Projeto de Lei nº 645/1975, in: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>

DOCTRINA:

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana.* In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRITTO, Isabel Rebelo de Carvalho. *A (IN)CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL E OS INSTITUTOS PROTETIVOS: ALTERAÇÕES DA LEI No 13.146/15 E DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Daniel Queiroz Pereira. Ano: 2016.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade.* Coimbra: Coimbra, 1995.

CABRAL, Lídia Caldeira Lustosa. *Pessoas com deficiências: A capacidade é a regra!*. In.: *Revista Eletrônica do CESVA*, vol. 9, nº1, 2016. (em: <http://faa.edu.br/revistas/saber-digital-2016-1.html>).

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, Editora Atlas, 10 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. *REPERCUSSÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015), NAS LEGISLAÇÕES CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.* In.: *Revista dos Tribunais Online*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil. Volume 11.* São Paulo: Saraiva. 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. Volume 4.— 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.*

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Verbetes “*responsabilidade*”: “*Capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da punibilidade.*”. In: *Dicionário Aurélio Eletrônico*, Ed. Nova Fronteira.

KIM, Richard Pae. MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Paradoxos decorrentes da interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre a capacidade Civil.* In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF, Julho de 2016.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. “O estranho caso do inimputável capaz”. Artigo disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI228693,210480+estranho+caso+do+inimputavel+capaz+Parte+I>

LIMA, Ferreira Alvino. *Culpa e risco, A responsabilidade civil pelo fato de outrem.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Diego Carvalho. *CAPACIDADE DE AGIR E DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O CASO DO DIREITO À PRIVACIDADE.* In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Volume 08, Abr / Jun 2016, Qualis B1.

OLIVEIRA, José Sebastião de. SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. COPI, Lygia Maria. *A autonomia dos deficientes mentais em matéria de saúde e a capacidade para consentir: Uma análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência.* In: XXV Congresso do CONPEDI – CURITIBA/PR. Ano: 2016.

REQUIÃO, Maurício. “As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência”. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 6/2016 | p. 37 - 54 | Jan - Mar / 2016 DTR\2016\436.

RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do estado democrático de direito.* 2007. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da loucura.* São Paulo: Rideel, 2003.

RUI STOCO, “*Responsabilidade Civil*”, 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIMÃO, José Fernando. “*Responsabilidade civil do incapaz*”. São Paulo: Atlas, 2008

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Volume III. Responsabilidade Civil: 10 ed.*, São Paulo: Saraiva 2012.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *"Novo Código Civil Comentado"*, Coordenação de Ricardo Fiuza, Ed. Saraiva, 2002.