

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
NINA BARA ZAGHETTO FERREIRA**

**NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE
INCLUSÃO**

**Juiz de Fora
2019**

NINA BARA ZAGHETTO FERREIRA

**NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE
INCLUSÃO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Privado sob orientação da Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles.

**Juiz de Fora
2019**

FOLHA DE APROVAÇÃO

NINA BARA ZAGHETTO FERREIRA

NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Privado submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Kelly Cristine Baião Sampaio
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 27 de junho de 2019.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é fruto de muito amor. Amor pela temática dos direitos das pessoas com deficiência e da responsabilidade civil. Foi desafiador tratar desse tema. Noites sem dormir pensando sobre. Momentos de angústias, de dúvidas. Mas sempre movida por indagações que, agora, estão postas nessas páginas e que podem contribuir para um tema tão instigante. Acredito também que esse trabalho é fruto das pessoas que fizeram e fazem parte da minha trajetória. Então, não poderia falar em um Trabalho de Conclusão de Curso sem falar das minhas relações intersubjetivas, as quais me constituem como pessoa e dão sentido a tudo.

Primeiro, gostaria de agradecer à minha orientadora Raquel, pessoa que despertou minha paixão por responsabilidade civil e pela temática das pessoas com deficiência. Obrigada por dividirmos tantos momentos de troca de conhecimentos – poder trocar ideais com você me faz crescer sempre e me faz perceber como o horizonte é grande e profundo. Você me inspira a ser uma profissional melhor.

Agradeço, de coração, à professora Aline. Conviver com você é um constante aprender. Aprender a lutar pelos nossos sonhos. Aprender a se colocar. Aprender a ser crítica. Sou muito feliz por nossos caminhos terem se cruzado e por eu ter tido a oportunidade de, tão de perto, ver a mulher-professora que você é.

Assim, em nome de Raquel e Aline, agradeço a oportunidade de ter participado do Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência, projeto este que mudou significativamente a minha vida enquanto aluna e futura jurista.

À professora Kelly, agradeço por tanta gentileza no processo de aprendizagem. Sua releitura a respeito dos temas nos faz refletir e nos posicionar criticamente. Além disso, agradeço a você por tanta receptividade e carinho.

Ao meu pai, Edson, você é meu exemplo de dedicação e determinação. Obrigada por todas as nossas conversas, por todas as perguntas que você me fez do tema, me provocando a respeito de certas afirmativas e me instigando a pesquisar.

À minha mãe, Gilze, pelo apoio incondicional. Você sempre despertou meu interesse pela área acadêmica e sempre foi exemplo de como alçar nossos objetivos. Obrigada por tantos ensinamentos e por tanto amor ao me ensinar.

Meus pais, muito obrigada por serem minha base e por estarem ao meu lado em todos os momentos. Todo meu amor por vocês!

À minha irmã Elisa, por ser tão minha companheira, por dar tanta alegria aos meus dias. Nos dias difíceis de construção desse trabalho, seus abraços, suas brincadeiras, foram fundamentais. Obrigada por acreditar tanto em mim.

Ao Mateus, meu amor, por ser meu porto-seguro nesse processo. Por me escutar tantas vezes falando sobre o tema. Por tanta paciência ao ouvir meus questionamentos inúmeras vezes. Por ser tão presente sempre. Obrigada por caminhar de mãos dadas comigo.

Às minhas amigas Mariana e Luiza, muito obrigada por me apoiarem tanto. Por se preocuparem em como estava o trabalho, apoiando, todo dia, meus pensamentos e meu processo de escrita. Vocês são tesouro na minha vida.

À Ana Clara e à Letícia por todos os ensinamentos ao longo da faculdade. À Carolzinha, obrigada por sempre apoiar com tanta vibração as minhas ideias. Por acreditar, desde o início, neste trabalho, me dando força para sempre seguir.

Fernanda e Shayna, meus agradecimentos pelos ensinamentos não só jurídicos, mas pessoais. Vocês me fazem crescer enquanto ser humano.

À minha amiga Julie, presente que ganhei, que, todos os dias no estágio, me perguntava como o trabalho estava, me dando tanta força. Obrigada por escutar tantos desabafos sobre o tema, compreendendo minhas dificuldades e me incentivando incondicionalmente.

Por fim, não poderia deixar de agradecer minhas companheiras de vida Vivi e Laura. Apesar da nossa distância física diária, vocês se fizeram muito presentes nesse processo. Me escutaram, compartilharam de experiências e sempre me fizeram acreditar que eu conseguiria escrever.

Assim, agradeço a todos que passaram pelo meu caminho e me (trans)formaram! Todas essas relações contribuíram para a pessoa que sou, logo, para a construção deste estudo.

“Palavra, imagem e som, que hoje são canais de opressão, devem ser usados pelos oprimidos como forma de rebeldia e ação, não passiva contemplação absorta. Não basta consumir cultura: é necessário produzi-la. Não basta gozar arte: necessário é ser artista! Não basta produzir ideias: necessário é transformá-las em atos sociais, concretos e continuador”.

Augusto Boal (2009)

NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Nina Bara Zaghetto Ferreira

RESUMO:

O presente trabalho propõe-se a investigar os pressupostos de configuração da responsabilidade civil das pessoas com deficiência a partir das alterações advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), principalmente no tocante ao regime das (in)capacidades, que instituiu, no ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de plena capacidade de tais pessoas. São abordados os conceitos de capacidade e autonomia e suas relações com a responsabilidade civil, compreendida como reafirmação dos dois primeiros. Enfrentam-se criticamente os posicionamentos doutrinários que equiparam as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual ao sujeitos incapazes para efeito de aplicação do regime mais benéfico de responsabilidade equitativa previsto no artigo 928, parágrafo único, do Código Civil, e sustenta-se a tutela do mínimo existencial para a redução equitativa da indenização, porém com base no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Demonstra-se a aplicabilidade de tal solução a qualquer pessoa capaz em situação de vulnerabilidade patrimonial que possa, independentemente de apresentar ou não uma deficiência, ter seu mínimo existencial comprometido pela indenização integral à vítima do dano. Apresentam-se as diversas espécies de deficiência como condições pessoais que devem repercutir na aferição e mensuração do mínimo existencial da pessoa, conforme as especificidades de cada situação concreta.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; responsabilidade civil; autonomia; vulnerabilidade; indenização.

ABSTRACT:

The present study is proposed to investigate the assumptions on how the civil liability of persons with disabilities is configured in the light of the modifications brought by the "Estatuto da Pessoa com Deficiência" (EPD), mainly concerning the (in)capacities regime, which has instituted the presumption of full capacity of said persons in the Brazilian legal system. It is addressed the concepts of capacity and autonomy and their relation with the civil liability, understood as a reaffirmation of the first two. It critically confronts doctrinal positions that equate people with psychic or intellectual disabilities to incapable subjects as to apply to them the more beneficial regime of equitable civil liability provided by the article 928, sole paragraph, of the Civil Code, and it is sustained the protection of the existential minimum in order to make use of the equitable reduction of the civil liability reparation, however, based on the article 944, sole paragraph, of the Civil Code. It is demonstrated the applicability of such solution to all capable people in patrimonial vulnerability that may, regardless of having disabilities, have their existential minimum compromised by the integral reparation of the victim of the damage. The several forms of disabilities are presented as personal conditions which should reverberate in the gauging and measurement of the existential minimum of those people, according to the individuals specificities in each concrete case.

Key-words: person with disabilities; civil liability; autonomy; vulnerability; reparation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD).....	10
3. O REGIME DE (IN)CAPACIDADES.....	16
4. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE	22
5. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE AUTONOMIA.....	27
5.1 A relação entre os conceitos de vulnerabilidade e de autonomia	29
5.2 A relação entre os conceitos de autonomia e de capacidade.....	31
6. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO.....	33
6.1 A dissociação entre os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e capacidade e os pressupostos para a responsabilização civil da pessoa com deficiência	33
6.2 O problema da medida da indenização e a possibilidade de sua fixação equitativa em favor da preservação do mínimo existencial da pessoa com deficiência à luz do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil	37
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	51

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como motivação as mudanças advindas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI). Esses diplomas inauguraram uma nova visão sobre a deficiência, em âmbitos nacional e internacional, garantindo que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos fundamentais. Uma das principais alterações oriundas do EPD foi a modificação no regime das (in)capacidades, uma vez que as pessoas com deficiência não são mais consideradas, *a priori*, como absoluta ou relativamente incapazes. Na verdade, através desse estatuto, consagrou-se a presunção da plena capacidade dessas pessoas, o que impactou diretamente na sistemática da responsabilidade civil.

Assim, formula-se as seguintes perguntas: se as pessoas com deficiência intelectual ou psíquica são presumidamente capazes, como será configurada sua responsabilidade civil por danos causados a terceiros? Elas poderão se valer de alguma espécie de redução equitativa da indenização? Toda pessoa com deficiência intelectual ou psíquica é vulnerável quando se trata de responsabilidade civil? A partir dessas problematizações, tem-se o objetivo de compreender os influxos do EPD no instituto da responsabilidade civil.

Desse modo, partindo de pesquisa de fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, abordam-se, no segundo capítulo, as principais alterações trazidas pelo EPD, demonstrando a ruptura com a lógica paternalista e assistencialista que sempre permeou a temática das pessoas com deficiência e, por conseguinte, a assunção da nova perspectiva promocional e emancipatória quanto ao seu tratamento e aos seus direitos. No terceiro item, trata-se, de forma comparativa, do regime das (in)capacidades, evidenciando a presunção da plena capacidade das pessoas com deficiência. Em seguida, nos tópicos quarto e quinto, são diferenciados os conceitos, no âmbito jurídico, de vulnerabilidade, vulneração, vulnerabilidade existencial, vulnerabilidade patrimonial, autonomia e capacidade. Enfim, no sexto capítulo, debruça-se sobre a responsabilidade civil da pessoa com deficiência após a LBI, passando por seus pressupostos e pelo problema da medida da indenização.

2. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD)

A história das pessoas com deficiência¹ é marcada por uma estigmatização social, no sentido de serem tratadas, historicamente, como "aberrações", "anormais", "doentes", sendo, portanto, colocadas sob um véu de invisibilidade. Nessa esteira, é importante compreender que a CDPD e o EPD são fruto de movimentos e lutas sociais dessas pessoas por autonomia, voz ativa e participação na sociedade.

Primeiramente, na perspectiva do modelo da prescindência ou modelo eugenésico, a deficiência era vista sob viés religioso, como um sinal divino de que algo de ruim estava por vir ou como uma mensagem diabólica.² O modelo médico ou modelo da reabilitação, por sua vez, tratava a deficiência como algo patológico, que poderia ser "normalizado" no indivíduo. Nesse sentido, entendia-se a deficiência como um problema individual a ser solucionado através de intervenções médicas.³ Por fim, o

¹ Ao longo do trabalho, adotar-se-á a expressão "pessoa com deficiência" e, não, "deficiente", "excepcional", "pessoa especial", "pessoa portadora de deficiência". Quanto ao último vocábulo explicita-se sua inadequação, tendo em vista que a deficiência não é algo que se pode escolher portar ou não. É uma característica, como qualquer outra, da pessoa humana. Sobre o tema, Sidney Madruga ensina: "[...] 'deficiente' (o fato de se possuir uma ou mais de uma deficiência não significa dizer que se é de 'todo' deficiente) e 'excepcional' (que traz uma ideia mais ligada à deficiência mental aos considerados 'superdotados', e por isso, não abarca todas as espécies de deficiência, além de contrapor-se na linguagem coloquial, ao termo 'normal', quer dizer, se não é 'normal' é 'excepcional', fora do comum, uma forma de exceção)". Nesse sentido, "o adjetivo 'especial', além de não projetar em si qualquer diferenciação, não se constitui numa característica exclusiva das pessoas com deficiência. Ser considerado 'especial', ou uma 'pessoa especial', vale para todos, possuam ou não alguma deficiência". Feitas essas considerações e tendo em vista o poder simbólico da linguagem, pontua-se que a utilização da expressão "pessoa com deficiência" é de suma importância no processo de inclusão e reconhecimento delas enquanto pessoas humanas. Ainda segundo Madruga, "Essas denominações, por evidente, não são estáticas. Evoluem da mesma forma que a sociedade dos homens incorpora novas realidades e valores, a cada época, em relação aos grupamentos que a compõem. Também não significa dizer que a utilização incorreta dos termos em voga traduz-se em eventual predisposição ou preconceito. Isso, contudo, não afasta a importância do uso e da força da linguagem, como instrumento de informação e conhecimento, que possui e sempre terá repercussão na construção social do coletivo e do individual humano que se queira designar". (MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 18-23)

² Sobre o tema, explica Madruga: "O modelo da prescindência considerava que as causas que dão origem à deficiência possuem fundamento religioso, além de que as pessoas são consideradas inúteis por não contribuírem com as necessidades da comunidade, guardam mensagens diabólicas e suas vidas não merecem ser vividas. A sociedade, portanto 'prescinde' dessas pessoas [...]". (MADRUGA, op. cit., p. 18-23)

³ Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida ensinam: "O segundo, que decorre dos padrões científicos da modernidade, designado 'modelo médico', encara a deficiência como condição patológica, de natureza individual. Desse modo, a pessoa deveria ser tratada através de intervenções médicas, ser 'reparada', para tornar-se o quanto possível 'normal'. Esse modelo,

modelo social aborda a deficiência como uma questão social, ou seja, não é um problema de cunho individual, é algo que deve ser tratado por todos, tendo em vista que a deficiência se configura a partir do momento em que são impostas barreiras sociais para o desenvolvimento da pessoa.⁴

A deficiência é, assim, um problema social, que exige intervenções na sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas – são predominantemente sociais. As raízes dos problemas não são as restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas as limitações ou impedimentos impostos pela sociedade que não tem os meios/serviços/instrumentos adequados para que essas pessoas sejam consideradas incluídas na sociedade.⁵

Essa visão, portanto, reflete no conceito de pessoa com deficiência adotado pela CDPD (artigo 1º) e pelo EPD (artigo 2º), qual seja:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (grifos acrescentados)

denominado 'modelo reabilitado', tem como características principais a substituição da divindade pela ciência e a admissão da possibilidade de algum aporte para sociedade por parte da pessoa com deficiência, na medida em que sejam 'reabilitadas' ou 'normalizadas'". (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena et al. (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 14)

⁴ A respeito do tema, frisa-se a existência de críticas ao modelo social provindas do movimento feminista, como se observa na seguinte citação: "Isso, no entanto, não afasta as críticas, de caráter inovador e provocativo, formuladas pelo movimento feminista, no fim dos anos 1990, que passa a questionar algumas das premissas teóricas do modelo social, dentre elas a de que a mera supressão de barreiras poria fim às desvantagens e resultaria numa total independência e pleno desenvolvimento das capacidades individuais. Assim, propôs-se rediscutir o postulado da independência absoluta, que desconsidera a subjetividade das pessoas com deficiência, isto é, fatores como a dor e a profunda depressão ocasionadas entre aqueles com deficiências graves e crônicas como algo preponderante para a autoafirmação e nas relações pessoais e sociais. Então, diante de casos severos de deficiência não bastam que as barreiras arquitetônicas ou de transporte sejam suprimidas, porque isso não trará qualquer forma de independência ou produtividade a essas pessoas, devendo ser estabelecidos concomitantemente outros parâmetros (v.g, éticos e morais) que discutam a questão de vulnerabilidade desse grupo que se encontra em situação ainda mais desvantajosa e menos igualitária. Buscou-se, portanto, levar o debate sobre a deficiência além das questões centradas nas barreiras físicas, para se analisar o real significado da dor e de um corpo com deficiência, o que, por conseguinte, leva a um exame de conceitos como a plena autonomia e capacidade". (MADRUGA, op. cit., p. 37-38)

⁵ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 34.

Dessa forma, aduz-se que a deficiência não é fruto de um sinal religioso e não é algo patológico, que necessite de intervenção médica. É o resultado do contato entre impedimentos pessoais e barreiras impostas pela sociedade, as quais se tornam óbice para o exercício de direitos fundamentais. "Observa-se, assim, que a nova legislação visa a alcançar um número maior de pessoas, não limitando seu alcance a um conceito engessado."⁶

Nessa senda, torna-se importante diferenciar os termos "integração" e "inclusão". O primeiro traduz a ideia de que a pessoa com deficiência poderia participar da sociedade, mas da forma como esta está moldada, tendo aquela que se adaptar para tanto. Ou seja, trata-se novamente a deficiência como uma questão individual. Já a concepção de "inclusão" social denota um movimento da sociedade para se tornar acessível, criando mecanismos para a participação das pessoas com deficiência. Com isso, entende-se a deficiência como fruto da diversidade humana, consagrando-se, pois, um direito à diferença, o que significa a possibilidade de reconhecimento de sua identidade própria.

Nota-se que a vinculação da deficiência às noções de doença, defeito, anormalidade, é socialmente construída e, por conseguinte, arraigada em nossa sociedade. Quanto à presença desses padrões constituídos no âmbito familiar, recorre-se a Solomon⁷:

Devido à transmissão de identidade de uma geração para a seguinte, a maioria dos filhos compartilha ao menos algumas características com os pais. São o que chamamos de identidades *verticais*. Atributos e valores são transmitidos de pai para filho através de gerações, não somente através de cadeias de *DNA*, mas também de normas culturais compartilhadas.

O autor cita, a título exemplificativo, a etnia, geralmente a linguagem e moderadamente a religião. Além das identidades verticais, Solomon afirma que há também o que se denomina de identidade horizontal:

⁶ BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direitos das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 164.

⁷ SOLOMON, Andrew. **Longe da árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 12.

Muitas vezes, porém, alguém tem uma característica inata ou adquirida que é estranha a seus pais e, portanto, deve adquirir identidade de um grupo de iguais. É o que chamamos de identidade *horizontal*. As identidades horizontais podem refletir genes recessivos, mutações aleatórias, influências pré-natais, ou valores e preferências que uma criança não compartilha com seus progenitores. Ser gay é uma identidade horizontal; a maioria das crianças gays tem pais heterossexuais e, embora sua sexualidade não seja determinada por seus iguais, elas aprendem a identidade gay observando e participando de uma subcultura fora da família. A deficiência física tende a ser horizontal, bem como a genialidade. (...) O mesmo acontece com problemas como o autismo e a deficiência intelectual.⁸

Tendo em vista a construção social de padrões, as famílias, em geral, apoiam o florescer das características provindas da identidade vertical e inibem as oriundas da identidade horizontal: "As famílias tendem a reforçar as identidades verticais desde a primeira infância, mas muitas se opõem às horizontais. As identidades verticais em geral são respeitadas como identidade; as horizontais são muitas vezes tratadas como defeitos".⁹ Isso afeta significativamente o desenvolvimento da pessoa humana em sua diversidade e particularidades, atingindo, conseqüentemente, todo o processo de formação da identidade, que constitui direito de personalidade.

Demonstra-se que o caminho indicado pela Convenção e pelo Estatuto precisa ser trilhado, a fim de se romper com essa lógica estigmatizante e excludente no que concerne à pessoa com deficiência. Por isso, tais diplomas normativos tornam premente que o Estado e a sociedade assumam posições ativas para uma real inclusão, de modo a concretizar as premissas do referido modelo social.

Ademais, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi incorporada no Brasil, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988¹⁰, com *status* de emenda constitucional, na forma do Decreto nº 6.949/2009. Desse modo, percebe-se que essa matéria, relativa aos direitos das pessoas com deficiência, é de valor constitucional, ocupando o topo da pirâmide na hierarquia das normas. Isso traz conseqüências jurídicas, tais como:

⁸ Ibidem, p. 12-13.

⁹ Ibidem, p. 15.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Duas consequências decorrem de imediato da qualificação da CDPD como norma constitucional: (i) encontram-se na CDPD as diretrizes primordiais e indispensáveis para a interpretação do EPD; e (ii) as pessoas com deficiência em nenhum momento ficarão ao desamparo, na medida em que estão resguardadas diretamente pela Lei Maior, à qual poderão recorrer diretamente, em caso de afronta a seus direitos.¹¹

Ao se efetuar uma análise comparativa entre a CDPD e o EPD, nota-se que muitas disposições do primeiro diploma são verificadas no EPD como cópia fiel. Com isso, o EPD apresenta função regulamentadora das disposições contidas na CDPD no plano nacional. Além disso, conforme o trecho acima, o EPD e toda temática relativa aos direitos das pessoas com deficiência devem ser interpretados de acordo com os preceitos instituídos na CDPD – como norma de cunho constitucional, sua serventia também se dá no campo interpretativo.

Nesse sentido, rompe-se com a lógica assistencialista até então presente no tratamento das pessoas com deficiência. A questão passa do âmbito da caridade e alcança o patamar de dever jurídico¹², premissa observada, precipuamente, a partir do artigo 8º do EPD¹³, o qual estabelece como dever do Estado, da sociedade e da família garantir o exercício dos direitos fundamentais dessas pessoas, como o direito à vida, à moradia, à sexualidade, à educação, à cultura, ao lazer, ao trabalho, entre outros, o que reafirma o modelo social:

O primeiro, se não o mais importante, efeito da adoção do modelo social consiste em promover a inversão da perspectiva na apreciação da deficiência, que deixa de ser uma questão unilateral, do indivíduo,

¹¹ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**, 2018, p. 31.

¹² Sobre isso, Santos cita: "A proteção social das pessoas com deficiência passou a integrar as normas constitucionais no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Antes disso, as políticas e as ações de proteção e cuidado às pessoas com deficiência situavam-se na esfera do assistencialismo [...]". (SANTOS, Wederson Rufino dos. *Pessoas com Deficiência: nossa maior minoria*. Rio de Janeiro: **Revista de Saúde Coletiva**, 2008, p. 503)

¹³ Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

para ser pensada, desenvolvida e trabalhada como relação bilateral, na qual a sociedade torna-se efetivamente protagonista, com deveres jurídicos a cumprir.¹⁴

Rompe-se, também, com a lógica paternalista, ao garantir às pessoas com deficiência o exercício da liberdade, que pode ser vislumbrada no exercício, por exemplo, da autonomia e da autodeterminação¹⁵, em igualdade com as demais pessoas e sem qualquer tipo de discriminação. "Deste modo, as normas reguladoras e garantidoras de direitos ao ser humano mostram-se essenciais para que suas vidas sejam realmente dignas".¹⁶ As pessoas com deficiência saem do manto da invisibilidade e assumem o papel de protagonistas de suas respectivas vidas. A garantia de seus direitos fundamentais é fruto de um processo em, primeiro, reconhece-se a igualdade não só formal, mas também a substancial e, por conseguinte, faz-se um movimento de verdadeira inclusão social, consagrando o já referido direito à diferença. A respeito disso, recorre-se a Sales e Sarlet¹⁷:

Convém lembrar que a concretização do direito à igualdade somente se aperfeiçoa, na medida em que se contempla na mesma medida o direito à diferença e, no que tange às pessoas deficientes, deve se falar igualmente do direito de inclusão. Pois o direito à inclusão é, na contemporaneidade, a consequência natural do amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais e, daí a sua afirmação deve ser pluridimensional no intuito de alcançar a máxima efetividade.

Todas essas transformações – sociais e jurídicas – ensejaram o redimensionamento da pessoa com deficiência na sociedade e nas diversas áreas de suas

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência**: novos rumos na proteção dos vulneráveis, 2017, p. 17.

¹⁵ "En este sentido se debe trabajar más en la sensibilización de las propias personas en situación de discapacidad, para que desde ellas se promueva el paso de un modelo asistencialista a uno de Derechos y Autonomía". (MERELLO, Andre Rojas; LABBE, Claudia Verdugo; MELO, Sofia Trancoso. Los servicios de apoyo para la vida independiente desde una perspectiva de derecho y autonomía: una experiencia de Senadis. In: **Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos**, Vol 1 (2), 2017, p. 58)

¹⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O direito de ser e a Lei Brasileira de Proteção aos deficientes. In: PEREIRA, Tânia da Silva et al. (coord.). **Cuidado e o Direito de Ser: Respeito e Compromisso**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018, p. 108.

¹⁷ SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade da Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direitos das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 155-156.

vidas. A CDPD e o EPD consagram o citado direito à diferença, que promove um processo dialógico com o outro, no qual é possível que cada um se transforme a partir do reconhecimento do outro como pessoa humana.¹⁸ Como afirma Cleuzilaine Silva, "Nessa relação com o *outro*, com o desconhecido, o diferente, é possível situar a relação dialógica e de alteridade no processo interacional que constitui o *eu* e outro como sujeitos".¹⁹

3. O REGIME DE (IN)CAPACIDADES

Neste tópico, analisar-se-á, de forma comparativa, as disposições legais relativas ao regime das (in)capacidades no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, antes e depois do EPD. De início, é preciso entender o conceito de capacidade jurídica:

A capacidade jurídica é dividida em *capacidade de direito* (também dita de *aquisição* ou de *gozo*) e *capacidade de fato* (chamada de *capacidade de exercício*). Aquela (a capacidade de direito) é reconhecida indistintamente a todo e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica. Se é pessoa, tem personalidade (CC, art. 1) e, conseqüentemente, pode titularizar relações jurídicas – o que significa dizer: tem capacidade de direito. A outro giro, a *capacidade de fato* é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os variados atos jurídicos da vida civil. Ilustrando a matéria, percebe-se que uma criança com oito anos de idade possui capacidade de direito (que é a potencialidade de ser titular de relações jurídicas), embora não disponha de capacidade de fato, não lhe sendo possível praticar *pessoalmente* qualquer ato jurídico. Assim, convém notar que a capacidade de fato presume a capacidade de direito, mas a recíproca não é verdadeira. Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem, a outro giro, a capacidade de fato.²⁰

¹⁸ Nesse sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357 – Distrito Federal, o Ministro Edson Fachin cita em seu voto o seguinte trecho: "[...] conviver com a diferença não é direito dos diferentes apenas; é direito nosso, da maioria, de poder conviver com a minoria; e aprender a desenvolver tolerância e acolhimento". (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 09/06/2016)

¹⁹ SILVA, Cleuzilaine Vieira da. O processo de interação entre os sujeitos surdos e o os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin. In: FREITAS, Maria Teresa de Assunção; RAMOS, Bruna Sola da Silva. **Bakhtin Partilhado**. Curitiba: CRV, 2017, p. 110.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. Salvador: Ed. JusPodvim, 2018, p. 962.

Farias e Rosenvald²¹ evidenciam a utilidade dessa diferenciação quando se trata de situações jurídicas patrimoniais. Entretanto, para as situações de cunho existencial, tal distinção classificatória não tem valia, partindo-se do pressuposto de que, quanto aos interesses existenciais, qualquer pessoa humana pode exercê-los, tendo em vista, precipuamente, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988). Além disso, na esfera existencial essa distinção não se mostra pertinente devido à impossibilidade de cisão entre a titularidade e o exercício de direitos.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise comparativa da evolução das previsões normativas acerca do regime das incapacidades:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002	Código Civil de 2002 após o EPD de 2015
<p>Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - Os menores de dezesseis anos.</p> <p>II - Os loucos de todo o gênero.</p> <p>III - Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.</p> <p>IV - Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p>
<p>Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).</p> <p>II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.</p> <p>III - Os pródigos.</p> <p>IV - Os silvícolas.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p>

²¹ Ibidem, p. 927.

Percebe-se que, no Código Civil de 1916, pela leitura do artigo 5º, incisos II e III, sob a denominação de "loucos de todo gênero" e "surdos-mudos", as pessoas com deficiência eram tidas como absolutamente incapazes.²² Já no Código Civil de 2002, antes do advento do EPD, as pessoas com deficiência não mais eram consideradas, taxativamente, como absolutamente incapazes, podendo também ocupar a posição de relativamente incapazes. Nesse processo, afirma-se que o critério para definir a capacidade do sujeito passou a ser o grau de discernimento.²³ Desse modo: "As codificações civis de 1916 e 2002 tolhiam qualquer autonomia e independência às pessoas com deficiência, que se viam condicionadas às decisões adotadas pelo curador".²⁴

Com a promulgação do EPD, os supracitados artigos 3º e 4º foram modificados. Absolutamente incapazes são somente aqueles menores de 16 (dezesesseis) anos, ou seja, institui-se a presunção da plena capacidade das pessoas com deficiência. Caso seja necessário, aquela pessoa poderá ser considerada relativamente (in)capaz, ou com "capacidade restringida"²⁵, conforme artigo 4º, inciso III, do CC/2002, para efeito de constituição de curatela. Assim, a incapacidade relativa, na atual dogmática, é definida pela impossibilidade de expressão da vontade.²⁶

²² De acordo com as lições de Hirata e Lima: "Pela leitura atenta dos dispositivos legais infere-se que os fatores objetivos para o reconhecimento da falta de aptidão dos indivíduos para a prática dos atos da vida civil eram a idade do sujeito e seu estado de saúde". (HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de. Teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: SILVA, Marcelo Rodrigues da; FILHO, Roberto Alves de Oliveira (coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência – reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador: JusPodvim, 2018, p. 87)

²³ Como afirma Heloisa Helena Barboza: "O CC/2002 substituiu os loucos de todo gênero – de modo discriminatório – por enfermos e deficientes mentais, e vinculou sua capacidade ao discernimento e ao grau de desenvolvimento mental". (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**, 2018, p. 62)

²⁴ HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de, op. cit., p. 115.

²⁵ Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes, "não podemos cogitar repetir que a pessoa com deficiência sob curatela seja incapaz. Até mesmo para evitar os estigmas que o regime das incapacidades produziu ao longo da história, optamos por utilizar a expressão pessoa com capacidade restringida". (MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Impactos do Novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 201)

²⁶ Apesar de o artigo 4º, inciso III, do Código Civil de 2002, após as mudanças advindas do EPD, empregar a expressão "impossibilidade de expressão da vontade", isso deve ser ponderado, já que se trata de uma capacidade restringida para determinado ato e isso não significa que a pessoa não terá autonomia para expressar sua vontade e trilhar seu próprio caminho, como será explicado à frente.

Tais mudanças causam significativo impacto na estrutura do regimes das (in)capacidades e evidenciam um processo histórico no tratamento das pessoas com deficiência. Como se observa na redação dos artigos do Código Civil de 1916, a denominação "loucos de todo gênero" e "surdos-mudos" tinham uma perspectiva discriminatória desses indivíduos, explicitando também desconhecimento do que, até então, não se encaixava no "padrão" de ser humano. Assim, essas alterações legais refletem um movimento social das pessoas com deficiência pela inclusão, por sua autonomia e autodeterminação, culminando na presunção de sua plena capacidade.

Quando se investiga o fundamento para a elaboração de uma teoria das (in)capacidades, aduz-se, pelo momento histórico – liberalismo –, que o regime anterior foi moldado sob a lógica patrimonialista, desconsiderando a pessoa humana no seu aspecto existencial. Nesse sentido, pontuam Menezes e Teixeira²⁷:

A função do regime das incapacidades é a proteção daqueles que não têm condições de transitar na vida civil de forma autônoma. Sua finalidade precípua, dado o momento de criação (época do liberalismo), foi o resguardo do incapaz no trânsito jurídico patrimonial, para sua proteção nos negócios praticados, oferecendo maior segurança às relações jurídicas, o que ocorreu também no Brasil.

Percebe-se que, sob essa perspectiva mercadológica, de segurança jurídica patrimonial, as pessoas com deficiência eram consideradas absolutamente incapazes. Entretanto, partindo da premissa de que o curador passava a representar o curatelado em todos os atos da vida civil, com base no modelo de substituição de vontade, havia uma anulação da pessoa com deficiência enquanto pessoa, uma vez que o curador tomava decisões que afetavam a subjetividade e a pessoalidade desses indivíduos.

E enquanto meros objetos de proteção, o conjunto de seus direitos de personalidade era ameaçado ou integralmente sonegado. Não tinham o reconhecimento de sua autonomia sequer para o trato de questões existenciais, tampouco se viam respeitadas em sua privacidade, imagem ou integridade psicofísica. Por meio de uma carta branca para substituir a vontade do curatelado em todos os atos da vida civil, o curador se imiscuia em assuntos existenciais e se via com poder para decidir sobre doações de órgãos e sobre esterilização sem qualquer parcimônia, a título de exemplo.²⁸

²⁷ Ibidem, p. 183.

²⁸ Ibidem, p. 191-192.

Dessa forma, retirar a pessoa com deficiência da categoria de absolutamente incapaz e, *a priori*, da categoria de relativamente incapaz, evidencia um avanço no sentido de considerar que as deficiências são múltiplas e que elas não vão atingir os indivíduos de forma homogênea. Assim, um tratamento jurídico generalizante, enquadrando essas pessoas, necessariamente, como absoluta ou relativamente incapazes, não traduz as várias nuances da realidade. Hoje, faz-se necessária a elaboração de vários e particulares estatutos de proteção, abarcando a pluralidade e a complexidade do ser humano. Ademais, revela um movimento social pela inclusão e não pela mera integração dessas pessoas na sociedade, consagrando-se o direito à diferença.²⁹ Nessa esteira, a capacidade passa a ser um direito humano, não definida

²⁹ Importante destacar o Projeto de Lei nº 757 do Senado Federal, que elucida, entre outros pontos: Art. 4º O inciso II do art. 3º, o inciso II e o parágrafo único do art. 4º, o inciso I do art. 1.548 e os arts. 1.767, 1.769, 1.772 e 1.777 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 3º (...) II – os que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; (...) (NR)". Ou seja, uma das pretensões desse projeto de lei é reconstruir a possibilidade de pessoas com deficiência serem consideradas como absolutamente incapazes. Nesse sentido, na justificativa desse projeto, tem-se: "Nesses casos, a pessoa não tem condição alguma de exprimir sua vontade, de maneira que jamais poderia ser considerada relativamente incapaz, dada a sua impossibilidade de praticar atos da vida civil sob assistência. Por essa razão, essas pessoas devem ser consideradas absolutamente incapazes, como sucede atualmente, para que possam ser representadas na defesa de seus interesses." Valendo-se de um viés argumentativo protetivo para as pessoas com deficiência, os senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim sugerem que a incapacidade absoluta possa ser aplicada, novamente, para pessoas maiores. Ademais, em consulta pública realizada, 54% (cinquenta e quatro por cento) das pessoas votaram "sim" para a implementação do projeto e 18% (dezoito por cento) dos participantes da pesquisa responderam "não" quanto à implementação dele. Isso demonstra, mais uma vez, a cultura assistencialista e paternalista envolta na temática das pessoas com deficiência e a dificuldade social de aceitar os diferentes modos de vida e o fato de que todos os seres humanos correm risco ao viverem, que cada um tem o direito a traçar e a escolher o seu caminho, tendo em vista o seu respectivo entendimento do que é bom. Atualmente, verifica-se que o Senado Federal, com emenda substitutiva, aprovou tal projeto, sendo o destino dele a Câmara dos Deputados. Por fim, em relação a este referido projeto de lei, cita-se: "O retorno da redoma da incapacidade absoluta significa evidente retrocesso, por impor uma 'repatrimonialização' do Direito Civil pela via da interpretação do princípio da segurança jurídica, como a perpetuação dos institutos patrimoniais clássicos – forjados para a realidade socioeconômica e política dos dois últimos séculos – em detrimento da ressignificação do conceito de segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, cujo norte no Direito Privado é a edificação de um sistema de direito em que se funcionalizem os modelos jurídicos tradicionais em prol da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana". (ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019A, p. 314)

apenas como consequência jurídica da personalidade, de acordo com as lições de Rosenvald³⁰:

Com efeito, o conceito atual de capacidade transcende os contornos de sua qualificação como "atributo da personalidade", própria da doutrina civilista tradicional, configurando-se como verdadeiro direito humano. O direito ao igual reconhecimento como pessoa diante da lei evidencia que a capacidade jurídica é um atributo universal inerente a todas as pessoas em razão de sua condição humana e deve ser preservada para as pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. Ela é indispensável para o exercício de direitos civil, políticos, econômicos, sociais e culturais e adquire uma importância especial para as pessoas com deficiência quando devem tomar decisões fundamentais com respeito a sua saúde, educação e trabalho.

Com isso, nota-se que a capacidade não é mais óbice para o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência enquanto sujeitos humanos, garantindo que elas exerçam seus direitos fundamentais. "Não se pode mais é admitir que a capacidade civil se posicione como uma barreira institucional tendente a ampliar o quadro de desigualdade e a obstar o gozo dos direitos humanos, fundamentais e de personalidade"³¹.

Em relação a essas mudanças, não se pode olvidar do artigo 6º do EPD, que consagra a desvinculação dos conceitos de deficiência e capacidade:

Art. 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 família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.³²

³⁰ Ibidem, p. 312-313.

³¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, op. cit., p. 193.

³² Pontua-se que este artigo tem seu embasamento no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que enuncia: Artigo 12.1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com

Frisa-se que essa mudança no tratamento jurídico das pessoas com deficiência não significa deixar de protegê-las, como ensinam Barboza e Almeida: "O reconhecimento da plena capacidade jurídica não significa ausência de proteção, que é necessária e devida às pessoas com deficiência, na medida das peculiaridades de cada caso, do mesmo modo que se protegem todas as pessoas vulneradas".³³ Assim, há, na verdade, uma alteração significativa no modo de vislumbrar a deficiência, percebendo-se que não é substituindo a vontade e colocando um véu de invisibilidade nelas que o ordenamento jurídico consagrará o princípio da solidariedade: "De este modo, es preciso garantizar a todas las personas con discapacidad, con independencia de su concreta deficiencia, el derecho a la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio), para decidir donde, como y con quién vivir".³⁴ É dever do Estado, da sociedade e da família fornecer um sistema de apoios, de modo que as pessoas com deficiência possam, além de serem protegidas, serem emancipadas e empoderadas a escreverem sua própria biografia.

4. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE

deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

³³ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vítor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**, 2018, p. 65.

³⁴ TESÓN, Inmaculada Vivas. Capacidad jurídica y sistema de apoyos tras la convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 67.

No presente trabalho, é de suma importância compreender o conceito de vulnerabilidade³⁵ e se este influi no instituto da responsabilidade civil, quando o agente causador do dano for pessoa com deficiência maior, não curatelada. Ocorre que o conceito de vulnerabilidade é complexo dentro do campo do Direito, fazendo-se necessário compreender algumas distinções. Para tanto, recorre-se à diferenciação entre os conceitos de vulnerável (vulnerabilidade) e de vulnerado (vulneração), segundo Heloisa Helena Barboza:

Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhes é inerente.³⁶

(...) Na verdade, o conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*), "que pode ser ferido", de *vulnerare*, "ferir", de *vulnus*, "feridas") refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente ser "vulnerado" em situações contingenciais. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos. Determinados seres vivos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou *vulnerados*.³⁷

Dos trechos acima transcritos, extraem-se algumas premissas: a primeira, no sentido de que todo ser humano é vulnerável, ou seja, a vulnerabilidade é condição universal de qualquer indivíduo³⁸, visto que todos podem ser feridos; por isso, é denominada vulnerabilidade primária; e a segunda, no sentido de que ser vulnerado

³⁵ Nas palavras de Konder: "No entanto, a proliferação das referências, em contextos e com significados diversos, gera o receio de uma superutilização da categoria, que lhe venha a esvaziar o conteúdo normativo. A falta de cuidado na definição de seus contornos científicos arrisca banalizar sua invocação, transformando-a de importante instrumento jurídico de alteração da realidade em mera invocação retórica, sem força normativa efetiva [...]". (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, 2015, p. 102)

³⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

³⁷ Ibidem, p. 110.

³⁸ Nesse sentido, cita-se: "Pois mesmo o antônimo do vocábulo 'vulnerável' só pode qualificar aquele que se encontra em uma situação em que sua vulnerabilidade foi colocada entre parênteses; ele não poderá jamais qualificar aquele que se encontra em uma situação em que sua vulnerabilidade existencial teria sido suprimida, isso constituiria uma contradição nos termos. Pois nós só poderemos ser parcialmente invulneráveis. Na condição de pessoas humanas, nós teremos sempre um 'ponto fraco', um 'calcanhar de Aquiles', que pode causar até nossa morte. A vulnerabilidade é, então, inerente à condição humana". (MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. In: **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, 2017, p. 644)

significa que, mais do que ter a possibilidade de ser ferido, a pessoa está inserida em uma situação contingencial na qual não consegue desenvolver suas potencialidades e habilidades, sendo, muitas vezes, excluída e estigmatizada na sociedade, o que se denomina vulnerabilidade secundária.³⁹

Observa-se que a vulneração denota uma posição, um estado em determinada situação:

O adjetivo pode qualificar aquele que pode ser ferido, afetado, atingido (por um mal físico), bem como ele pode exprimir a qualidade daquele que pode ser facilmente atingido (abstrata ou moralmente) ou que mal se defende (diz-se, por exemplo, que a inexperiência torna “vulnerável”). Aquilo que é preciso reter em nossa perspectiva é que “vulnerável” não é ter alguma “fraqueza”. Mais do que um ser atingido por uma tal “deficiência”, o emprego do termo serve para qualificar um ser que se encontra em uma *situação* ou *posição*.⁴⁰

Com isso, chega-se à conclusão de que a vulnerabilidade é algo inerente à condição do ser humano, diferentemente da vulneração, situação na qual o sujeito pode não estar, já que se trata de uma questão social e não individual, nos moldes do modelo social. Afirma-se, pois, que a vulnerabilidade e a vulneração exigem tutelas distintas. Por ser a vulnerabilidade inerente à condição humana, o ordenamento jurídico apresenta uma tutela geral, a saber, a cláusula geral da dignidade humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988). Em contrapartida, o estado de vulneração é contingencial, exigindo, pois, uma tutela específica. Ilustra Heloisa Helena Barboza⁴¹:

³⁹ Para melhor entender o significado dos termos vulnerável e vulneração, recorrer-se-á aos trabalhos a respeito da bioética da proteção, através da qual alude-se a Schramm: "Historicamente, um princípio moral de proteção está implícito nas obrigações do Estado, que deve proteger seus cidadãos contra calamidades, guerras etc., chamado também de Estado mínimo. Entretanto, poderia muito bem ser chamado de Estado protetor, pois parece intuitivamente compreensível que todos os cidadãos não conseguem se proteger sozinhos contra tudo e todos, podendo tornar-se suscetíveis e até vulnerados em determinadas circunstâncias. Mas, neste caso, devemos distinguir a mera vulnerabilidade – condição ontológica de qualquer ser vivo e, portanto, característica universal que não pode ser protegida – da suscetibilidade ou vulnerabilidade secundária (por oposição à *vulnerabilidade primária* ou *vulnerabilidade em geral*). Ademais, os suscetíveis podem tornar-se vulnerados, ou seja, diretamente afetados, estando na condição existencial de não poderem exercer suas potencialidades (*capabilities*) para ter uma vida digna e de qualidade. Portanto, dever-se-ia distinguir graus de proteção de acordo com a condição existencial de vulnerabilidade, suscetibilidade e vulneração, o que pode ser objeto de discussões infundáveis sobre como quantificar e qualificar tais estados existenciais". (SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. In: **Revista Bioética**, 2008, p. 20)

⁴⁰ MELKEVIK, Bjarne, op. cit., p. 643.

⁴¹ BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., p. 111.

Justificam-se por mais essa razão, plenamente, a *tutela geral* (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as relações, especialmente as de natureza existencial, e a *tutela específica* (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade, ou já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana.

Nesse sentido, transpondo os ensinamentos de Heloisa Helena Barboza para o tema das pessoas com deficiência, observa-se que o EPD, com fundamento na Convenção de Nova Iorque, é a ferramenta que visa à garantia da tutela específica dessas pessoas.⁴² Ou seja, diante da situação de vulneração das pessoas com deficiência, foi elaborado este diploma normativo com o intuito de que os sujeitos com deficiência possam exercer seus direitos e seus deveres, possuindo igualdade de condições para tal.⁴³ E mais, o Estatuto garante a autodeterminação das pessoas com deficiência, desvinculando o tema de uma lógica paternalista. Assim, conclui-se que reconhecer que determinadas pessoas são vulneradas não significa tratá-las sob uma perspectiva assistencialista e, sim, fornecer instrumentos para que elas possam viver com dignidade.

Feita essa distinção entre vulnerabilidade e vulneração, cabe analisar, com base nos estudos de Carlos Nelson Konder, a diferença entre vulnerabilidade existencial e vulnerabilidade patrimonial:

A partir dessas premissas, a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do

⁴² Nessa senda, nota-se que a elaboração de estatutos é técnica legislativa que visa à consagração de uma normativa acerca de pessoas determinadas, consideradas nos seus respectivos contextos fáticos, o que se coaduna com o viés do Direito Civil atualmente, ou seja, com a lógica de se considerar sujeitos concretos, a partir de uma perspectiva personalista e solidária. Assim, afirma Almeida: "Mira-se na confecção dos Estatutos não mais o sujeito genérico e abstrato, mas o cidadão comum, com suas demandas específicas em certas vulnerabilidades". (ALMEIDA, Vítor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 121)

⁴³ Em virtude disso, Barboza demonstra: "Portanto, faz-se mister focalizar nesses indivíduos vulnerados, a fim de que possam sair dessa situação de vulneração, o que é feito fornecendo-se a proteção necessária para o desenvolvimento de suas potencialidades". (BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., p. 111)

ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a responsabilidade, com a imposição da obrigação de indenizar.⁴⁴

Assim, a vulnerabilidade patrimonial teve maior relevância por bastante tempo, uma vez que os preceitos do direito oitocentista eram pautados pela lógica patrimonialista, valorizando-se o tripé propriedade, contrato e família. Entretanto, dada maior ênfase à pessoa humana pela ordem constitucional vigente, deve-se considerar, também e sobretudo, a esfera extrapatrimonial, existencial, dos indivíduos, inclusive no seu contexto social. Dessa forma, é possível perceber que determinado sujeito pode ser vulnerável no âmbito existencial e não o ser no âmbito patrimonial e vice-versa. Ademais, observa-se que a vulnerabilidade existencial e a vulnerabilidade patrimonial evocam diferentes tutelas e, por conseguinte, diferentes mecanismos jurídicos. Nesse sentido, com razão assevera, mais uma vez, Konder⁴⁵:

Mais importante, portanto, do que o esforço de construir ou requalificar tipos padrão de vulnerabilidade é criar e sistematizar instrumentos jurídicos próprios e adequados à tutela das situações existenciais, uma vez que a maior parte do instrumental existente foi moldado para as situações patrimoniais.

Em suma, a pessoa com deficiência é vulnerável, é vulnerada, possui vulnerabilidade existencial e pode ou não ter vulnerabilidade patrimonial. Explicando melhor: dado que a pessoa com deficiência é ser humano, logo, é vulnerável; considerando suas limitações, associadas a todas as barreiras sociais, entre elas dificuldades de acessibilidade física, comunicacional, empregabilidade, educação⁴⁶, entre outras, as pessoas com deficiência ainda estão em situações em que a vulnerabilidade é potencializada, por isso, são vulneradas; e, por fim, considerando os obstáculos sociais no que tange à inclusão da pessoa com deficiência, nota-se que a dignidade desses sujeitos é atingida em pelo menos algum de seus substratos –

⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial**: por um sistema diferenciador, 2015, p. 105.

⁴⁵ Ibidem, p. 106-107.

⁴⁶ Conforme destaca Madruga: "Às pessoas com deficiência são reservadas as taxas de pobreza mais elevadas, piores níveis de saúde e escolaridade e menor participação econômica, em decorrência, principalmente, das barreiras de acesso aos serviços que se entendem básicos: saúde, educação, emprego, transporte e informação". (MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 31)

integridade psicofísica, solidariedade, igualdade ou liberdade⁴⁷, configurando, pois, a citada vulnerabilidade existencial. Todavia, a pessoa com deficiência, apesar de ser vulnerável na esfera existencial, pode não o ser na esfera patrimonial, isto é, pode não ocupar uma posição patrimonialmente inferior, quando não houver ameaça de lesão ao seu patrimônio⁴⁸, mormente ao seu mínimo existencial. Não é possível criar uma generalização de que toda pessoa com deficiência tem vulnerabilidade patrimonial.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame da concepção de autonomia, outro conceito importante para, posteriormente, avaliar-se a responsabilidade civil das pessoas com deficiência.

5. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE AUTONOMIA

A concepção de autonomia remete à possibilidade de o indivíduo poder escrever sua biografia, fazendo escolhas que implicam na construção de sua trajetória.

Trata-se de desempenhar a possibilidade que qualquer indivíduo ("auto" = "eu") detém para fazer suas próprias leis ("nomos" = "lei"). Em outras palavras, a autonomia que se faz referência aqui diz respeito à capacidade que tem um indivíduo de forjar, ele mesmo, sua própria normatividade em função daquilo que ele considera que deve orientar sua vida. Isso significa, portanto, um processo de construção de "consciência". Assim, a autonomia se manifesta na lucidez que pressupõe o ato de criação de uma tal normatividade pessoal.⁴⁹

⁴⁷ Acerca do conceito de dignidade humana, adota-se o conceito apresentado por Maria Celina Bodin de Moraes, a qual defende que o substrato material da dignidade constitui-se nos seguintes princípios jurídicos: igualdade, integridade física e moral – psicofísica –, liberdade e solidariedade. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.85-86). Dessa forma, partindo-se da lógica instituída pela Constituição Federal de 1988, a pessoa humana deve estar na centralidade do ordenamento, de modo que a ofensa a um desses referidos corolários representa, por conseguinte, ofensa à cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

⁴⁸ Vale salientar que não se está desconsiderando que são verificadas elevadas taxas de pobreza em relação às pessoas com deficiência, de acordo com Madruga: "Está-se diante de um verdadeiro *círculo vicioso e que deve ser rompido*. A desnutrição infantil, por exemplo, pode ter como consequência uma deficiência, que, por sua vez, se apresenta como obstáculo ao acesso à educação, que gera falta de formação escolar e redundante, mais adiante, em escassez ou falta de emprego. Este último fator causa mais pobreza para a pessoa com deficiência e seus familiares, o que lhes impossibilita o acesso à alimentação, saúde e moradia adequadas, e a partir daí o círculo recomeça...". (MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 33)

⁴⁹ MELKEVIK, Bjarne, op. cit., p. 647.

Isso significa que cada indivíduo tem o direito de se autogovernar, autodeterminar, vivenciando experiências e construindo sua própria história. Assim, percebe-se que, remetendo ao conceito de dignidade humana adotado no presente trabalho⁵⁰, o exercício da autonomia associa-se ao corolário da liberdade.⁵¹ Por outro ângulo, considerado o substrato da solidariedade, associa-se o exercício da autonomia ao contexto social no qual a pessoa se insere. Desse modo, na perspectiva dos modelos da prescindência e médico, que se mostram hoje ultrapassados, por considerarem as pessoas com deficiência fora dos padrões de "normalidade", essas tinham suas vontades substituídas, ou melhor, tinham suprimido o direito de escrever sua história. Nessa senda, as pessoas julgadas capazes, pautadas por seus valores e até vontades, definiam o destino das pessoas com deficiência.

O EPD, inspirado nos valores instituídos pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, rompe com essa lógica, instituindo em seu artigo 1º:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Associado a esse artigo, cita-se o artigo 758 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/20015): "Art. 758. O curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito." Esses dois dispositivos consagram o que Almeida denomina como "cláusula geral de promoção da autonomia e inclusão da pessoa com deficiência".⁵² Nesse sentido, por mais que a pessoa tenha deficiência, no caso, mais especificamente intelectual ou psíquica, deve-se primar por sua autonomia, isto é, a possibilidade de desenvolver sua personalidade, realizando-se no âmbito existencial.⁵³

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, 2003, p. 85-86.

⁵¹ A corroborar o exposto, "Pode-se entender, também que, como exercício da liberdade e da responsabilidade, a autonomia constitui formalmente uma expressão de máxima grandeza e de dignidade humana e se manifesta na capacidade de os seres humanos poderem fazer escolhas racionais." (ANJOS, Márcio Fabri de. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**, vol. 2. Número 2, 2006, p. 178)

⁵² ALMEIDA, Vitor, op. cit., p. 197.

⁵³ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes: "O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar sem interferências de qualquer gênero, as

5.1 A relação entre os conceitos de vulnerabilidade e de autonomia

É relevante para a problemática que se busca enfrentar, afeta à responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, a relação entre os conceitos de vulnerabilidade⁵⁴ e de autonomia. Em um primeiro plano, é possível afirmar que a pessoa com deficiência é vulnerada e autônoma. Como bem explica Anjos⁵⁵:

A vulnerabilidade é um conceito necessário para que o próprio conceito de autonomia possa se dar sob a razão crítica. A ocultação da vulnerabilidade tem uma incidência sobre o próprio sujeito que se imagina autônomo. Ao contrário, levando a sério a vulnerabilidade, o sujeito elabora suas decisões tendo em conta os limites e condicionamentos de sua própria liberdade. Isto significa que o reconhecimento da vulnerabilidade tem uma função metodológica no próprio estabelecimento da autonomia. Quando, por exemplo, se pesquisa sobre procedimentos profissionais com doentes mentais e em centros de terapia intensiva, é preciso considerar não apenas a vulnerabilidade dos doentes, mas, também, a dos próprios profissionais ali atuantes.

Com isso, reconhecer a própria vulnerabilidade, ou melhor, a vulneração é importante para a promoção da autonomia, uma vez que, ao considerar e ter considerada sua situação fática, o indivíduo sente-se circunstanciado para tomar suas próprias decisões. Isso não representa, de maneira alguma, um conformismo com o contexto contingencial de vulneração. Na verdade, (re)conhecer sua própria condição é a chave para se alterar a realidade. Nessa esteira, quando a pessoa com deficiência tem ciência de seu estado de vulneração no que tange, por exemplo, à falta de inclusão nos ambientes laborais ou à falta de acessibilidade física e comunicacional, surge a possibilidade de, apoiada no aparato normativo – como o EPD –, ter voz ativa não só para transformar sua própria história, mas também para alterar positivamente o cenário atual, que ainda é de exclusão e marginalização.⁵⁶

próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier". (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, 2003, p. 107)

⁵⁴ O termo "vulnerabilidade" não remete apenas ao vulneráveis, mas também aos vulnerados.

⁵⁵ ANJOS, Márcio Fabri de, op. cit., p. 183.

⁵⁶ Assim, faz-se crucial apostar na capacidade de as pessoas com deficiência, com o devido sistema de apoios, desenvolverem-se, desconstruindo a lógica estigmatizante que permeia essa temática. Portanto, alude-se: "Poderíamos relatar outros tantos casos de pessoas que conviveram com o prognóstico de deficiência mental, mas que frente a diferentes circunstâncias de vida construíram outro caminho de desenvolvimento. Pessoas que não caíram nas armadilhas sociais

Em sentido diverso, sob o argumento protetivo, ou melhor, paternalista, ser vulnerável e vulnerado não significa propriamente uma restrição da autonomia da pessoa com deficiência, pois essa perspectiva apenas projeta valores pessoais sobre o conceito do que é "bom", "melhor"⁵⁷ para a pessoa com deficiência, sem escutá-la:

Mesmo escolhas tidas como erradas ou repugnantes aos olhos da maioria são, na verdade, cruciais na afirmação da autonomia pessoal uma vez que apenas por tentativa e erro agentes morais podem encontrar os valores que realmente constituem suas concepções de boa vida. Desse modo, o respeito pela liberdade individual é condição necessária para que as pessoas humanas possam realizar e promover abertamente seus valores e suas crenças sem medo de serem corrigidas.⁵⁸

A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi fruto de um trabalho internacional conjunto, com plena e ativa participação das próprias pessoas com deficiência. Inclusive, nesse contexto, foi consagrado o lema: "Nada sobre nós, sem nós". Assim, deve-se afastar posturas paternalistas que, ao tentarem proteger as pessoas com deficiência, acabam ceifando o exercício da autonomia. A relação desses conceitos, na verdade, não deve ser de anulação e, sim, de complementação, conforme os ensinamentos de Almeida⁵⁹:

Enquanto que o conceito de vulneração se aplica a determinadas pessoas ou população específicas que, por contingências adversas à própria vontade, não possuem os meios necessários para a superação das barreiras impostas, e que, portanto, são, em regra, ameaçadas e estigmatizadas na sociedade, além de invocar posturas paternalistas que reduzem ou eliminam a autonomia do sujeito vulnerado.

e não aceitaram o estigma de 'deficiente', mas, ao contrário, buscaram desenvolver-se a partir de interações estabelecidas em seus grupos e também a partir das condições materiais de vida". (SÁ, Maria Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro. Autonomia e vulnerabilidade: uma análise biojurídica sobre o discernimento dos portadores de Síndrome de Down. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 282)

⁵⁷ A respeito do tema recorre-se a Freire de Sá e Barbosa: "Autonomia significa autogoverno. Significa que quem a detém pode decidir sobre a própria vida no contexto, inclusive, de sua integridade psicofísica e das suas relações sociais. Quando falamos em autonomia, imediatamente, vislumbramos a tomada de decisões daquilo que seja 'bom' para cada um". (SÁ, Maria Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro, op. cit., p. 290). E mais: "Enfim, há diferentes maneiras de se viver, principalmente hoje, que não há mais um *ethos* comum a definir, para nós, o que é bom." (Ibidem, p. 291)

⁵⁸ ALMEIDA, Vitor, op. cit., p. 148.

⁵⁹ Ibidem, p. 119.

Viver implica riscos, aos quais todos estão sujeitos. Inclusive de errar, falhar ou escolher um caminho diferente faz parte da própria construção do ser humano. Ser vulnerável e vulnerado não é óbice para ser também autônomo. É preciso que as pessoas, mesmo com barreiras sociais, sejam independentes, livres e empoderadas, construindo, pois, seus próprios caminhos.

5.2 A relação entre os conceitos de autonomia e de capacidade

Para se compreender a relação entre os conceitos de autonomia e de capacidade, mais uma vez recorre-se à atenta observação de Almeida⁶⁰:

O exercício da autonomia privada, contudo, apesar de não se confundir com a capacidade civil, a ela se vincula, na medida em que a sujeição do indivíduo ao regime de incapacidade, na forma da lei, restringe à atuação do ser na vida de relações, tolhendo-o da prática de diversos atos civis. A capacidade se relaciona com a autonomia, eis que aquela permite o exercício desta, sem eclipsar as vontades, preferências e desejos das pessoas.

O autor demonstra que os conceitos de capacidade e autonomia se interligam na medida em que a plena capacidade implica no exercício da autonomia sem restrições. Entretanto, evidencia-se também que a concepção de autonomia não se esgota na de capacidade:

Nestes termos, a dissociação entre autonomia e capacidade é relevante para assegurar as vontades e preferências da pessoa considerada legalmente incapaz, mas que apresenta discernimento para determinados atos íntimos e personalíssimos, como disposição do próprio corpo, autolimitação da privacidade, uso da imagem, criação de vínculos familiares, bem como atos patrimoniais que não importem em efetivo prejuízo ao patrimônio do incapaz, mas necessários para sua independência na vivência cotidiana, como compra de alimentos e equipamentos para sua casa ou serviços. Por isso, embora inegavelmente ligadas, a autonomia privada não se esgota no rígido esquema da capacidade civil.⁶¹

Destaque-se que, com as mudanças advindas do EPD, a incapacidade não é mais vista em "bloco", isto é, quando se afirma que determinado indivíduo é incapaz, deve-se indagar: incapaz para que ato? Isso significa que, para especificado ato da vida civil, o

⁶⁰ Ibidem, p. 157.

⁶¹ Ibidem, p. 159-160.

sujeito precisará de um suporte, como por exemplo, o instituto da curatela ou o instituto da tomada de decisão apoiada, em qualquer caso observando-se a medida da necessidade do apoio. Contudo, para outros aspectos, este indivíduo é plenamente capaz. Essa constatação é confirmada pela leitura do já referido artigo 6º do EPD, que enuncia que a deficiência não é óbice para se reconhecer a capacidade plena das pessoas com deficiência. E, mais, os artigos 84 e 85 do mesmo diploma legal consagram a curatela como medida excepcional e proporcional, justamente zelando-se pela plena capacidade. Dessa forma, por mais que a pessoa com deficiência seja considerada relativamente (in)capaz (na hipótese do artigo 4º, III, do Código Civil de 2002), ela o é apenas para aquela situação especificada, mantendo sua autonomia para os demais atos da vida nos âmbitos patrimonial e existencial. A rigor, afirma-se que a autonomia é um dos componentes da capacidade, mas não se resume a ela:

Com efeito, pode-se dizer que a autonomia é um dos componentes que preenchem o conteúdo da capacidade, na medida em que a lei considera que a pessoa plenamente capaz atingiu seu ápice de desenvolvimento pessoal e maturidade intelectual para tomar as próprias decisões no campo patrimonial e existencial, como condutor único de sua vida, sendo, por conseguinte, absolutamente autônomo para se autogovernar.⁶²

Outrossim, o conceito de capacidade, na doutrina, sempre foi atrelado à noção de discernimento. Todavia, com o EPD, essa noção foi sendo relativizada, dado que discernimento remete, em geral, aos padrões de "normalidade" instituídos, a depender do contexto social. E, como já visto, a deficiência não se trata de uma questão afeta estritamente ao indivíduo, mas também à forma como a sociedade se estrutura e, por conseguinte, cria barreiras. Assim, considerando-se que o EPD adotou o modelo social, Vitor Almeida⁶³ explica que, ao lado do discernimento, deve-se analisar o grau de dependência e a funcionalidade da pessoa para se mensurar sua capacidade.

A respeito do primeiro: "[...] o grau de dependência pode se revelar como um componente seguro para verificar as restrições à plena capacidade de agir, eis que, embora lúcidas e conscientes, tais pessoas têm autonomia restringida em razão de limitações de ordem física".⁶⁴ Quanto à funcionalidade, o autor explica que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2001, aprovou o que se denomina de

⁶² Ibidem, p. 163-164.

⁶³ Ibidem, p. 179.

⁶⁴ Ibidem, p. 181.

Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF): "A CIF dimensiona os domínios da saúde e aqueles relacionados, contemplando as funções e estruturas do corpo, bem como as atividades e participação do indivíduo, relacionando-os aos fatores ambientais".⁶⁵

A partir do proposto, nota-se, enfim, que a adoção dos critérios do grau de dependência e da funcionalidade se coaduna muito mais com a noção trazida no artigo 2º do EPD, qual seja, a deficiência como algo sobremaneira decorrente do impedimento posto pela sociedade para o desenvolvimento de habilidades e potencialidades da pessoa.

6. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

6.1 A dissociação entre os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e capacidade e os pressupostos para a responsabilização civil da pessoa com deficiência

O instituto jurídico da responsabilidade civil consubstancia uma relação jurídica entre o agente causador do dano e a vítima, fonte da obrigação de indenizar. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁶: "[...] a *responsabilidade civil* consiste em reparar, por meio de uma indenização pecuniária, o dano causado aos indivíduos". E, para que haja a configuração dessa obrigação de indenizar, deve-se observar alguns pressupostos gerais, a saber: o fato antijurídico, o nexo de imputação, o dano, e, por fim, o nexo de causalidade. O fato antijurídico correlaciona-se à lesão a um direito alheio. O nexo de imputação, por sua vez, indica a necessidade de o fato antijurídico ser imputado a alguém. Deve ainda haver um dano, decorrente da lesão a direito alheio e, por fim, o nexo de causalidade, liame entre o fato antijurídico e o dano.

A princípio, destaca-se que o conceito de imputabilidade que se adota, como reunião de aptidões e condições para ser imputável, é um conceito normativo, ou seja, deve-se recorrer a uma dada norma para entendê-lo, e as variadas normas de imputação,

⁶⁵ Ibidem, p. 182.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atualizador). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 13.

conforme seu âmbito de aplicação, estabelecem os requisitos que devem ser preenchidos para, em cada caso concreto, um sujeito poder ser considerado imputável.

Partindo dessa concepção, antes mesmo da vigência do EPD, o ordenamento brasileiro já havia rompido com a tradicional indissociabilidade entre imputabilidade e culpabilidade. Explica-se: a culpabilidade é um requisito da imputabilidade nos casos de ato ilícito – seja este subjetivo (artigo 186, do CC/2002) ou objetivo/abusivo (artigo 187, do CC/2002) –, mas não necessariamente o é, tendo em vista, sobretudo, as hipóteses de imputação objetiva de responsabilidade, ou seja, independentemente de culpa. Rompera, também, com a indissociabilidade entre imputabilidade e capacidade, na medida em que o Código Civil de 2002 passou a prever, no artigo 928, a responsabilidade civil dos sujeitos incapazes, absoluta ou relativamente, ainda que de forma subsidiária em relação aos seus responsáveis legais (conforme artigo 932, I e II) e equitativa (conforme artigo 928, parágrafo único). Enfim, há quem sustente, como se verá adiante, que se teria rompido igualmente com a indissociabilidade entre culpabilidade e capacidade, admitindo-se que até mesmo um sujeito incapaz e desprovido de discernimento possa ser imputável por um dano decorrente da prática de um ato ilícito culposos.

Neste último particular, o dissenso doutrinário se estabelece em torno da discussão acerca da natureza da responsabilidade civil, se subjetiva ou objetiva, a partir de três correntes. Na linha de pensamento de Marcelo Junqueira Calixto⁶⁷, a responsabilidade civil do incapaz seria objetiva, partindo do argumento de que não se poderia imputar um erro de conduta à pessoa desprovida de maturidade ou sanidade, ou seja, de condições de discernimento. A imputabilidade estaria aí atrelada à culpabilidade e à capacidade. Diversamente, Caitlin Mulholland⁶⁸ defende que a responsabilidade do incapaz é subjetiva, fundada, assim como a responsabilidade subjetiva das pessoas capazes, no ato ilícito por culpa objetiva, conferindo menor relevância aos aspectos psicológicos dos sujeitos e ao discernimento. Com efeito, cabe reconhecer a transformação paulatina por que passou o conceito de culpa, bem como os seus parâmetros de aferição, migrando de uma acepção subjetiva, psicológica,

⁶⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49-55.

⁶⁸ MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 645-648.

essencialmente voltada ao estado anímico do autor do dano, para uma acepção objetiva, muitas vezes normativa, compreendida como um erro de conduta devido à não observância de certos padrões de comportamento, *standards* cada vez mais concretos, fragmentados e especializados, tal como elucida Anderson Schreiber⁶⁹:

Prendendo-se a uma elevada generalização, tanto o *bonus pater familias* quanto o *reasonable man* tornam-se inúteis à avaliação das situações concretas em sua rica multiplicidade. A definição de um padrão único de diligência e razoabilidade parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Daí fomentar-se, por toda a parte, um fenômeno que se poderia designar como *fragmentação do modelo de conduta*, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações.

Essa renovada concepção de culpa, pautada por padrões objetivos de conduta que são esperados de qualquer pessoa em cada situação, a depender do contexto em que se encontra, das exigências normativas existentes (v.g. o motorista não respeitar o sinal vermelho, conforme Código de Trânsito, o que caracterizaria uma culpa objetiva normativa), da profissão ou atividade que se exerce (v.g. o médico não observar um protocolo recomendado pela ciência médica), entre vários outros fatores sempre apreciáveis em concreto, conduz a uma paulatina relegação do discernimento, enquanto "capacidade de reconhecimento da ilicitude de seu ato", a segundo plano, assumindo maior relevância a prática de conduta antijurídica, lesiva de direitos de terceiros, portanto contrária ao Direito. Noutros termos, a tradicional noção de imputabilidade integrada pela condição de discernir entre o que seja um comportamento adequado ou inadequado, que pressupõe, sem dúvida, maturidade e sanidade para que se possa responsabilizar alguém pela prática de uma conduta voluntária, ação ou omissão, culposa ou dolosa (elementos subjetivos do ato ilícito), parece perder relevância e deixa de ser imprescindível, ao passo que a lesão sofrida (violação de direito) ganha maior ênfase, a configurar a antijuridicidade (elemento objetivo do ato ilícito), neste caso em decorrência de um erro de conduta objetivamente apreciável.

Tal somente se justifica a partir da compreensão da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, das diversas concepções de justiça que o informaram

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 41.

em cada época e de seus fundamentos ético-jurídicos, atualmente pautados pelos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, de estatura constitucional, a deslocar o eixo do instituto para a tutela preferencial da vítima lesada em detrimento da tutela do autor do dano.⁷⁰ É justamente essa mudança de eixo, à luz da legalidade constitucional, que autoriza a responsabilização dos sujeitos capazes ou incapazes, qualquer que seja a causa de incapacidade, e, por conseguinte, das pessoas com deficiência, capazes ou com capacidade restringida. Não há, pois, justificativa para se questionar sobre a possibilidade jurídica de responsabilização civil de sujeitos incapazes e, muito menos, de pessoas com deficiência, inclusive psíquica ou intelectual, pelos danos que causarem a terceiros.

É nessa linha que uma terceira corrente, representada por Netto, Farias e Rosenvald⁷¹, sustenta que a responsabilidade, no caso do incapaz, seria simplesmente uma espécie de responsabilidade patrimonial, porém subsidiária e mitigada.

Contudo, independentemente da discussão sobre a natureza da responsabilidade do incapaz e da pessoa com deficiência, verifica-se que o impacto da Lei Brasileira de Inclusão no regime da responsabilidade civil das pessoas com deficiência deu-se justamente no sentido de poderem (e deverem) ser responsabilizadas, em regra, tal como pessoas capazes, sendo imputáveis, ao nosso ver, subjetivamente (pelo ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil, com base na culpa objetiva) ou objetivamente, isto é, independentemente de culpa (pelo ato ilícito abusivo previsto no artigo 187 ou conforme norma de imputação aplicável à hipótese danosa - por exemplo, no caso de exercício de atividade de risco de acordo com o parágrafo único do artigo 927). Assim, a vulnerabilidade das pessoas com deficiência não as torna imunes à obrigação de reparar os danos que causarem, pois sua capacidade – presumida – permite que

⁷⁰ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, p. 109-133, 2004.

⁷¹ NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 619. Diversamente da segunda corrente anteriormente exposta, os autores entendem, no tocante ao artigo 928, que "os menores não cometem ilícitos civis, em virtude de sua inimputabilidade. Podem, contudo, à luz da ordem jurídica vigente, ser civilmente responsáveis por determinados danos. Cabe sempre lembrar que ilicitude civil não se confunde com responsabilidade civil. A incapacidade civil produzirá duas ordens de efeito: (a) atrairá a responsabilidade objetiva dos pais, tutores ou curadores (CC, art. 932, I e II); (b) evidenciará sua própria responsabilidade patrimonial, porém subsidiária e mitigada (CC, art. 928, parágrafo único)". E, mais adiante, explicitam a justificativa para referida norma: "A solução adotada pelo Código Civil evidencia uma tendência contemporânea, perceptível em vários sistemas jurídicos: não deixar a vítima sem indenização – ainda que, para isso, tenha-se que atingir o patrimônio de um incapaz. A solução legislativa merece aplausos".

assumam diretamente tal obrigação. Aliás, sob a ótica da autonomia, considera-se a imposição de obrigações à pessoa com deficiência uma medida emancipatória.

Evidentemente, tratando-se de pessoas consideradas relativamente incapazes ou com capacidade restringida (já que não poderão mais ser consideradas absolutamente incapazes), poderão se valer da responsabilidade subsidiária em relação aos seus genitores ou tutores (quando menores) ou aos seus curadores (quando maiores), de conformidade com os artigos 932, I e II, e 928 do Código Civil.

Indo mais além: já não podendo ser considerada absolutamente incapaz e não tendo sido declarada incapaz (relativamente), ainda que a pessoa não tenha, concretamente, pleno discernimento para reconhecer a ilicitude de seu ato, não poderá ser considerada inimputável e deixar de ser responsabilizada.

Se assim é, cabe indagar, por outro lado, se a vulnerabilidade da pessoa com deficiência, que é justamente o que justifica a tutela protetiva determinada pela Lei Brasileira de Inclusão, também lhe justificaria um tratamento mais benéfico, similar ao das pessoas incapazes, para aplicação da indenização equitativa, conforme previsto no parágrafo único do artigo 928 do Código Civil, do seguinte teor:

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.

É, pois, a medida da indenização que se apresenta como o problema central deste trabalho, a ser enfrentado no próximo tópico. A indagação interessa mais à situação das pessoas maiores de dezoito anos, porque, no caso das pessoas menores, relativamente incapazes em razão da idade, aplica-se, sem maiores discussões, a responsabilidade indireta e objetiva dos pais ou tutores (artigos 932, I e II, e 933 do Código Civil), sendo que o menor responde apenas de forma subsidiária e equitativa (artigo 928 do Código Civil).

6.2 O problema da medida da indenização e a possibilidade de sua fixação equitativa em favor da preservação do mínimo existencial da pessoa com deficiência à luz do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil

Sobre a responsabilidade civil das pessoas com deficiência maiores e não curateladas, Caitlin Mulholland⁷² observa:

(...) considerando que, apesar de capaz, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual é vulnerável, conforme afirmado em item acima, sustenta-se a possibilidade de atribuir-lhe diretamente a obrigação de indenizar por fato próprio (artigo 927, do Código Civil), sendo a quantificação do dano ponderada de forma equitativa (parágrafo único, do artigo 928, do Código Civil), com fins de permitir a plena proteção da dignidade da pessoa com deficiência. Considerar o deficiente psíquico ou intelectual como 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, tônica da nova legislação.

Em termos gerais, a citada autora sustenta que, a princípio, a pessoa com deficiência, maior e capaz, responderia diretamente pela obrigação de indenizar, nos termos do artigo 927, *caput*, do Código Civil de 2002; porém, adotando-se o paradigma da vulnerabilidade, poderia se valer do parágrafo único do artigo 928 do mesmo Código, o qual prevê a indenização equitativa, de modo a não "privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem". Diante disso, é preciso primeiro responder: toda pessoa com deficiência deve ser considerada vulnerável para efeito de responsabilização civil?

Primeiramente, de acordo com Netto, Farias e Rosenvald⁷³, "Quando o dano ocorre seja, moral, material ou estético –, busca-se compensar, ainda que parcialmente, o equilíbrio perdido. A responsabilidade civil centra-se na obrigação de indenizar um dano injustamente causado". Assim, por mais que não seja possível, em certas situações, indenizar, isto é, voltar ao *status quo*, tornar aquela situação sem dano, principalmente quando este ocorre na esfera extrapatrimonial, a responsabilidade civil é um instituto de base patrimonial, reequilibrador, que visa à reparação ou à compensação.

Nota-se que ser considerado autônomo, isto é, apto a se autogovernar, a trilhar seu próprio caminho, é também ser responsável por seus próprios atos. A responsabilidade reafirma e reforça a liberdade. Não guarda com esta uma relação de contraposição. Adotando-se, pois, o entendimento de Vitor Almeida, que explica a relação intrínseca entre capacidade e autonomia, sendo que aquela reverbera no exercício desta, percebe-se que, no âmbito da responsabilidade civil, o conceito

⁷² MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 656.

⁷³ NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 601.

pressuposto para a imputação do fato antijurídico é a autonomia. E mais, considerando que a autonomia não se esgota na concepção de capacidade, afirma-se que, mesmo que o sujeito seja incapacitado para determinado ato da vida civil, continua autônomo, e, por conseguinte, diretamente responsável por sua autodeterminação e pelas consequências, positivas ou negativas, de todos os demais atos.

Dessa maneira, reitera-se, mais uma vez, que a pessoa com deficiência é vulnerável, vulnerada, possui vulnerabilidade existencial, mas é autônoma, podendo ou não apresentar vulnerabilidade patrimonial. O que se deve considerar é que essas noções evocam mecanismos jurídicos de tutela distintos. A constatação de que a pessoa com deficiência é vulnerável, vulnerada e possui vulnerabilidade existencial exige uma tutela específica, tal como o EPD, que busca colocar tais pessoas em condições mais favoráveis para o desenvolvimento de sua personalidade. Essa tutela específica traz consigo um sistema de apoios robusto, por meio de uma curatela moldada à situação concreta, do instituto da tomada de decisão apoiada, do direito a recursos de tecnologia assistiva, do conceito de desenho universal, de um sistema de educação inclusivo, entre outros mecanismos que permitem não só a integração das pessoas com deficiência, mas sua efetiva inclusão social, com participação e voz ativas. "Dessa forma, os institutos jurídicos de apoio devem ser reconstruídos para a promoção do exercício da capacidade das pessoas com deficiência, de acordo e proporcionais às suas necessidades a partir de formas apropriadas de suporte".⁷⁴

Por outro lado, a premissa de que a pessoa com deficiência é autônoma impacta diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que poderá, por isso, ser responsabilizada por seus atos. Todos estão sujeitos aos riscos de suas condutas, inclusive as pessoas com deficiência. E isso abrange possíveis responsabilidades e sanções. Para que se promova a dignidade humana, é fundamental a proteção da liberdade e, por conseguinte, da autonomia. A responsabilização civil das pessoas com deficiência, como de quaisquer outras pessoas, sejam elas capazes, incapazes ou com capacidade restringida, ainda que a sanção se valha, nos dois últimos casos, da regra da responsabilidade subsidiária do artigo 928 do Código Civil, é medida que corrobora essa autonomia.

Buscando-se ainda responder à pergunta formulada, quanto a serem ou não todas as pessoas com deficiência indistintamente vulneráveis para efeito de responsabilização

⁷⁴ ALMEIDA, Vitor, op. cit., p. 200.

civil, é interessante mencionar, novamente, o entendimento de Caitlin Mulholland, destacando a proteção especialmente para a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual:

(...) responsabilizar a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual nos mesmos moldes que se atribui a responsabilidade civil a pessoas que não se encontravam nesta mesma situação concreta, seria aplicar de forma equivocada o princípio da igualdade. Isto porque, apesar de atribuição de capacidade civil aos deficientes psíquicos ou intelectuais de forma abstrata, isto é, ampla e genericamente, em concreto, às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual falta, em não raras ocasiões, uma plena consciência dos efeitos que seus atos possam causar aos direitos de terceiros – reconhecimento e previsibilidade da conduta danosa. A consideração deste ‘minus’, por sua vez, caracteriza uma específica vulnerabilidade, de natureza existencial. A diferença de desenvolvimento psíquico ou intelectual justificaria uma tutela diferenciada no que diz respeito à obrigação de indenizar que, em último sentido, é calcada na ideia de plena autonomia.⁷⁵

Este ponto coloca em evidência o diálogo entre a vulnerabilidade e a igualdade, eis que "a vulnerabilidade como categoria jurídica insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial".⁷⁶ Também referindo-se ao conteúdo da igualdade substancial, Maria Celina Bodin de Moraes⁷⁷ reforça a imprescindibilidade de se assegurar condições de igualdade e respeito à diferença, ou seja, "igual dignidade social".

Por tudo isso, é fundamental ter em mente que as pessoas com deficiência não constituem uma coletividade homogênea, que possa ser tratada abstratamente, sem distinção das condições pessoais específicas de cada envolvido e dos fatores de vulneração que colocam em risco, sobretudo, os respectivos interesses existenciais. Trata-se de uma realidade complexa, com demandas múltiplas e variadas, que precisam ser bem aferidas e delineadas para que não se incorra, pelo fato de haver uma deficiência em jogo, no equívoco de se conceder uma tutela protetiva injustificada, sob pena de contraditoriamente se prejudicar a autonomia que, em última análise, é a razão de ser da própria tutela.

⁷⁵ MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 651.

⁷⁶ KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador**, 2015, p. 102.

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 88.

Pelo exposto, torna-se então necessário responder a uma segunda pergunta: sendo, em concreto, aferida a vulnerabilidade patrimonial da pessoa com deficiência, com risco de prejuízo também ao seu mínimo existencial, seria aplicável o parágrafo único do artigo 928, que estabelece a indenização equitativa em favor do incapaz?

Entendendo positivamente, Nelson Rosenvald defende a aplicação extensiva da norma protetiva:

(...) defende-se uma casuística extensão do parágrafo único do artigo 928 do Código Civil à pessoa com deficiência, como norma de abertura para um arbitramento equitativo de danos patrimoniais e morais, sempre que se desincumbam do ônus probatório de demonstrar que, apesar de não submetido à curatela, estava privado de integral consciência sobre as consequências danosas de seu comportamento antijurídico. Para além de uma vulnerabilidade "abstrata", cabe ao réu do processo indenizatório demonstrar pelas circunstâncias do fato o seu desnível concreto em termos de compreensão do caráter da conduta danosa, o que servirá como guia para o magistrado proporcionalizar a condenação, preservando um acervo patrimonial que se funcionalize como mínimo existencial do autor do ilícito, instrumental para a sobrevivência digna de uma pessoa concretamente vulnerável.⁷⁸

Também Caitlin Mulholland, com base no parágrafo único do artigo 928, afirma:

Ainda que o artigo 944, do Código Civil estabeleça o princípio da reparação integral, considera-se que o deficiente psíquico ou intelectual plenamente capaz pode ter a obrigação de indenizar equitativamente reduzida, fundamentando-se na sua característica de vulnerabilidade.⁷⁹

Igualmente, ao tratar do sentido e alcance da indenização equitativa prevista no artigo 928, parágrafo único, assevera Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

Aliás, tal conclusão é corroborada pela interpretação extensiva a ser conferida ao parágrafo único do art. 928, cuja redação, embora limitada ao caso do incapaz causador do dano, deve ser lida de forma a abranger também as demais hipóteses de responsabilidade civil. Assim, não se pode "privar do necessário" – em interpretação conjunta com o parágrafo único do art. 944 – o agente causador do dano que atuou com culpa leve ou levíssima, nem, por outro lado, acrescenta-se aqui, a vítima. Diz-se, em doutrina, que o parágrafo único do art. 928

⁷⁸ ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, 2019B, p. 6.

⁷⁹ MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 651.

tem "vocação de expansão", pois contempla regra ligada à garantia do mínimo existencial do ser humano.⁸⁰

Ao nosso ver, no entanto, a norma a ser aplicada para fundamentar a indenização equitativa não deve ser a do artigo 928, parágrafo único, nem mesmo por interpretação/aplicação extensiva. Isso porque a referida norma leva em conta a vulnerabilidade específica e agravada das pessoas incapazes para lhes atribuir um regime mais benéfico do que aos sujeitos capazes, que, por seu turno, também dispõem de previsão de indenização equitativa em seu favor, para proteção de seu mínimo existencial, porém com base em requisitos diversos e mais rígidos. Com efeito, tratando-se de pessoa capaz, ainda que possa apresentar alguma espécie de vulnerabilidade em concreto, em razão de fatores os mais diversos, seja pessoa com deficiência ou sem deficiência, é compreensível que a tutela protetiva apresente critérios de aplicação mais rigorosos. Estabelece o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, excepcionando a regra do *caput*:

944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Sabe-se que o *caput* consagra o basilar princípio da reparação integral, que "significa que a indenização deve cobrir os danos em toda a sua amplitude. Ou, por outras palavras, a reparação deve alcançar todo o dano. Precisa ser *integral*, pois".⁸¹ Referido parágrafo único, inclusive atentando-se para a técnica legislativa adotada, denota uma exceção à regra. Isto é, a regra é que a reparação seja integral. Contudo, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir o *quantum debeatur* de maneira equitativa. Nesse sentido, observa ainda Monteiro Filho⁸²:

Portanto, quando o parágrafo alude à *redução* equitativa da indenização em razão do grau de culpa do ofensor parece evidente que

⁸⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 784.

⁸¹ Ibidem, p. 765.

⁸² Ibidem, p. 765.

se trata de norma de *natureza excepcional*. Porque o intérprete partirá do valor que contemple toda a extensão do dano e, aplicando o parágrafo, o reduzirá por equidade, tornando a indenização, por força das circunstâncias, apenas *parcial*. A correlação entre o *caput* e o parágrafo traduz-se, juridicamente, pelo raciocínio regra-exceção. Seja por virtude do exame da força axiológica, seja pela análise da estrutura interna da norma, chega-se à idêntica constatação: a relação é de *exceção* para com a *regra* do *caput* do dispositivo (...)

Na esteira do entendimento do citado autor, importa considerar, ainda, a atecnia presente no mencionado parágrafo no uso da expressão "gravidade da culpa". O *caput* do referido artigo, em nenhum momento, elenca a gravidade da culpa como fator que deva influir na quantificação do dano. Dessa forma, no lugar da supracitada expressão, entende-se que: "O grau de culpa não define, per se, a extensão do dano. Por isso, via de regra toma lugar alguma desproporção entre conduta e resultado".⁸³ Neste ponto, desloca-se a atenção mais para a desproporção entre a conduta (ordinária) do ofensor e um dano de grande dimensão para a vítima, podendo também acarretar para o autor do dano uma vulnerabilidade patrimonial que comprometa o seu mínimo existencial, que vai depender da situação de cada pessoa.

Quando se avalia a *ratio* do parágrafo único do art. 944, aduz-se que este foi construído tendo como fundamento o argumento de garantia do patrimônio mínimo do agente causador do dano, uma vez verificada a citada desproporção entre sua conduta e o dano produzido:

Na particular hipótese do parágrafo único do art. 944, o objetivo era o de se evitar, por meio do recurso à equidade, a desgraça do responsável que, por *inexorável descuido momentâneo*, produz *enorme* danos à vítima. Servindo como um temperamento, ou contrapeso, à aplicação asséptica da letra fria do *caput*, que, sob certas condições, redundasse em uma inversão de papéis: uma vítima – a que efetivamente sofreu o prejuízo – seria trocada por outra – o ofensor, arruinado economicamente.⁸⁴

Também Carlos Nelson Konder⁸⁵ pondera a importância de serem observados os dois critérios para aplicação da norma: desproporção entre a culpa (ao nosso ver, simplesmente a conduta, como sobredito) e o dano e, cumulativamente, quando a

⁸³ Ibidem, p. 771.

⁸⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 778.

⁸⁵ KONDER, Carlos Nelson, in A Redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 29, jan/mar 2007, p. 3-34.

reparação integral puder prejudicar o mínimo existencial⁸⁶ necessário para garantir a sobrevivência digna do ofensor, ou seja, apenas em situações excepcionais⁸⁷, justamente atentando para a incidência do princípio da reparação integral. Neste sentido, reportando-nos ainda à solução proposta por Carlos Nelson Konder⁸⁸, o princípio da reparação integral, de índole constitucional, somente poderá ser afastado por outro princípio constitucional que deva prevalecer diante das circunstâncias específicas do caso concreto, a exemplo dos "princípios que, de maneira geral, impõem a tutela do chamado mínimo existencial (dignidade humana, solidariedade social...), isto é, quando a imposição do dever de indenizar ameaçar privar o ofensor daquela 'esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais'".⁸⁹

⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

⁸⁷ Sobre o restrito âmbito de aplicação do dispositivo em exame, observa Gustavo TEPEDINO et al., in **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**, cit., p. 860: "(...) a concepção que inspirou o preceito é a de que a convivência social traz consigo determinados riscos de dano, para os quais a situação da vítima muitas vezes contribui, de modo que não é absurdo admitir que, excepcionalmente, o ônus de prejuízos causados por culpa leve do ofensor seja, em parte, deixado ao encargo da própria vítima. O dispositivo, contudo, deve ser visto com cautela e interpretado em estrita conformidade com sua inspiração, sendo recomendável restringir-se sua aplicação àqueles casos em que a própria situação da vítima gera um risco de dano superior ao risco médio que vem embutido no risco social. Assim, pense-se na hipótese do condutor de um veículo popular que, por leve descuido, abalroa um carro de luxo, cujo conserto tem custo excessivamente superior ao que teria em se tratando de um veículo médio. Não se trata de compensar desníveis econômicos, mas tão-somente de reduzir equitativamente o valor da indenização para que a excessiva desproporção entre a culpa do agente e a extensão do dano seja dividida, à luz do princípio constitucional da solidariedade, entre o autor do prejuízo e aquele que, embora sendo sua vítima, contribui com a majoração do risco médio do convívio social".

⁸⁸ KONDER, Carlos Nelson. **A Redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa**: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, 2007, p. 3-34. Entende o autor, em observância aos limites do dispositivo, ser necessária a avaliação da desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, nos seguintes termos: "Neste contexto, duas advertências devem guiar o intérprete que pretenda fazer uso do dispositivo. Primeiro, a importância de respeitar os limites que estão contidos no próprio dispositivo: somente se autoriza a redução, jamais a majoração (ela não franqueia a imposição de caráter punitivo), e somente se reduzirá a indenização em situações excepcionais, quando a desproporção entre a gravidade da culpa e do dano for excessiva. Segundo, além de respeitar estes limites, para fazer uso do dispositivo o intérprete deve estar amparado pela aplicação de um princípio constitucional que justifique excepcionar a aplicação do princípio da reparação integral do dano em virtude das circunstâncias especiais que cercam aquele caso concreto, tal como a tutela do patrimônio mínimo necessário à subsistência digna do causador do dano".

⁸⁹ *Ibidem*, p. 33.

Em outras palavras, a equidade também pode desempenhar uma função quantificadora⁹⁰ do valor reparatório, servindo, por conseguinte, também como critério de atribuição de proporcionalidade⁹¹ à indenização, justamente (e excepcionalmente) para assegurar ao ofensor o seu mínimo existencial.

Destarte, percebe-se que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil se coaduna com a diretriz do parágrafo único do artigo 928 do mesmo diploma, ou seja, a necessidade de se observar o limite humanitário na quantificação da indenização, garantindo-se o mínimo existencial, sendo que a diferenciação consiste no fato de, no parágrafo único do artigo 944, ter que se observar o requisito da excessiva desproporção entre a conduta e o dano.

Sendo assim, o "mínimo" será dosado na medida da vulnerabilidade existencial da pessoa e dos suportes de que necessite devido à sua deficiência. É nesse ponto que se estabelecerá a tutela protetiva da pessoa capaz, mas com deficiência, observando sempre a análise de suas especificidades. A garantia constitucional de um mínimo existencial faz parte da garantia também de uma vida digna. Há que se destacar, nesse sentido, que, independentemente de a pessoa ter deficiência ou não, essa proteção deve ser observada em favor de todos. Porém, em uma situação concreta, pode ser que a pessoa com deficiência tenha maiores gastos, por exemplo, com médicos, acompanhantes, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, equipamentos de mobilidade e acessibilidade comunicacional, entre outros, especificidades estas que deverão ser consideradas pelo magistrado no juízo de equidade a fim de tutelar o mínimo existencial em cada caso.

Essa solução interpretativa que ora se propõe não se aplica apenas às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.⁹² Aplica-se indistintamente a qualquer pessoa, observadas as condições de aplicação da norma constante do parágrafo único do artigo

⁹⁰ Com efeito, no campo da responsabilidade civil, além do disposto no artigo 944, o parágrafo único do artigo 953 dispõe que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, de conformidade com as circunstâncias do caso. No mesmo sentido, o art. 954 recomenda um juízo de equidade no caso de indenização por ofensa à liberdade pessoal, se a vítima não puder provar o prejuízo, e o artigo 928 determina a fixação por equidade da indenização devida pelo incapaz pelos danos que causar.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 128, comentando o citado parágrafo do artigo 944, afirma: "trata-se aí da concreção, no campo da responsabilidade civil, do princípio da proporcionalidade que domina o ordenamento jurídico em sua integralidade, apresentando-se mais propriamente como *dever de proporcionalidade*" [grifo da autora].

⁹² Diversamente do entendimento de Nelson Rosenvald e Caitlin Mulholland, mencionados anteriormente, ao sustentarem a aplicação do parágrafo único do artigo 928 do Código Civil.

944, tenha ou não deficiência, e deficiência de qualquer natureza. Não vislumbramos razões para distinguir as pessoas em função das deficiências que venham a apresentar, mas, sim, em razão do grau de vulnerabilidade que em concreto venha a justificar uma tutela mais ou menos protetiva. Não vislumbramos, tampouco, justificativa para se aplicar às pessoas com deficiência, capazes, o parágrafo único do artigo 928, ainda mais de forma restrita à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. Tal seria equipará-las aos incapazes, na contramão do movimento emancipatório que o EPD busca concretizar, para conferir-lhes um tratamento ainda mais protetivo do que o já deferido às demais pessoas capazes, para as quais também há proteção de seu mínimo existencial. Sobretudo em se tratando do instituto da responsabilidade civil, que precipuamente deve zelar pelas vítimas e por sua *integral reparação*, e considerando a prática de ato *antijurídico*, ainda que por uma pessoa com deficiência, a possibilidade mais restrita de redução equitativa da indenização nos termos do parágrafo único do artigo 944, porque sujeita a requisitos mais rígidos, parece ser a resposta que melhor corrobora a tutela da autonomia da pessoa com deficiência, pois reafirma sua responsabilidade, liberdade e capacidade, sem descuidar de sua vulnerabilidade.

Resta, ainda, responder, nas situações em que a pessoa com deficiência apresentar restrição de capacidade, ou seja, quando, "por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade", de conformidade com o artigo 4º, III, do Código Civil, se poderá ocorrer o reconhecimento judicial de sua incapacidade relativa, independentemente de curatela e incidentalmente no âmbito da própria ação de indenização, especificamente para autorizar a aplicação do artigo 928 do Código Civil e, por conseguinte, a responsabilidade subsidiária e equitativa. Entende-se que a resposta deve ser positiva, mas, evidentemente, sem qualquer efeito de constituição de curatela, pois tal deve se dar em procedimento próprio, nos termos do artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015. Também nesse sentido entende Caitlin Mulholland, destacando o ônus da prova a cargo da pessoa com deficiência.⁹³

Em tal circunstância, entende-se, enfim, que o reconhecimento judicial da incapacidade relativa poderá ocorrer de ofício (independente de provocação do

⁹³ MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 657. A autora afirma que "a prova de que o deficiente não pode manifestar a sua vontade – e por esse 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 desta norma".

interessado) no âmbito da própria ação de indenização, no caso de pessoa com deficiência não curatelada, especificamente para autorizar a aplicação do artigo 928 do Código Civil e, por conseguinte, a responsabilidade equitativa em favor da pessoa com deficiência causadora do dano. Em razão da vulnerabilidade da pessoa com deficiência, reconhecida pela Lei Brasileira de Inclusão, o juiz pode e deve levantar a questão diante de indícios fundados, oficiando o Ministério Público para atuar como fiscal da ordem jurídica – como ocorre nos termos do artigo 752, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 – e determinando a produção de provas da impossibilidade de a pessoa, por causa transitória ou permanente, exprimir sua vontade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho voltou-se à análise da responsabilidade civil das pessoas com deficiência a partir das alterações advindas da Lei Brasileira de Inclusão, principalmente no tocante ao regime das (in)capacidades. Demonstrou-se o impacto, no campo da reparação de danos, do rompimento, na perspectiva do modelo social e inclusivo, com a lógica paternalista e assistencialista no tratamento da pessoa com deficiência, propondo-se solução jurídica condizente com o reconhecimento de sua capacidade, que passou a ser presumida, e de sua autonomia e autodeterminação.

Aprofundou-se a compreensão do conceito de vulnerabilidade, concluindo-se que a pessoa com deficiência é vulnerável, vulnerada, possui vulnerabilidade existencial e pode ou não ter vulnerabilidade patrimonial, sendo esta última, associada à tutela do mínimo existencial, o que vai repercutir mais diretamente na fixação da indenização a ser suportada.

Realizou-se, ainda, uma incursão nas relações entre os conceitos de autonomia e vulnerabilidade e de autonomia e capacidade, compreendendo-se que a plena capacidade implica no exercício da autonomia sem restrições, que a autonomia é componente da capacidade, mas não se esgota nela, uma vez que, mesmo que a pessoa com deficiência seja considerada relativamente incapaz, ou com capacidade restringida, para determinados atos, ainda terá autonomia para se autogovernar. Viu-se que a atribuição de plena capacidade civil impõe, ao mesmo tempo, a tutela da autonomia privada – livre agir – e a consequente imputação da obrigação de indenizar danos causados a terceiros. Ter autonomia significa ter, na mesma medida, responsabilidade.

O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência lhes traz, desejavelmente, também obrigações. E a responsabilização dessas pessoas, a princípio como de qualquer outra pessoa capaz, não se contrapõe à tutela protetiva determinada pelo EPD; pelo contrário, é medida que reafirma sua autonomia.

Para melhor se compreender o atual regime de responsabilidade aplicável às pessoas com deficiência, foram revistos os critérios para a responsabilização civil dos incapazes antes e após o EPD, bem como demonstrada a dissociação entre os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e capacidade. Sustentou-se a possibilidade de imputação da responsabilidade civil subsidiária e equitativa prevista no artigo 928 e seu parágrafo único do Código Civil apenas às pessoas com deficiência consideradas relativamente incapazes, ou com capacidade restringida, seja por terem assim sido declaradas judicialmente no processo de constituição de curatela, seja por poderem ser assim consideradas, incidentalmente, para efeito de aplicação das regras mais protetivas do mencionado artigo 928.

O impacto da Lei Brasileira de Inclusão no regime da responsabilidade civil das pessoas com deficiência deu-se justamente no sentido de poderem (e deverem) ser responsabilizadas, em regra, tal como pessoas capazes, sendo imputáveis, ao nosso ver, subjetivamente (pelo ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil, com base na culpa objetiva) ou objetivamente, isto é, independentemente de culpa (pelo ato ilícito abusivo previsto no artigo 187 ou conforme norma de imputação aplicável à hipótese danosa - por exemplo, no caso de exercício de atividade de risco conforme parágrafo único do artigo 927). Assim, a vulnerabilidade das pessoas com deficiência não as torna imunes à obrigação de reparar os danos que causarem, pois sua capacidade – presumida – permite que assumam diretamente tal obrigação. Aliás, sob a ótica da autonomia, considera-se a imposição de obrigações à pessoa com deficiência uma medida emancipatória.

Para que se promova a dignidade humana, é fundamental a proteção da liberdade e, por conseguinte, da autonomia. A responsabilização civil das pessoas com deficiência, como de quaisquer outras pessoas, sejam elas capazes, incapazes ou com capacidade restringida, ainda que a sanção se valha, nos dois últimos casos, da regra da responsabilidade subsidiária do artigo 928 do Código Civil, é medida que corrobora essa autonomia.

Por derradeiro, enfrentou-se o problema da medida da indenização e a possibilidade de sua fixação equitativa em favor da preservação do mínimo existencial.

Diversamente de outros posicionamentos verificados na doutrina, ao nosso ver, a norma a ser aplicada para fundamentar a indenização equitativa em favor de pessoas com deficiência capazes não deve ser a do artigo 928, parágrafo único, nem mesmo por interpretação/aplicação extensiva. Isso porque referida norma leva em conta a vulnerabilidade específica e agravada das pessoas incapazes para lhes atribuir um regime mais benéfico do que aos sujeitos capazes, que, por seu turno, também dispõem de previsão de indenização equitativa em seu favor, para proteção de seu mínimo existencial, porém com base em requisitos diversos e mais rígidos. Tal se afirma porque, tratando-se de pessoa capaz, ainda que possa apresentar alguma espécie de vulnerabilidade em concreto, em razão de fatores os mais diversos, seja pessoa com deficiência ou sem deficiência, é compreensível que a tutela protetiva apresente critérios de aplicação mais rigorosos.

Nesse sentido, para a redução equitativa da indenização em favor da pessoa com deficiência por aplicação do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, devem ser observados dois critérios: desproporção entre a conduta (ordinária) do ofensor e um dano de grande dimensão para a vítima, podendo também acarretar para o autor do dano uma vulnerabilidade patrimonial que comprometa o seu mínimo existencial, o qual vai depender da situação de cada pessoa. Trata-se de regra excepcional, justamente em observância ao princípio da reparação integral da vítima, compreendido à luz do princípio – constitucional – da solidariedade que fundamenta o instituto da responsabilidade civil. Há que se considerar que está em jogo a prática de um ato *antijurídico*, ainda que por uma pessoa com deficiência, de modo que a possibilidade mais restrita de redução equitativa da indenização, nos termos do parágrafo único do artigo 944, porque sujeita a requisitos mais rígidos, parece ser a resposta que melhor corrobora a tutela da autonomia da pessoa com deficiência, pois reafirma sua responsabilidade, liberdade e capacidade, sem descuidar de sua vulnerabilidade.

Sendo assim, o "mínimo" será dosado na medida da vulnerabilidade existencial da pessoa e dos suportes de que necessite devido à sua deficiência. É nesse ponto que se estabelecerá a tutela protetiva da pessoa capaz, mas com deficiência, observando sempre a análise de suas especificidades.

Essa solução interpretativa que ora se propõe não se aplica apenas às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Aplica-se indistintamente a qualquer pessoa, observadas as condições de aplicação da norma constante do parágrafo único do artigo 944, tenha ou não deficiência, e deficiência de qualquer natureza.

É essencial ter em mente que as pessoas com deficiência não constituem uma coletividade homogênea, que possa ser tratada abstratamente para fins de responsabilização civil, sem distinção das condições pessoais específicas de cada envolvido e dos fatores de vulneração que colocam em risco, sobretudo, os respectivos interesses existenciais. Trata-se de uma realidade complexa, com demandas múltiplas e variadas, que precisam ser bem aferidas e delineadas para que não se incorra, pelo fato de haver uma deficiência em jogo, no equívoco de se conceder uma tutela protetiva injustificada, sob pena de contraditoriamente se prejudicar a autonomia que, em última análise, é a razão de ser da própria tutela.

Conclui-se com a pertinente reflexão de Boaventura de Sousa Santos: "temos direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades".⁹⁴ Em suma, também no campo da responsabilidade civil, a diversidade exige a concepção de soluções jurídicas atentas às diferenças.

⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução:** para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ANJOS, Márcio Fabri de. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**, Vol. 2. Número 2., 2006, p. 173-186. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7967/6539>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 1-30.

BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 161-184.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de dezembro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, agosto 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, janeiro 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 05 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, janeiro 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, março 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, julho 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 29 de dezembro de 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 757, de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1548944372180&disposition=inline>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 09/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O direito de ser e a Lei Brasileira de Proteção aos deficientes. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). **Cuidado e o Direito de Ser: Respeito e Compromisso**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 87-112.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de. Teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15). *In: SILVA, Marcelo Rodrigues da; FILHO, Roberto Alves de Oliveira (coord.). Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência – reflexos no ordenamento jurídico brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 83-120.

KONDER, Carlos Nelson. A Redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, jan/mar 2007, p. 3-34.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, 2015.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. *In: Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em: 14 de dezembro de 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In: EHRHARDT JR., Marcos (coord.). Impactos do Novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 177-203.

MERELLO, Andre Rojas; LABBE, Claudia Verdugo; MELO, Sofia Troncoso. Los servicios de apoyo para la vida independiente desde una perspectiva de derecho y autonomía: una experiencia de Senadis. *In: Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol 1 (2), 2017. Disponível em: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/55/21>. Acesso em 22 de dezembro de 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

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

_____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 633-659.

NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atualizador). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019A. p. 311-325.

_____. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 43, nov.-fev./2019B. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/5d72ed_eab4a6e8f656485eb82654d44917aff5.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

SÁ, Maria Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro. Autonomia e vulnerabilidade: uma análise biojurídica sobre o discernimento dos portadores de Síndrome de Down. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 278-291.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, p. 109-133, 2004.

SANTOS, Wederson Rufino dos. Pessoas com Deficiência: nossa maior minoria. Rio de Janeiro: **Revista de Saúde Coletiva**, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v18n3/v18n3a08.pdf> Acesso em: 29 de dezembro de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Introdução:** para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *In*: **Revista Bioética**, 2008. p. 11-23. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/52/55. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

SILVA, Cleuzilaine Vieira da. O processo de interação entre os sujeitos surdos e os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin. *In* FREITAS, Maria Teresa de Assunção; RAMOS, Bruna Sola da Silva. **Bakhtin Partilhado**. Curitiba: CRV, 2017. p. 109-124.

SOLOMON, Andrew. **Longe da árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TESÓN, Inmaculada Vivas. Capacidad jurídica y sistema de apoyos tras la convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 59-75.