

FÁBIO SZNIFER

**Responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental após o Estatuto
da Pessoa com Deficiência**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. José Fernando Simão.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO – SP
2023**

FÁBIO SZNIFER

Responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental após o Estatuto da Pessoa com Deficiência

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientação: Prof. Associado Dr. José Fernando Simão.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO – SP
2023**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SZNIFER, Fábio.

Responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental após o Estatuto da Pessoa com Deficiência / Fábio Sznifer; orientador José Fernando Simão - São Paulo, 2023.

[197 páginas]

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Capacidade. 2. Responsabilidade Civil. 3. Imputabilidade. 4. Indenização equitativa. 5. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

SZNIFFER, Fábio. *Responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental após o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por todas as bênçãos recebidas, mormente pela saúde, segurança e estabilidade que me foram agraciadas, bem como por escutar as minhas preces e acalmar meu coração nos momentos de aflição.

Em seguida, reconheço o apoio irrestrito dado por minha família, em especial pais, esposa e filhos. Os abraços, palavras de incentivo, cuidado, leitura da dissertação e mesmo pequenos sorrisos foram essenciais para que fosse possível a conclusão deste trabalho. É para o futuro, estampado nos sorrisos de Rony e Keren, que escrevo este trabalho, objetivando contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, que não se esquece da necessidade de tratamento desigual àqueles que necessitam.

Em terceiro lugar, agradeço a meu orientador, Professor José Fernando Simão, por sinalizar os caminhos a serem seguidos e pela confiança dada a mim. Sou muito grato pelas aulas, oportunidades, lições e, acima de tudo, pelas histórias contadas, recheadas de sabedoria e amplo conhecimento.

Ademais, atribuo reconhecimento em destaque aos professores Marco Fábio Morsello, Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, Maurício Bunazar e Raquel Bellini de Oliveira Salles que, após leitura atenta, contribuíram de forma substancial para a produção deste trabalho.

Agradeço, profundamente, aos meus colegas coorientados, que posso chamar de amigos, indicando as trilhas seguras, ouvindo-me nos momentos de aflição e criticando de forma construtiva e profunda o meu trabalho. Em especial, fico honrado pela generosidade dos amigos Matheus Preima Coelho, Cícero Dantas Bisneto e Marcelo Kairalla.

Nesse ensejo agradeço também aos amigos Felipe Mateo, Alexandre Gomide, Bruna Duarte Leite, Marcelo Silveira, João Biazi, André Fontana Garcia, Jonatas Brito de Souza, Thaís Lancman, Marcelo Vodovoz, Fabio Drukier, Gabriel Firer, José Pedro Rebello Giannini, Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Vanessa Ferreira Roque, pelas ideias, sugestões e pelo carinho dado em todo o processo.

Também agradeço imensamente pelas valiosas revisões de português, italiano, francês e inglês de Roberta, Bianca, Jordane e Zachary Luck.

Ainda, agradeço à minha equipe de trabalho no período de 2020 a 2023, Anderson, Nilton, Guilherme, Thais, Ellen, Bianca e Victor, que foram fundamentais para que eu pudesse concluir o trabalho sem que houvesse perda de qualidade e quantidade, fruto de hercúleo esforço diário desses valiosos servidores e estagiários.

Finalmente, agradeço à Universidade e ao povo paulista pela inestimável opção pela existência de educação pública de qualidade. Que nunca nos esqueçamos do importante papel da educação.

RESUMO

SZNIFER, Fábio. *Responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental após o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2023. 197 páginas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O objetivo da presente dissertação é investigar qual a resposta brasileira para os danos causados por pessoa com deficiência mental, considerando as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que realizou grande revolução na teoria geral das incapacidades. Para tanto, na primeira parte, será investigada a teoria geral das incapacidades, em especial o conceito de incapacidade e de figuras assemelhadas, a inviabilidade de limitação da incapacidade absoluta, o critério de identificação da incapacidade relativa e os novos perfis da curatela. Em seguida, na segunda parte, após estudo da evolução histórica do instituto, serão abordados os critérios atuais de incidência do artigo 928 do Código Civil, decompondo a análise do artigo em itens diversos, envolvendo a prevalência da subsidiariedade, a natureza e fundamentos dessa norma, as hipóteses de irresponsabilidade do curador e os critérios para identificação da insuficiência patrimonial do responsável. Ademais, serão construídos critérios para a indenização equitativa, além de avaliadas as hipóteses de regresso do curador e do incapaz.

Palavras-chave: Capacidade; Responsabilidade civil; imputabilidade; indenização equitativa; Estatuto da Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT

SZNIFER, Fábio. *Civil liability for people with mental disabilities after the Statute of the Persons with Disability*. 2023. 197 pages. Dissertation (Master) University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2023.

The objective of this dissertation is to investigate the Brazilian response to damages caused by a person with mental disability, considering the changes made by the Statute of the Persons with Disability, which caused a revolution in incapacity doctrine. The first part of the dissertation discusses the incapacity doctrine, especially the concept of incapacity and similar legal constructs, the infeasibility of limiting absolute incapacity, the criteria for identifying relative incapacity, and new profiles of guardianship. Then, in the second part of the dissertation, after studying the historical evolution of this legal construct, the current criteria of incidence of Article 928 of the Civil Code will be addressed, decomposing the analysis of the article into several items, involving the prevalence of secondary liability, the nature and fundamentals of this rule, the hypotheses of irresponsibility of the guardian and the criteria for identification of the insufficient assets of the responsible party. Furthermore, this dissertation suggests criteria for equitable compensation and evaluates the regression actions of the guardian and the person without capacity.

Keywords: Capacity; Civil liability; imputability; equitable compensation; Statute of the Persons with Disability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. TEORIA GERAL DAS INCAPACIDADES	13
1.1 Conceito de capacidade e figuras assemelhadas.....	16
1.2 Análise histórica da incapacidade.....	22
1.3 A (in)viabilidade da limitação da incapacidade civil absoluta.....	42
1.4 O critério para o reconhecimento da incapacidade relativa.....	55
1.5 Os perfis da curatela	59
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL.....	71
2.1 Análise histórica das hipóteses e fundamentos da responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental.....	73
2.2 Critérios para a identificação da modalidade da responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental.....	93
2.3 Prevalência da responsabilidade subsidiária do incapaz	114
2.4 Natureza e fundamentos para a responsabilidade do incapaz.....	118
2.5 Hipóteses de responsabilidade e irresponsabilidade do curador	129
2.6 A insuficiência do patrimônio do responsável	146
2.7 Critérios para a indenização equitativa.....	150
2.8 Direito de regresso do curador e do incapaz.....	163
CONCLUSÃO.....	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175
Julgados citados.....	196

INTRODUÇÃO

A sociedade do século XXI, em período conhecido como contemporaneidade, gera grandes desafios aos intérpretes do Direito, fruto de alta complexidade e relativização de conceitos-base, com influência direta de impactantes evoluções tecnológicas, que alteram constantemente o estado da técnica. Tais mutações também se verificam no campo jurídico, com a publicação de diversas normas esparsas, muitas delas gerando conflito de normas no tempo, além da prolação de novos códigos, gerando crises de conceitos basilares da ciência jurídica, ou mesmo a superação da ideia de completude e de pureza do sistema.

A evolução tecnológica também atingiu a medicina. Doenças que eram incuráveis, sendo reconhecidas como vontade dos deuses ou ira da natureza, atualmente podem ser mitigadas, ou mesmo superadas, pelos tratamentos das mais diversas ordens, inclusive com apoio da mecatrônica. Essas circunstâncias, além de aumentar a expectativa de vida, proporcionam a viabilidade da inclusão de pessoas com deficiência, que podem utilizar-se de diversas ferramentas para a superação de barreiras ao convívio social que no passado lhes gerariam exclusão.

Assim, é cada mais frequente a existência de pessoas com deficiências das mais diversas ordens, física, mental ou intelectual, com plena inclusão na vida social. Em realidade, de acordo com relatório produzido pela Organização Mundial da Saúde em 2011¹, estima-se a existência de mais de um bilhão de pessoas que convivem com alguma forma de deficiência, dos quais cerca de 200 milhões teriam dificuldades funcionais graves. No Brasil, o censo demográfico de 2010 identificou 45.606.048 pessoas que declararam ter pelo menos uma das deficiências investigadas (visual, motora, auditiva ou mental), o que equivale a 23,9% da população brasileira, sendo certo que 1,37% da população brasileira declarou possuir doença mental².

Dessa forma, é de se esperar um incremento de ações envolvendo pessoas com deficiência que, em razão desse convívio social mais intenso, participam de mais contratos, além de aumentar as chances de causarem danos a si próprios e a terceiros.

¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Trad. por Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPCD, 2012. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf?sequence=4. Acesso em 27 jun. 2022.

² BRASIL. IBGE. Censo Demográfico. Principais Resultados. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em: 27 jun. 2022.

A responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental é tema que gerou intenso debate na doutrina, havendo soluções diversas no espaço e no tempo, sendo originalmente considerados como irresponsáveis, por não poderem atuar com culpa (solução romana e francesa clássica). Paulatinamente essa solução foi substituída por duas outras respostas: os incapazes seriam plenamente responsáveis, afastando a invocação da doença mental como defesa na ação de reparação de danos (solução inglesa e francesa atual); ou seriam responsáveis de forma subsidiária e mitigada, se assim recomendasse a equidade (solução cunhada no Código da Prússia de 1794, e atualmente adotada em Portugal, Itália, Alemanha e originalmente pelo Código Civil de 2002).

A despeito da adoção da solução pela responsabilidade subsidiária e mitigada pelo artigo 928 do Código Civil, após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria geral das incapacidades passou por grande revolução, alterando os critérios para o reconhecimento da incapacidade judicial, o que reverberou diretamente no campo da responsabilidade civil, já que, em uma interpretação literal da palavra “incapaz” que consta daquele artigo, cumulada com a redução das hipóteses legais de incapacidade, resultaria a substancial diminuição do campo de incidência da indenização equitativa. Logo, não há clareza se a pessoa com deficiência mental responde diretamente, tal qual os ordenamentos ingleses e franceses, ou se a responsabilidade é subsidiária, como prevalece na Itália, Alemanha e Portugal.

Antigamente, em especial no Código Civil de 1916, o critério para o reconhecimento da incapacidade era um só: o *status* de louco. Com a complexidade própria das sociedades contemporâneas, houve a fragmentação de critérios de identificação da incapacidade, o que foi escancarado com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que realizou verdadeira revolução na teoria das incapacidades.

Assim, com a reforma realizada por esse estatuto, uma série de estudos doutrinários surgiram para encontrar soluções para as dificuldades interpretativas trazidas pela legislação, visto que uma interpretação literal de seus termos levaria a consequências absurdas, como exigir a assinatura de pessoa em coma para a validade de um contrato que visa a preservar a sua vida, ou ainda, considerar como válido contrato realizado por pessoa manifestamente em surto psicótico.

Numerosas são as questões que precisam ser enfrentadas pela doutrina, ante os novos problemas que decorreram das opções nem sempre técnicas empregadas pelo legislador. Além de trazer balizas para a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas consequências práticas, o desafio a ser enfrentado neste estudo é identificar com clareza qual a solução brasileira atual para os danos causados por pessoas com deficiência mental severa,

que não tenham aptidão para discernir entre o certo e o errado, ponderando adequadamente os riscos decorrentes de sua conduta.

O objetivo deste trabalho consiste em identificar respostas, à luz da experiência estrangeira e do Direito brasileiro, para as seguintes perguntas: (I) o que é incapacidade civil, e quais os seus critérios de identificação? (II) quais as formas de interpretar o Estatuto da Pessoa com Deficiência? (III) quais respostas são possíveis para os casos decorrentes de danos causados por pessoa incapaz? (IV) qual a solução adotada no Direito brasileiro atual para resolver tais casos?

Para atingir esse objetivo, o trabalho é dividido em duas partes. A primeira abordará a teoria geral das incapacidades, identificando o conceito de capacidade civil e suas espécies, além de diferenciar essa noção de figuras análogas, em especial, personalidade, legitimação, poder e ilegitimidade. Além disso, serão avaliadas as causas legais de incapacidade, numa perspectiva histórica, delineando critérios para o seu reconhecimento atual.

Nessa parte, propõe-se uma investigação mais acurada do Estatuto da Pessoa com Deficiência, perquirindo se este extirpou por completo a incapacidade civil absoluta dos maiores, bem como identificando os critérios atuais para o reconhecimento da incapacidade relativa. Após, será estudado o perfil da curatela atual, que foi sensivelmente alterado por referido estatuto.

No último capítulo, pretende-se avaliar as diversas soluções para os danos causados por pessoas incapazes na História, e, a partir desse arcabouço, identificar critérios interpretativos para o artigo 928 do Código Civil. Assim, será constatado o critério de atração de responsabilidade do incapaz, sugerindo-se a avaliação com base em dois fatores: a declaração de incapacidade e a existência de dever de cuidado pelos curadores. Em seguida, a noção de subsidiariedade será abordada, com preponderância desta sobre a solidariedade descrita no artigo 942 do Código Civil, em razão da especialidade, sem prejuízo da adoção da solidariedade em casos específicos, de forma residual. Após, serão investigados a natureza e os fundamentos para a responsabilidade do incapaz, ou seja, se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva, e se tem aplicação à responsabilidade contratual, bem como decorrências processuais dessa natureza. Nos itens subsequentes, pretende-se apreciar as hipóteses de incidência da responsabilidade do incapaz, quais sejam, a não responsabilidade de seu curador, ou a insuficiência patrimonial, definindo-se as hipóteses da responsabilidade subsidiária. Finalmente, delinear-se-ão os critérios para o arbitramento da indenização equitativa, seguida da viabilidade de ação de regresso do curador em face do lesante, e deste ao seu representante.

Tomando-se em consideração o que foi analisado até o momento, a hipótese a ser enfrentada neste estudo é no sentido de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao tratar do sistema das incapacidades, não construiu critérios técnicos e claros para as hipóteses de incapacidade, gerando possíveis interpretações absurdas que devem ser rechaçadas, em especial pela inconstitucionalidade parcial, em razão do conflito com as disposições da Convenção de Nova Iorque de 2007, que passou a integrar o nosso ordenamento com *status* de norma constitucional.

Ademais, pretende-se trabalhar com a hipótese de que a existência de prévia sentença fixando curatela não é essencial para o reconhecimento da indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil, sendo possível a aplicação desse artigo por meio de declaração incidental de incapacidade, conforme as circunstâncias pessoais do lesante no momento da infração. Da mesma forma, é viável a indenização integral a pessoas declaradas incapazes, mas com autonomia para atos extracontratuais, como é o caso do pródigo e da pessoa com deficiência para a qual a curatela tenha limites exclusivamente negociais.

Finalmente, em relação à nomenclatura utilizada neste trabalho, é necessário pontuar que não há expressão clara³ que defina as pessoas que possuam comprometimento mental que atinja o seu discernimento, formando barreira que pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Optou-se pela expressão comumente empregada “pessoa com deficiência mental”, também utilizada por opção do legislador no artigo 2º da Lei 13.146/2015, devendo ser entendida de forma amplíssima, para abarcar: a. pessoas com transtornos psiquiátricos classificados cientificamente, ou com sequelas destes capazes de gerarem alterações no comportamento e no humor, interferindo prejudicialmente no seu desempenho, deturpando a realidade (doença mental ou deficiência psicossocial); b. pessoas com falta de desenvolvimento cognitivo suficiente na sua formação (deficiência intelectual); c. pessoas com doenças degenerativas e/ou demências aptas a impactar o livre discernimento. Não se inserem nesse conceito aqueles com deficiência física ou sensorial e que permanecem com plena aptidão mental e discernimento, de modo que são pessoas com deficiência, mas não com deficiência mental.

³ “Será mesmo difícil encontrar uma expressão capaz de convir como rubrica genérica a todos esses casos de insanidade, de cuja soma o grupo de loucuras é apenas uma parcela. Esses casos são, de fato, ou de verdadeiras moléstias mentais ou cerebrais como a loucura e a afasia; ou de invalidez mental como a imbecilidade, a idiotia, a surdo-mudez; ou de simples anormalidade psíquica, como os estados sonambúlicos e hipnóticos, as paixões, a embriaguez, etc.; ou mesmo condições psicológicas especiais como a involução senil. Como se vê, são estados muito distintos uns dos outros e que não guardam entre si afinidades tais que permitam agrupá-los numa rubrica única.” (RODRIGUES, Nina. *O alienado no Direito Civil brasileiro*: apontamentos médico-legais ao projeto de Código Civil. Bahia: Prudêncio de Carvalho, 1901. p. 12-13).

A expressão também demonstra respeito a tais pessoas, reconhecendo que estão com deficiência mental, que pode ser superada no futuro, não sendo deficientes, loucos, ou mesmo mentecaptos ou alienados. Portanto, a terminologia tem como objetivo também amparar a dignidade dessas pessoas, mas sem se olvidar que, por suas características pessoais, estas não têm a mesma aptidão mental dos demais cidadãos, de modo que é necessária a criação de normas que as tutelem, removendo barreiras para o seu convívio social harmonioso.

1. TEORIA GERAL DAS INCAPACIDADES

O estudo da teoria geral das incapacidades é essencial para a compreensão da responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental, pois a identificação precisa do estado da pessoa pode influir na forma em que será fixada eventual indenização. Com efeito, é justamente a sua falta de discernimento, chamada de imputabilidade para efeitos de responsabilidade civil, que atrai regime diferenciado no âmbito da responsabilidade civil⁴.

A definição da capacidade legal é tema central e inicial da Parte Geral do Código Civil⁵, tendo o legislador pátrio, tanto no Código Civil de 1916, quanto no Código Civil de 2002, optado por regular a capacidade das pessoas como o primeiro tema a ser tratado, ainda que aquele tivesse um artigo introdutório, que foi suprimido neste⁶.

A razão para tal opção legislativa é simples: definir o que é a capacidade legal forma requisito de primeira necessidade, dado que identificará quem será o titular dos direitos estabelecidos na legislação, bem como aqueles sujeitos aos deveres ali expostos⁷. Assim, a verificação dos sujeitos de direito que serão regulados pela lei é pressuposto lógico de incidência da própria norma. Em outras palavras, sem definir quem serão aqueles a quem a norma regulará, o sistema não seria íntegro e completo, gerando sua ruptura.

Por sua vez, a identificação dos sujeitos de direito não é a mesma entre os diversos países⁸, nem foi idêntica no decorrer da história⁹. Ademais, nos tempos modernos, referida

⁴ “O estudo é relevante para se estabelecer em quais casos o representante efetivamente responderá civilmente pelos danos causados por um incapaz, e o motivo determinante desta responsabilidade será a causa da incapacidade (idade, doença, prodigalidade, vícios); e, também, quando finda efetivamente o seu dever.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10).

⁵ Nem todo Código Civil possui uma Parte Geral, mas a maioria das codificações atuais a possuem. Nesse sentido: “Ou seja: a maioria dos últimos Códigos Civis promulgados tem uma Parte Geral em seu sistema. Assim, se a ausência dela ainda é a regra geral hoje, há uma nítida tendência de inversão da proporção com sem Parte Geral.” (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018. p. 144). No caso do Brasil, a existência da parte geral tem nítida influência da codificação alemã: “A Parte Geral [...] certamente é uma nota-típica dos Códigos Civis brasileiros (de 1916 e 2002). Com efeito, ainda que com diferenças [...], ambos adotam uma Parte Geral nos moldes do BGB.” (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018. p. 34).

⁶ Realizando um quadro comparativo da estrutura do Código Civil de 1916 e de 2002: MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018. p. 34-35 e 121.

⁷ Adotam-se os conceitos de direitos e deveres em sua concepção ampla, abrangendo todas as posições jurídicas. Acerca das demais posições jurídicas, como ônus, poder, e imunidade, ver HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *The Yale Law Journal*, v. 26, n. 8, p. 710-770, jun./1917. p. 710-717.

⁸ Há países que trazem diferentes graus de capacidade, como é o caso dos hindus, que são divididos em quatro castas ou *varnas*, quais sejam, os *brâmanes*, *xátrias*, *vaixias* e *sudras*, cada qual com o seu próprio *Dharma*, ou seja, um padrão de conduta exigível de cada hindu. Acerca do Direito hindu, ver VICENTE, Dario Moura. *Direito Comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. 1, p. 423-449.

definição também encontra novos desafios, seja em razão da bioética, na qual a identificação precisa do início da vida, e consequentemente do início da capacidade de direito, é questão de alta controvérsia¹⁰; seja pela cada vez mais frequente defesa dos direitos dos animais não-humanos, havendo aqueles que sustentam a sua inclusão como sujeitos de direitos¹¹.

Portanto, extrai-se que o estudo da teoria das incapacidades, objeto deste capítulo, possui relevância ímpar para o Direito como um todo, trazendo inequívocas repercussões na responsabilidade civil. Vale também ressaltar que as alterações legislativas recentes, fruto de desenvolvimento histórico da inclusão das pessoas com deficiência, com repercussão internacional, marcam de forma determinante o estudo do tema, que sofreu “verdadeira revolução”¹² com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

É importante enfatizar que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Pessoa com Deficiência e a Lei 13.146/2015 foram importantes marcos para o reconhecimento de direitos às pessoas com deficiência, lançando luz numa realidade por vezes estigmatizada e ignorada pelos intérpretes, além de trazer mecanismos de inclusão que não podem ser ignorados, demonstrando o papel da sociedade para o convívio harmonioso com as pessoas com deficiência.

Dessa forma, é inegável a relevante contribuição da legislação para o reconhecimento da pessoa com deficiência em igualdade com os demais cidadãos, além de estabelecer medidas importantes que devem ser empregadas pela sociedade para a devida inclusão dessas pessoas, excluindo barreiras, numa visão protetiva e prioritária à pessoa com deficiência. A título de exemplo, é possível citar a necessidade de adaptação de transportes públicos, e as

⁹ No período romano clássico, estrangeiros e escravos não eram tidos como sujeitos de direitos, havendo gradação da capacidade legal, conforme a liberdade, cidade e família. Nesse sentido: “A situação da pessoa, quanto à capacidade jurídica de gozo, era determinada pelos três estados: o de liberdade, o de cidadania e o de família. Mudando-se qualquer um desses requisitos, mudava-se a situação jurídica da pessoa também, mudança essa que se chamava *capitis deminutio*.” (MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 35-36). Também nesse sentido: KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 78; e SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. por Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1888. v. 2, p. 62-65.

¹⁰ Não é objeto desse estudo aprofundar-se entre as diversas concepções acerca do início da vida e da aplicação dos direitos da personalidade. Para tanto, CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coords.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

¹¹ Acerca dos direitos dos animais não-humanos: ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 283-340; e SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do Direito Civil. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, v. 4, a. 3, 2017. p. 897-911. Defendendo a viabilidade do reconhecimento de direitos da personalidade para animais: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *A personalidade jurídica dos grandes primatas*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; e REGAN, Tom. *The Case for Animal Rights*. Berkeley: University of California Press, 1983. p. 235-241.

¹² Expressão utilizada por LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 90.

respectivas estações rodoviárias, ferroviárias e aeroviárias, para que sejam acessíveis a pessoas com deficiência, como cadeirantes e cegos¹³.

Essas medidas percorrem toda a legislação, obrigando o Poder Público, empregadores e a sociedade civil a utilizar mecanismos eficientes para remover barreiras às pessoas com deficiência, permitindo a sua vida em liberdade, em igualdade de condições com os demais.

Tais mecanismos e deveres formam importante papel da Lei Brasileira de Inclusão, e devem receber destaque, com a atenção do intérprete para que seja dada plena eficácia aos comandos legais, que não são simples recomendações, mas efetivos direitos das pessoas com deficiência.

Além disso, cabe enfatizar que tais normas também supriram uma omissão importante do Código Civil, que não definia o conceito de deficiência, o que abria margens para avaliações excessivas e intervencionistas, em especial na definição de incapacidade.

De outro lado, na redefinição da teoria geral das incapacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência abandonou critérios seculares, restringindo sobremaneira a noção de incapacidade absoluta, além de empregar um conceito não jurídico da expressão “incapaz”¹⁴, como se fosse uma pessoa de reduzida aptidão, o que causa dificuldade na operação do Direito, mormente porque esses conceitos são contraditórios à noção protetiva e prioritária empregada naquela legislação¹⁵.

Assim, o objetivo deste capítulo é realizar uma análise da teoria geral das incapacidades e das alterações decorrentes das previsões do Estatuto da Pessoa com Deficiência que afetaram o conteúdo da capacidade e da imputabilidade¹⁶.

¹³ Aludida determinação consta do artigo 9º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Pessoa com Deficiência, que regula o direito à acessibilidade, bem como dos artigos 46 a 52 da Lei 13.146/2015.

¹⁴ “Observa-se, ainda, que a reforma realizada parece ter se pautado em uma noção informal do que se compreende por incapaz, tomado usualmente em sentido negativo, como aquele sujeito ignorante, incompetente, desqualificado ou inábil. Sob o pretexto de humanização no uso da linguagem, olvidou-se da acepção técnica do termo ‘incapaz’, de uso habitual e tradicional no campo do Direito, noção ligada à proteção daqueles que não se demonstram aptos para uma atuação plenamente autônoma no âmbito civil.” (STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 93).

¹⁵ Acerca das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que geram prejuízos às pessoas com deficiência: CURY, Augusto Jorge. Capacidade civil das pessoas com deficiência e ação de interdição: uma proposta de sistematização. *Revista dos Tribunais*, v, 108, jan. 2019. p. 67-104; e SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Conjur*, 06 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 12 jul. 2021.

¹⁶ Não serão abordadas as normas que regulam os direitos das pessoas com deficiência relacionadas à saúde, trabalho, educação, transporte etc., pois escapam do limite deste trabalho, em nada influenciando na responsabilidade civil daquelas pessoas.

Nessa toada, pretende-se conceituar incapacidade de direito e de exercício diferenciando de conceitos correlatos como personalidade, poder, ilegitimidade e legitimação. Após, será abordada a evolução histórica dos requisitos para a incapacidade até a regulamentação da Lei 13.146/2015.

Ademais, será abordada a limitação da incapacidade civil absoluta, e as razões que levaram a tal escolha legislativa, que deve ser superada. Em continuação, será apreciado o critério escolhido pelo legislador para o reconhecimento da incapacidade relativa, com o possível abandono do critério do discernimento. Finalmente, serão abordados os diversos perfis da curatela, identificando aquele escolhido pelo legislador.

1.1 Conceito de capacidade e figuras assemelhadas

O vocábulo “capacidade” é polissêmico, ou seja, possui mais de uma acepção, tanto em linguagem popular¹⁷, quanto em termos jurídicos. Em âmbito jurídico¹⁸, a palavra capacidade é gênero, do qual se extraem duas espécies, a capacidade de direito ou jurídica, e a capacidade de exercício ou de fato.

A capacidade jurídica pode ser conceituada como o potencial de ser titular de posições jurídicas ativas ou passivas¹⁹, ou seja, é a aptidão de adquirir direitos²⁰. No Direito brasileiro,

¹⁷ O dicionário Aurélio conceitua capacidade como: “1. Volume interior de um recipiente; continência; 2. Número de pessoas ou unidades outras que podem ser acomodadas num recinto, num recipiente, num veículo, etc. 3. Qualidade que uma pessoa ou coisa tem de possuir para um determinado fim; habilidade, aptidão. 4. Pessoa de grande ilustração ou aptidão; talento, sumidade 5. *Eletr.* A quantidade de carga elétrica ou de energia que uma bateria elétrica pode fornecer sem que se lhe altere irreversivelmente a constituição química, e medida, comumente, pelo número de ampères-hora que ela pode debitar. 6. *Fís.* Capacitância (1). 7. *Jur.* Aptidão legal para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 391).

¹⁸ O termo “incapacidade”, como conceito jurídico próprio e abstrato, foi utilizado em nosso ordenamento a partir do Código Civil de 1916. Nas Ordenações Filipinas, não havia a adoção do termo “incapaz”, mas sim referência a pródigos, mentecaptos, desassisados e desmemoriados, conforme Título CIII, do Livro 4: “Dos curadores, que se dão aos Pródigos e Mentecaptos. Porque além dos Curadores, que hão de ser dados aos menores de vinte cinco anos, se devem também dar Curadores aos Desassisados e desmemoriados, e aos Pródigos, que mal gastarem suas fazendas”. Nesse sentido: “Ademais, nas Ordenações, há toda uma variedade de determinações para se referir à pessoa com deficiência mental: louco, desassisado, mentecapto, furioso, sandeu, em que pese muitas vezes dando a elas sentidos diversos.” (REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 69).

¹⁹ BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 39.

²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 72-73.

todo o ser humano possui a capacidade de direito²¹, formando o chamado princípio da capacidade total do direito²², a revelar que essa é sempre integral, plena, completa.

Por sua vez, nem toda a pessoa é capaz de exercer, por si só, os direitos assegurados pela legislação, muito menos tem condições de cumprir, pessoalmente, os deveres respectivos. Há atos da vida civil, em especial os chamados atos negociais²³, para os quais certas pessoas não possuem a aptidão para exercê-los pessoalmente, exigindo que sejam representados ou assistidos por terceiros. Para os demais atos, os chamados atos existenciais, prevalece, em regra²⁴, a plena autonomia de exercê-los pessoalmente, independentemente de ser declarado como incapaz.

Dessa forma, a teoria das incapacidades surge para restringir a pessoa de praticar, pessoalmente, os atos da vida civil, visto que, se assim o fizesse, estaria sujeita a prejuízos decorrentes de seu próprio mal julgamento, bem como da atuação de terceiros mal-intencionados.²⁵ Trata-se, portanto, de uma intervenção na liberdade das pessoas por razões eminentemente protetivas, ou seja, almejando tutelar o interesse daquele tido como incapaz.

Considerando que essa intervenção na liberdade pode ser prejudicial, o legislador cunhou dois tipos de incapacidade de fato, com intensidades diversas de intervenção estatal: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

Em caso de incapacidade absoluta, a pessoa protegida tem causas mais severas que atingem o seu discernimento, de modo que é representada na realização de atos negociais. Já

²¹ Assim o é em razão do princípio constitucional da isonomia: SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral* (Introdução: pessoas físicas e jurídicas). Atual. por Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 1, p. 247.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral* (Validade, Nulidade, Anulabilidade). Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4, p. 187-188.

²⁴ É possível estabelecer, de forma excepcional, a limitação a determinados atos existenciais, sempre pautado pelo melhor interesse do incapaz, o que será mais bem abordado nos itens subsequentes deste capítulo. Nesse sentido: “Igualmente nessa linha, a afirmativa de que os direitos existenciais da pessoa curatelada são intangíveis, há de ser entendida nos limites da razoabilidade.” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 332).

²⁵ “The infancy doctrine protects persons under the legally designated age of adulthood from both ‘crafty adults’ and their own bad judgment. The doctrine is based on the presumption that minors are generally easily exploitable and less capable of understanding the nature of legal obligations that come with a contract.” (PRESTON, Cheryl B.; CROWTHER, Brandon T. *Infancy Doctrine Inquiries*. *Santa Clara Law Review*, n. 47, p. 47-80, 2012. p. 50), com tradução livre: “A doutrina da infância protege pessoas, com idade legal inferior ao que se considera para a maioridade, tanto de ‘adultos mal-intencionados’ quanto do seu próprio mal julgamento. A doutrina é baseada na presunção de que menores são geralmente mais fáceis de serem explorados e menos capazes de entender a natureza legal das obrigações que vem com o contrato.”

na incapacidade relativa, as causas que geram a redução do discernimento são menos intensas, de forma que a pessoa deverá participar do ato, mas será assistida por terceiro²⁶.

Nessa toada, extrai-se que o reconhecimento da incapacidade dos agentes é escalonado: há aqueles sem qualquer discernimento, tidos por absolutamente incapazes, que são representados pelos tutores ou curadores (modelo de substituição da vontade); há pessoas com discernimento reduzido, consideradas como relativamente incapazes, com assistência de terceiros (modelo de acompanhamento); e há aqueles com pleno discernimento, que são totalmente capazes de exercer, pessoalmente, os atos da vida civil.

As hipóteses de incapacidade serão abordadas no próximo item deste capítulo, pois exigem sua compreensão na evolução histórica. De todo modo, neste momento inicial, cabe enfatizar que o legislador define quem são as pessoas que dependem de proteção estatal²⁷, e o faz segundo o grau de intensidade da intervenção, considerando relativamente incapazes aqueles que podem ser simplesmente assistidos, enquanto absolutamente incapazes aqueles que devem ser representados.

Em suma, a avaliação da incapacidade pela técnica jurídica dá-se em três graus sucessivos, em círculos concêntricos. Num primeiro momento, há a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato; num segundo momento, dentro da capacidade de exercício, a distinção entre capazes e incapazes; e, finalmente, dentro do grupo de incapazes, há a divisão entre incapacidade relativa e absoluta²⁸.

²⁶ “Enquanto o absolutamente incapaz é *representado*, o relativamente incapaz é apenas *assistido* por seu pai, tutor ou curador.” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 42). No mesmo sentido: CURY, Augusto Jorge. Capacidade civil das pessoas com deficiência e ação de interdição: uma proposta de sistematização. *Revista dos Tribunais*, v. 108, p. 67-104, jan. 2019. p. 86/87. Referida sistemática se extrai, entre outros, do artigo 1.747, inciso I, do Código Civil: “Art. 1.747. Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;”.

²⁷ Há divergência doutrinária acerca da existência da chamada “incapacidade natural”, ou seja, casos de incapacidade na esfera fática, mas que não foram previstos pelo legislador como pessoas incapazes. Essa divergência tem origem em França, pois, naquele país, havia a enumeração de causas incapacitantes, que eram lidas de forma taxativa, razão pela qual a doutrina cunhou a noção de “incapacidade natural” para considerar pessoas sem discernimento como incapazes, ainda que não pudessem ser inseridos no rol taxativo da lei francesa. Nesse sentido: BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de Direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 1, p. 145-165; e PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. t. 1, p. 302.

²⁸ “As distinções tradicionalmente procedidas pela técnica jurídica se ocupam de um triplo cruzamento conceitual operante em círculos concêntricos, a saber: (i) o círculo mais amplo, definindo a distinção existente entre a capacidade jurídica (ou capacidade de gozo) e capacidade de exercício (ou capacidade negocial); (ii) o círculo intermediário, ocorrente no universo da capacidade de exercício para distinguir entre os capazes e os incapazes; e (iii) o círculo mais restrito, situado no universo da incapacidade, distinguindo entre incapacidades, pois estas se subdividem em dois grupos: o da incapacidade relativa, comportando quatro subespécies e o da incapacidade absoluta, albergando três tipos.” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 315).

Feitas tais conceituações da incapacidade, considerando os seus aspectos jurídicos e de exercício, necessário, para melhor delimitação da categoria jurídica objeto deste estudo, fazer a comparação deste instituto com outros conceitos de relevância para o ordenamento, quais sejam, o poder, a personalidade, a ilegitimidade e a legitimação.

Como visto, a capacidade, em sua dimensão de fato ou de exercício, é a aptidão de exercer, pessoalmente, os próprios direitos. Já poder é a aptidão de exercer direitos alheios, em nome de terceiros. Portanto, o curador, tutor ou mandatário possuem poderes para exercer determinados atos, em nome de terceiros, além de possuírem capacidade de exercer atos próprios. Aludida diferenciação é importante, pois, na realização de ato sem capacidade, o ato é anulável (incapacidade relativa) ou nulo (incapacidade absoluta); já na realização do ato sem poder, o ato, em realidade, é inexistente, visto que sequer há manifestação de vontade juridicamente tutelável daquele que o contrato regularia, não ingressando ao mundo jurídico²⁹.

Em continuação, passa-se a analisar a relação entre personalidade e capacidade. Inicialmente, conforme ensina a doutrina moderna, personalidade detém uma noção extrajurídica³⁰, inclusive psicológica, que a define como a soma dos caracteres que diferenciam as pessoas das coisas, ou seja, a sua individualidade, a sua consciência e a sua liberdade³¹.

Por sua vez, personalidade, na leitura jurídica, possui uma tripla acepção: num primeiro momento, corresponde à aptidão de ter direitos e obrigações, de modo que se confunde com o conceito de capacidade de direito. Em segundo lugar, assume uma função substancial, ou seja, passa a ser fonte de direitos subjetivos, enquanto a capacidade seria o atributo de lhe serem conferidos direitos, a revelar que a personalidade seria a causa, a fonte, a “constituição física”³², enquanto a capacidade seria a consequência, os atributos. Por fim, personalidade também assume noção de direito subjetivo, quando empregada a expressão “direitos da personalidade”, ou seja, tem conteúdo de uma modalidade de direito que seria

²⁹ Nesse sentido: BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de Direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 1, p. 152.

³⁰ Há divergência doutrinária se o conceito de personalidade é intrajurídico (algo construído pelo Direito) ou extrajurídico (circunstância fática alheia ao poder de conformação social do legislador), havendo uma tendência da doutrina moderna de considerá-lo como extrajurídico. Nesse sentido: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 35-39.

³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 70.

³² Expressão utilizada por CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. por Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 21-23.

atribuído à pessoa, de sorte que, neste caso, direito de personalidade seria um dos direitos reconhecidos à pessoa, ou um dos conteúdos da capacidade de direito³³.

Mencionada diferenciação tem relevância teórica e de fundamentação, já que, ao considerar a personalidade como conceito extrajurídico, a capacidade de direito passa a ser o mecanismo jurídico para tutelar tal circunstância, um escudo para tutelar a personalidade³⁴.

Feito esse breve panorama, passa-se à análise dos conceitos de ilegitimidade e legitimação. Legitimidade pode ser conceituada como uma autorização legal para que o agente pratique determinados negócios jurídicos, havendo limitação desse direito a certas pessoas, em razão de específica condição social³⁵. Dessa forma, como regra, a pessoa capaz possui legitimidade para realizar todos os negócios jurídicos, mas certas pessoas são ilegítimas para determinado ato, como a proibição de o tutor ou curador comprar bens confiados à sua administração, ou a necessidade de outorga conjugal³⁶⁻³⁷.

Enquanto a declaração da incapacidade tem como fundamento a proteção da pessoa do incapaz, a ilegitimidade pretende tutelar interesse de terceiros em relação jurídica com o declarante. Trata-se de uma proibição subjetiva, fundamentada pela posição jurídica ocupada pelo contratante³⁸. Ainda, salvo eventuais limites fixados na sentença de interdição, a incapacidade é geral, para todos os atos praticados pelo incapaz, para a sua proteção, enquanto a ilegitimidade é circunstancial, somente para determinados atos.

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral* (Introdução: pessoas físicas e jurídicas). Atual. por Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 1, nota do atualizador, p. 262. Também acerca da relação entre capacidade e personalidade: SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 106-107.

³⁴ Não é objeto deste estudo o aprofundamento no conceito de personalidade e os direitos de personalidade. Sobre o tema, por todos: CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. por Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014; e SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

³⁵ “A ilegitimidade é uma situação de exceção, em que, por força de *relação jurídica* ou *fática* entre o declarante e outra pessoa, o ordenamento cria um obstáculo para a realização de um negócio jurídico. É um *impedimento*.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese (Tutelaridade). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986. p. 154).

³⁶ “Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade: I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor” e “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.”

³⁷ Há divergência doutrinária se a outorga conjugal é causa de ilegitimidade ou de legitimação. Contudo, parecem-nos, assim como defendeu Maurício Bunazar, que a distinção proposta por Antonio Junqueira de Azevedo é a mais correta, também considerando que a falta de outorga conjugal é caso de anulabilidade, por ilegitimidade, conforme artigo 1.749 do Código Civil, e não de simples ineficácia, o que ocorreria se fosse caso de legitimação: BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 37.

³⁸ BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 36.

Já a legitimação corresponde à relação entre o declarante³⁹ e o objeto do negócio jurídico⁴⁰, ou seja, é a possibilidade do declarante de dispor do objeto do ato⁴¹. Aludida legitimação é avaliada de forma dinâmica, em todo o processo do negócio jurídico, e não somente estática, na gênese do negócio. Dessa forma, faltará legitimação àquele que aliena o bem sem ser o efetivo proprietário, ou caso esteja privado do poder de dispor, pois não há qualquer relação jurídica entre o declarante e o respectivo objeto.

Isso posto, na incapacidade, o agente tem sua liberdade de contratar reduzida, por normas de ordem pública que objetivam tutelar o seu próprio interesse, de modo que, ao realizar contratos, esses serão nulos ou anuláveis, a depender do grau da incapacidade, para a sua própria proteção. Já na ilegitimidade, o contratante é impedido de realizar determinado ato por condições subjetivas, fruto da proteção do interesse de terceiros, razão pela qual o negócio por ele celebrado será nulo ou anulável, conforme a escolha do legislador ao criar a hipótese de ilegitimidade (nos exemplos supracitados, a falta de outorga conjugal gera a anulabilidade, conforme artigo 1.649 do Código Civil, enquanto a compra por tutor ou curador gera a nulidade, conforme artigo 1.749 do Código Civil). Finalmente, na legitimação, o agente não detém o objeto que resulta o negócio jurídico e, na falta daquele, o negócio será ineficaz, em virtude de todos os elementos de existência e requisitos de validade estarem presentes.

Em suma, extrai-se que a capacidade é conceito basilar da Parte Geral do Código Civil, com formulação ampla, englobando a capacidade de fato e de direito, tendo como fundamento a proteção à personalidade, em nada se confundindo com poder, ilegitimidade ou legitimação.

³⁹ Há doutrina que diferencia a legitimação de primeiro grau, na qual a relação jurídica é avaliada em relação à pessoa do declarante, da legitimação de segundo grau, em que há poder em relação a outrem, de modo que o declarante o faz em substituição àquele que tem relação com o objeto, como na representação de pessoas jurídicas, ou mesmo na gestão de negócios. Acerca do tema: BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 221-232.

⁴⁰ “O SR. TORQUATO CASTRO – [...] A legitimação é o título pelo qual alguém tem o direito, título que decorre da lei. Muitas vezes esse título precisa ser anterior à nova posição que ele vai assumir. Quem vai vender precisa ser dono da coisa. Então, há uma pré-legitimação na condição de quem vai vender, exige-se uma prévia legitimação para revender, para passar adiante: é preciso ser dono. Como a doutrina é oscilante em torno do caráter de nulidade, ou da anulabilidade, ou de mera resolução ou mera ineficácia, achei por bem que desaparecesse aquele dispositivo, diante da celeuma que tinha provocado. [...] e não se deve confundir com capacidade, que é coisa diferente. Capacidade é uma posição individual de ter-se consciência plena do ato que se vai praticar, de estar-se ou não manietado por uma condição de inferioridade, qualquer problema psíquico. A capacidade afeta o indivíduo. A legitimação é ideal, porque decorre da lei. A legitimação chama até o incapaz. O incapaz é muitas vezes legitimado. Ele não é legitimado para praticar ato jurídico, mas é legitimado para suceder, para receber. Então, como vamos confundir capacidade com legitimação? Não podemos fazer isso.” (MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. t. 1, p. 395-396).

⁴¹ A despeito desse conceito, há doutrina que emprega a noção de legitimação com identidade ao conceito de ilegitimidade. Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 330-331; e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 139, nt. 2.

1.2 Análise histórica da incapacidade

Para o melhor entendimento do conteúdo da capacidade e seus efeitos, propõe-se uma avaliação histórica do conceito de incapacidade. No Direito romano, não havia termo geral equivalente ao conceito de pessoa⁴², bem como inexistia conceito geral e amplo de capacidade, de modo que eram adotados termos especiais para referir-se à capacidade de cada relação jurídica ou grupo de relações⁴³.

Nessa toada, para o Direito romano⁴⁴, a condição de ser humano não era causa atributiva de capacidade⁴⁵, sendo ainda necessário ser livre (*status libertatis*) e ser cidadão romano (*status civitatis*), somente adquirindo plena capacidade caso fosse chefe da família (*pater familias*), já que a este eram delegados grandes poderes em relação aos membros da família⁴⁶.

Em relação ao *status libertatis*, os escravos não eram considerados sujeitos de direito, mas sim possuíam a natureza jurídica de coisa (*res*), equiparados a animais e coisas inanimadas⁴⁷, motivo pelo qual poderiam ser vendidos, além de ser objeto de posse, usufruto

⁴² A palavra latina *persona* era utilizada de diversas formas em fontes distintas, não tendo conceito unívoco, sendo também utilizada para se referir ao ser humano em geral, independentemente de sua capacidade, inclusive para se referir a escravos, que não eram considerados sujeitos de direito. Nesse sentido: PORCHAT, Reynaldo. Direito Romano. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 19, p. 9-52, 1911. p. 9-12.

⁴³ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 46.

⁴⁴ A existência de escravidão foi uma constante em todas as fases do Direito romano, mesmo no período arcaico, ainda que a escravidão não assumisse um papel tão importante no período pré-clássico, ao contrário do que ocorreu na República e no Império. Acerca do tema: KUNKEL, Wolfgang. *An introduction to roman legal and constitutional history*. Trad. por J.M. Kelly. Oxford: Clarendon Press, 1966. p. 8.

⁴⁵ Para a existência do homem para o Direito romano clássico, era necessária a vida extrauterina, bem como forma humana, de modo que não havia personalidade àqueles com deformidade notável, acarretando incompatibilidade com vida duradoura, que eram chamados de *monstrum*, *prodigium* ou *portentum*, autorizando-se a morte desses recém-nascidos. Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. Uma vez mais sobre a forma humana no direito romano. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. v. 25, n. 35, jul.-dez. 2009. p. 135-141; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1946. p. 37-39; e PORCHAT, Reynaldo. Direito Romano. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 19, p. 9-52, 1911. p. 16-27.

⁴⁶ “No direito romano, a princípio, eram necessários, para que o ser humano adquirisse personalidade jurídica, dois requisitos: a) ser livre; e b) ser cidadão romano. Demais, para que tivesse capacidade jurídica plena, fazia-se mister que fosse *pater familias* (chefe de uma família).” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 104). No mesmo sentido: e BONFANTE, Pietro. *Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 123-127; e SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 119-120.

⁴⁷ A despeito dessa equiparação a coisas, reconheciam-se certos direitos aos escravos, como participar do culto religioso, o respeito ao seu túmulo, a administração de um pecúlio próprio, além de admitir-se o casamento entre escravos ou entre estes e uma pessoa livre, como fato puramente material (contubérnio) até o período de Justiniano, quando esses casamentos foram admitidos como relações familiares. Ainda, desde a República, pela *lex Cornelia de sicariis*, o crime de matar um escravo recebia a mesma punição do homicídio. Acerca do tema: KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 84-89; MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 30;

e demais relações patrimoniais⁴⁸. As causas mais comuns para a escravidão eram a guerra e o nascimento de uma mãe escrava. Mas também existiam outras causas para a escravidão, formando a *capitis deminutio* máxima⁴⁹, como a insolvência ou a sanção ao desertor⁵⁰. Já o fim da escravidão se dava por ato de libertação pelo proprietário (*manumissio*) ou por disposição legal, quando a pessoa retomava o seu estado de pessoa livre, e, em consequência, de sujeito de direitos, ainda que pudesse ter restrições à sua capacidade, além de obrigações em relação ao antigo dono, caso fosse escravo liberto⁵¹.

Em continuação, em relação ao estado de cidadania, ao menos até os fins da república⁵², somente os habitantes livres da cidade de Roma detinham capacidade jurídica. Com redução de capacidade, mas ainda certa autonomia para os atos do comércio e para direitos patrimoniais, havia os habitantes do Lácio e das colônias latinas da Itália, que recebiam o estado de latinos (*latini*), sendo-lhes vedados os direitos políticos e familiares. Em seguida, havia os habitantes de territórios incorporados ou de Estados que tivessem celebrado tratado de paz com Roma, que eram considerados súditos livres ou peregrinos (*peregrini*), sendo submetidos a leis de sua comunidade e não podiam praticar atos regulados pelo *ius civile*. Finalmente, havia os bárbaros (*barbari*), ou inimigos de Roma, que poderiam ser capturados e reduzido à escravidão⁵³. Há, portanto, uma graduação no estado da pessoa em

e VASCONCELOS, Beatriz Avila. O escravo como coisa e o escravo como animal: da Roma antiga ao Brasil contemporâneo. *Revista UFG*, a. XIII, nº 12, jul./2012. p. 137-153.

⁴⁸ KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 84-89; e MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 29-33.

⁴⁹ “[...] três podiam ser as alterações sofridas por *capitis deminutio*: 1.ª) a perda da liberdade, que acarretava a *capitis deminutio maxima*; 2.ª) a da cidadania, a *media*; e 3.ª) a mudança no estado familiar, a *capitis deminutio minima*.” (MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 36). Também nesse sentido: KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 78; e SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. por Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1888. v. 2, p. 62-65.

⁵⁰ Acerca das causas de escravidão: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 105-106; e BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1946. p. 42-43.

⁵¹ Com a liberdade, o escravo poderia ser classificado como ingênuo, caso não tivesse sido efetivamente escravo ou tivesse adquirido a liberdade retroativamente, ou liberto, caso fosse escravo e tivesse obtido a liberdade sem efeitos retroativos. Ao liberto, além da restrição à capacidade jurídica, havia obrigações em relação ao antigo patrono, que envolviam *obsequium* (dever de respeito), *operae* (favores que o liberto deveria prestar ao patrono) e *bona* (dever de prestar alimentos). A respeito do tema: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 110-111; e BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1946. p. 43-44.

⁵² “Desde os fins da república, a tendência de Roma é no sentido de estender, paulatinamente, a cidadania romana a todos os súditos do Império. Assim, em 90 a.C., a *lex Iulia* a concedeu aos habitantes do *Latium*; um ano depois, a *lex Plautia Papiria* a atribuiu aos aliados de Roma; e, em 49 a.C., a *lex Roscia* fez o mesmo com relação aos habitantes da Gália Transpadana.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111).

⁵³ PORCHAT, Reynaldo. *Direito Romano*. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 19, p. 9-52, 1911. p. 42-45.

relação à sua cidadania, indo do cidadão romano, até o bárbaro, o que convivia lado a lado com o estado de liberdade.

Finalmente, em relação ao estado de família, aplicável somente aos cidadãos romanos, estes poderiam ser *sui iuris*, ou seja, pessoas não sujeitas ao pátrio poder; ou *alieni iuris*, sujeitos ao poder familiar de um *pater familias*. Somente homens livres e cidadãos romanos, independentemente da idade, eram *pater familias*⁵⁴, e sua autoridade abrangia a pessoa de sua mulher, seus filhos homens, netos e bisnetos⁵⁵. Por sua vez, as filhas do *pater familias*, ao se casarem, bem como os filhos por elas gerados, passavam a ser submetidos ao marido, ou ao *pater familias* deste, no caso de o marido ser *alieno iuri*. A autoridade do *pater familias* era vitalícia, não se encerrando com a maioria dos filhos⁵⁶, somente sendo afastada na morte daquele, sua *capitis deminutio*, a emancipação dos *alieni iuris* ou outras causas específicas.

Por conseguinte, no Direito romano, o estado da pessoa era múltiplo, havendo classificação em três vetores, a liberdade, a cidadania e a família, havendo capacidade máxima ao *pater familias*, cidadão romano livre do sexo masculino que não era sujeito ao poder familiar de outro homem, e havendo capacidade mínima aos escravos e aos estrangeiros inimigos, chamados de bárbaros.

Já em relação ao exercício dessa capacidade, esta era limitada pela idade, sexo, alienação mental e prodigalidade. Em relação às mulheres, estas eram consideradas púberes aos doze anos de idade, mas só foram consideradas como pessoas faticamente capazes no século IV d.C.⁵⁷. Para os homens, no período pré-clássico e clássico, exigia-se um exame

⁵⁴ Nos casos de existir uma mulher não sujeita a um *pater familias*, com *status sui iuris*, como no caso do falecimento do marido que a sujeitava, ela passava a ser chamada *mater familias*, mas não detinha pátrio poder, nem transmitia à sua família. Como afirmava Ulpiano, ela é o princípio e o fim de sua própria família sob o ponto de vista civil. Nesse sentido: KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 76; e PORCHAT, Reynaldo. Direito Romano. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 19, p. 9-52, 1911. p. 45.

⁵⁵ “Aquele que nasceu de ti e de tua mulher, fica sob teu pátrio poder. Do mesmo modo aquele que nasceu de teu filho e da mulher dele, isto é, teu neto ou neta, e também o bisneto e bisneta, e assim os demais. Aquele, porém, que nasceu de tua filha, não está sob o teu pátrio poder, mas sob o pátrio poder do pai dele.” (JUSTINIANO. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37).

⁵⁶ A despeito dessa autoridade, admitia-se a formação de patrimônio próprio aos filhos, desde o período clássico, a partir do imperador Augusto (ou, segundo alguns autores, Júlio César), o que foi confirmado pelos imperadores Nerva e Trajano, em especial o pecúlio castrense, ou seja, os valores recebidos pelos filhos em razão do serviço militar. Sobre a matéria: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 603-610; KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 77-78; e MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 156-157.

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 131-132.

individual, posteriormente sendo fixada aos quatorze. Já no período justiniano, a plena capacidade dos homens só acontecia aos vinte e cinco anos de idade⁵⁸.

Também não tinham capacidade de fato as pessoas com deficiência mental ou intelectual, chamadas de *furiosi*, *dementes* ou *mentecapti*⁵⁹, bem como os pródigos. A essas pessoas eram designados curadores, sem uma sistematização própria do sistema de curatela⁶⁰, enquanto aos incapazes pelo critério etário era designado um tutor.

O Direito romano era aplicado como fonte subsidiária ao Direito português⁶¹, de modo que regulou também o Brasil até a codificação em 1916, como fonte subsidiária, conforme a Lei da Boa Razão de 1769, desde que não colidisse com normas vigentes, organizadas nas Ordenações, em especial nas Ordenações Filipinas. Nesse período, não havia sistematização das hipóteses de capacidade⁶², como conceito autônomo e próprio, havendo remissões às pessoas com deficiência mental como pródigos, mentecaptos, desassisados e desmemoriados⁶³, ora para regular a sua curatela, ora para o reconhecimento da nulidade dos atos praticados por essas pessoas.

No Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, houve uma maior sistematização, definindo, no artigo 16, que “Todos os entes suscetíveis de aquisição de direito são pessoas”, dividindo as pessoas entre as de existência visível e as de existência ideal. Por sua vez, os artigos 21⁶⁴ e 23⁶⁵ distinguem a capacidade de direito e a de fato, a primeira como a aptidão

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 132. Também nesse sentido: KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 81-83; e WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. por A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 255-256.

⁵⁹ Essas figuras eram tratadas como sinônimas. Para aqueles que as diferenciam, *furiosi* seriam os loucos com intervalos lúcidos, enquanto os *dementes* ou *mentecaptos* seriam de loucura contínua, sem qualquer intervalo lúcido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 133.

⁶⁰ A curatela dos loucos (*cura furiosi*) é instituição prevista na Lei das XII Tábulas, ainda que, inicialmente, dependendo de sua fixação em testamento. Após, no período de Justiniano, houve a equiparação da curatela dos loucos à tutela e à curatela do pródigo, admitindo-se a curatela dativa: BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1946. p. 231-234.

⁶¹ RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880. t. 1, p. 149-155.

⁶² Foram realizadas tentativas iniciais da teoria geral da incapacidade por Lourenço Trigo de Loureiro e Antonio Joaquim Ribas, mas sem a sistematização e autonomia da noção de incapacidade encontrada a partir do Esboço de Augusto Teixeira de Freitas e com o Código de 1916. Nesse sentido: “Pode-se afirmar que Augusto Teixeira de Freitas foi o primeiro jurista no Brasil a se dedicar à construção sistemática da denominada de teoria das capacidades.” (LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 60-61).

⁶³ Conforme Título CIII, do Livro 4: “Dos curadores, que se dão aos Pródigos e Montecaptos. Porque além dos Curadores, que hão de ser dados aos menores de vinte cinco anos, se devem também dar Curadores aos Desassisados e desmemoriados, e aos Pródigos, que mal gastarem suas fazendas”. Nesse sentido: REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 69.

⁶⁴ “Art. 21. A capacidade civil é de *direito*, ou de *facto*. Consiste a *capacidade de direito* no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos.”

para *aquisição* de direitos, e a segunda para o *exercício* destes, admitindo-se gradação mesmo para a capacidade de direito⁶⁶. Assim, no projeto do jurista baiano, todos os seres humanos são sujeitos de direito, ainda que haja diferente grau de aptidão entre as pessoas; bem como não há pessoa com plena capacidade, pois sempre haverá alguma norma que proíba a aquisição de direitos⁶⁷.

Dessa forma, enquanto a incapacidade de direito se refere à inaptidão de adquirir direitos, a incapacidade de fato tem relação com a inviabilidade de exercer pessoalmente essas situações jurídicas, por dependerem de uma representação necessária, havendo diferenciação entre incapacidade absoluta e relativa, a primeira regulada pelo artigo 41 do esboço e envolvendo: a. as pessoas por nascer; b. os menores impúberes; c. os alienados declarados por tais em juízo; d. os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito; e. os ausentes declarados por tais em juízo. Já as causas de incapacidade relativa eram reguladas pelo artigo 42 do esboço e envolviam: a. os menores adultos; b. as mulheres casadas; c. os comerciantes falidos declarados por tais em juízo; d. os religiosos professos. Os absolutamente incapazes não poderiam praticar qualquer ato, enquanto os relativamente incapazes poderiam praticar alguns atos, cabendo à lei regular a abrangência e o modo dessa incapacidade.

Finalmente, naquele esboço⁶⁸ não se admitiam os intervalos lúcidos daqueles declarados como incapazes, conforme regulavam os artigos 510⁶⁹ e 511⁷⁰, mas era admitida a chamada incapacidade incidental, acidental ou natural, ou seja, a declaração de nulidade de

⁶⁵ “Art. 23. Aquelas pessoas, a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos por si ou por outrem, são incapazes de direito, isto é, desses direitos, e desses atos proibidos.”

⁶⁶ Como exemplo de limitação da incapacidade de direito, Augusto Teixeira de Freitas cita a proibição do filho ilegítimo de herdar de seus pais por sucessão legal: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860. p. 25.

⁶⁷ “Apesar disso, contudo, foi ele capaz de chegar à construção que acaba de ser delineada, e da qual se destacam os seguintes princípios: 1. Todos os homens são pessoas; mas os homens não são iguais em capacidade de direito: embora todos sejam capazes de adquirir direitos (pois que são pessoas), há classes de pessoas, conforme o grau de aptidão de cada uma dessas classes à aquisição de direitos; 2. Não existem, portanto, pessoas cuja capacidade de direito seja nenhuma, mas também não existe nenhuma pessoa com capacidade de direito completa, já que não existe pessoa alguma em relação à qual não incida alguma norma proibitiva da aquisição de direitos.” (OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. A teoria das pessoas no esboço de Teixeira de Freitas: superação e permanência. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, a. 11, n. 40, p. 7-28, abr.-jun./1987. p. 20).

⁶⁸ Acerca da sistematização da matéria em outros projetos, como o de Nabuco de Araújo, de Felício dos Santos e de Coelho Rodrigues, que trouxeram previsões semelhantes ao Esboço de Augusto Teixeira de Freitas: PEREIRA, Rodrigo Serra. Formação Histórica do Regime de Capacidades no Brasil. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (coord.). *Os Direitos civis da pessoa com deficiência*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 167-169.

⁶⁹ “Art. 510. Quanto aos menores impúberes, e aos adultos, não se admitirá prova alguma contra a sua incapacidade, ainda mesmo que eles não tenham pai ou tutor.”

⁷⁰ “Art. 511. Quanto aos alienados declarados por tais judicialmente, também não se admitirá prova alguma contra a sua incapacidade, a pretexto de terem praticado o ato em lucido intervalo. (Art. 449, n. 2).”

negócio jurídico por incapacidade, antes da sentença de interdição, conforme regulava o artigo 509 daquele esboço⁷¹.

Já o Código Civil de 1916, fundamentado no individualismo próprio da ótica oitocentista, que dava importância relevante à liberdade e à vontade dos sujeitos⁷², instituiu, nos artigos 5º e 6º, que eram absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos; os loucos de todo gênero; os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade; e os ausentes, declarados por tais pelo juiz.

Por sua vez, eram relativamente incapazes aqueles com idade entre dezesseis e vinte e um anos; as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal; os pródigos; e os silvícolas. Essa previsão foi alterada pela Lei 4.121/1962, que excluiu a mulher casada do rol dos incapazes.

Extraí-se dessa sistematização que o critério para a incapacidade, além da idade, eram as condições pessoais do interdito. Em outras palavras, em relação às pessoas com deficiência mental, a causa para a incapacidade era a própria doença mental, chamada de loucura, e não a falta de discernimento para os atos da vida civil. Apesar dessa previsão legal, a doutrina clássica já advertia que não bastava, para a incapacidade, uma deficiência duradoura, sendo necessária “grave alteração nas faculdades mentais”, ou seja, a falta de discernimento⁷³.

Ao conceituar como absolutamente incapazes os “loucos de todo o gênero”⁷⁴, o Código Civil de 1916 realizava uma leitura preconceituosa quanto à deficiência mental,

⁷¹ “Art. 509. Serão julgados incapazes para os atos jurídicos por sentença em ação ou sobre exceção de nulidade: 1. Os alienados não declarados por tais judicialmente, se não praticaram o ato em lucido intervalo. (Art. 449 n. 2.”); 2. Os surdos-mudos não declarados por tais judicialmente, que não sabem dar-se a entender por escrito; 3. Os que praticaram o ato privados do uso da razão por delírio febril, sonambulismo natural ou provocado por operação magnética; e por fortes emoções de medo ou terror, cólera, ou vingança; 4. Os que praticaram o ato em estado de embriaguez completa.”

⁷² “Ocorre que a liberdade aí suposta, e que servirá de base ao Liberalismo em todas as suas manifestações, é a liberdade de iniciativa, fator essencial à construção do capitalismo, liberdade de agir sem peias que resulta, sem dúvida, no plano jurídico, de uma concepção individualista.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 93, p. 29-52, 1991. p. 43).

⁷³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 86; e CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 253.

⁷⁴ Referida expressão era empregada de forma reiterada na época, por influência do Código Penal de 1830, que a utilizava, mas era criticada pela doutrina: “A fórmula ‘loucos de todo gênero’ foi duramente criticada ainda durante o projeto de Código Civil e continuou após a aprovação do texto. Os críticos pronunciavam-se pela substituição da ‘infeliz’ expressão por outra mais adequada como ‘alienados de todo gênero’, adotada no projeto primitivo, ou ‘loucos e deficientes mentais’.” (ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 64-65). Criticando a mencionada fórmula: CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 251-253.

retirando a autonomia daqueles diagnosticados como “loucos”, sempre os enquadrando como absolutamente incapazes⁷⁵.

Essa previsão normativa demonstra a passagem do “modelo moral”, pelo qual a deficiência é vista como pecado, como um castigo de Deus, para um “modelo médico”, no qual a deficiência é extraída como uma condição médica, que deve ser curada, para que o deficiente possa se integrar à sociedade⁷⁶. Nesse “modelo médico”, a deficiência intelectual é estigmatizada, tida como mazela social, razão pela qual o paciente deve ser curado e protegido, suprimindo-se a sua autonomia. Deficiências intelectuais como Síndrome de Down ou mesmo doenças psiquiátricas leves eram tidas como causas para a interdição, reconhecendo-se a pessoa como absolutamente incapaz⁷⁷, ainda que, no caso, tivesse discernimento suficiente, ou mesmo mera redução das aptidões mentais.

Portanto, a definição das hipóteses de incapacidade reflete o momento histórico de determinada sociedade, e o Código Civil de 1916, em sua redação original, estabeleceu um critério excludente e estigmatizante da incapacidade, próprio da noção oitocentista e do modelo médico das deficiências, na qual o deficiente deveria ser isolado, tratado e reinserido, permanecendo afastado, ou mesmo invisível, até que tal objetivo tenha sido cumprido⁷⁸.

Em continuação, após a segunda guerra mundial⁷⁹, em especial diante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi reconhecida expressamente e de forma internacional a

⁷⁵ “Não é de se espantar que assim fosse, dado o momento em que ainda se encontrava a medicina. Basta pensar que, por exemplo, a psicofarmacologia, que propiciou tratamentos a diversos sujeitos que antes estariam renegados à segregação, só começa a se desenvolver no início da década de 1950. Era, portanto, a esta época, ainda maior a carga de preconceito que pesava sobre a pessoa com deficiência mental. Por um lado, pela associação muitas vezes realizadas ao longo da história entre loucura e pecado.” (REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 69).

⁷⁶ 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 JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 13-18.

⁷⁷ “Somente com o Decreto nº 24.559/34 os psicopatas puderam ser considerados absoluta ou relativamente incapazes.” (LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 77). Criticando a opção legislativa original, no sentido da obrigatoriedade da incapacidade absoluta dos “loucos de todo gênero”: BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de Direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 1, p. 241-247.

⁷⁸ Essa visão estigmatizante também era preponderante na área médica, prevalecendo o tratamento manicomial, com aplicação de forma descontrolada e exagerada. Acerca do tema, relevantes e revoltantes são as histórias vividas pelos pacientes do manicômio Colônia, em Barbacena, conforme ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 21-174.

⁷⁹ “Na Era Moderna, em especial após o término da Segunda Guerra Mundial, houve uma preocupação com os saldos deixados pela beligerância com milhares de pessoas com deficiência física e também com deficiência intelectual. Surgiram diversos documentos internacionais de proteção das pessoas com deficiência e que foram incorporados pelos Estados signatários.” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas Constituições Brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, a. 17, v. 68, p. 225-240, ago./2016. p.

dignidade de todos os seres humanos, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, nascimento ou qualquer outra condição, o que evidentemente inclui as pessoas com deficiência, que foram vistas com outros olhos, não mais estigmatizantes e eugênicos, o que, paulatinamente⁸⁰, gerou importantes reverberações nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Na década de 1970, também por influência dos movimentos sociais nos Estados Unidos da América e na Inglaterra⁸¹, iniciou-se a chamada reforma psiquiátrica, alterando de forma profunda o tratamento de pessoas com deficiência psicossocial, dando preferência ao tratamento ambulatorial e descentralizado, com adoção do sistema asilar somente em hipótese excepcional.

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao menos onze⁸² dispositivos que protegem as pessoas com deficiência, a demonstrar uma preocupação do constituinte com o tratamento protetivo e equânime a essas pessoas.

A Lei 10.216/2001 trouxe importante contribuição sobre o tema, redirecionando o modelo manicomial para o modelo assistencial de saúde mental, além de trazer balizas para a autorização judicial da internação involuntária. Ainda que não tenha influído no conceito de incapacidade, a citada legislação mostrou-se um marco importante no tratamento das pessoas com deficiência, bem como um passo no caminho do modelo social⁸³.

Já o Código Civil de 2002, adotando pressupostos muito dissonantes da legislação anterior, recheado de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas⁸⁴, realizou

226). No mesmo sentido: “Não admira assim, face a este mundo novo em ebulição, que o homem europeu contemporâneo, causticado pela guerra e pelas crises econômicas, passe antiteticamente a reivindicar para si um certo espaço, um determinado ‘território’, uma concreta esfera de resguardo e de ação, que lhe possibilitem defender-se e afirmar-se no meio social.” (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 84).

⁸⁰ “Foi uma longa jornada desde a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, passando pelo fim da Segunda Guerra Mundial em 1945 e pela especificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, principalmente após a década de 1950, para só no ano de 1978 haver uma primeira preocupação específica com as pessoas com deficiência no âmbito constitucional brasileiro. A inclusão das pessoas com deficiência vem caminhando em passos lentos, mas está se desenvolvendo e se aperfeiçoando constantemente.” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas Constituições Brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, a. 17, v. 68, p. 225-240, ago./2016. p. 232).

⁸¹ ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 54.

⁸² Acerca dos dispositivos constitucionais que formam proteção direta para as pessoas com deficiência: PARIS, Larissa Marcell Lemes. A trajetória dos Direitos da Pessoa com Deficiência no Brasil. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (coord.). *Os Direitos civis da pessoa com deficiência*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 45-48.

⁸³ Nesse sentido: REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 121.

⁸⁴ “Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento. [...] Como se vê, o novo código abandonou o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que o desenvolvimento dos meios de informação vêm ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade.” (REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de código civil*.

importante alteração legislativa no campo das incapacidades⁸⁵. Abandonou-se o chamado “teste de *status*”⁸⁶, para a adoção de um teste funcional, ou seja, investiga-se o discernimento da pessoa sujeita ao processo de interdição, não bastando somente concluir qual é a doença que aflige a pessoa.

Ao contrário do que defendido por parcela da doutrina⁸⁷, e ao contrário do considerado no Parecer 266/2015 da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre o do Projeto de Lei 06/2003⁸⁸⁻⁸⁹, o Código Civil de 2002 realizou importante alteração dos critérios para a incapacidade, externando, com clareza, que o critério diferenciador era um só: o discernimento, ou seja, o da qualidade da manifestação da vontade⁹⁰. Logo, não foi mantida a visão estigmatizante existente na redação original do Código Civil de 1916, muito menos foi considerado o transtorno mental, por si só, como causa de incapacidade⁹¹, com abandono do “teste de *status*”, externalizando com clareza as advertências da doutrina acerca das previsões legais daquele código.

Revista dos Tribunais, v. 752, jun./1998. p. 22-30. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020).

⁸⁵ “O SR. MIGUEL REALE – No que diz respeito à Parte Geral do Código, muitas modificações foram feitas, a começar pelo texto inicial, relativo à capacidade. O Código atual não podia deixar de encontrar os embaraços com que nos defrontamos. Por mais que os eminentes juristas da época procurassem uma expressão feliz, não houve modo de atender e satisfazer a todos. Assim, por exemplo, o Código atual ainda declara incapazes os ‘loucos’ de todos os gêneros, expressão considerada pela Psiquiatria atual das mais absurdas.” (MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. t.1, p. 69).

⁸⁶ “Como uma relação que qualifica o indivíduo, o status deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o status, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o ‘ser’ e não o ‘ter’ jurídico da pessoa.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 255). Acerca do “teste de *status*”: LUSH, Denzil. *Guardianship in England and Wales*. In: DAYTON, A. Kimberley (Ed.). *Comparative perspectives on adult guardianship*, Durham: Carolina Academic Press, 2014. p. 140-141.

⁸⁷ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limitação da curatela aos atos patrimoniais: reflexões sobre a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa que não pode se exprimir. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 248. Ver também: REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 183.

⁸⁸ BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 266/2015. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. *Diário do Senado Federal*. Brasília, v. 70, n. 83, jun. 2015. p. 55-75.

⁸⁹ “No relatório apresentado, as considerações sobre a capacidade civil das pessoas com deficiência chamam atenção. Para justificar as alterações do Código Civil, repetiu-se o equívoco de se pressupor a vinculação necessária entre incapacidade de agir e deficiência no contexto do sistema legal a ser alterado.” (RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 79-80).

⁹⁰ LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 19, p. 39-61, jan.-mar. 2019. p. 52.

⁹¹ “Note-se, conforme já dito, que a simples existência de uma doença (fato objetiva e cientificamente comprovado) não tem o condão de retirar a capacidade de determinada pessoa natural. A questão da incapacidade não se restringe à simples constatação médica da existência do mal. Caberá ao especialista da área a análise acurada do grau de comprometimento do discernimento causado pela existência da doença.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 26-27).

O Código Civil de 2002 estatuiu, na redação original do artigo 3º, que eram absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos⁹²; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e os que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo por causa transitória.

Já quanto à incapacidade relativa, previa o artigo 4º do Código Civil de 2002 que eram relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; os excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo; e os pródigos⁹³. Ademais, delegava para a legislação especial a capacidade dos indígenas⁹⁴.

Dessa forma, conforme o grau de entendimento e de discernimento, a pessoa era tida como relativamente ou absolutamente incapaz, inexistindo a adoção do processo de substituição da vontade como regra, muito menos a interdição era realizada tão somente pela existência de transtorno mental, já que a deficiência mental era citada tanto no artigo 3º, quanto no artigo 4º, sempre qualificada pela perda do discernimento, de modo que a deficiência mental, por si só, não gerava a incapacidade.

⁹² A despeito de serem absolutamente incapazes, permitia-se o casamento em hipóteses excepcionais do artigo 1.520 do Código Civil: “Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.” Contudo, não prevalece mais tal possibilidade no ordenamento jurídico atual, fruto da Lei 13.811/2019. A hipótese relacionada à imposição criminal foi afastada, dado que o único crime que autorizaria a sua incidência seria o crime de sedução, que foi revogada pela Lei 11.106/2005. Por sua vez, as principais razões que levaram à reforma da legislação, para proibir casamentos abaixo da idade núbil, foram a proteção dos adolescentes e o desincentivo para casamentos de menores, conforme justificção apresentada pela deputada Laura Carneiro, autora do Projeto de Lei 7.119-A/2017. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. *PL 7119/2017*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2125584>. Acesso em: 14 set. 2021).

⁹³ A permanência da incapacidade dos pródigos é tema muito discutível, pois corresponderia à indevida ingerência estatal na liberdade, sem critérios científicos claros, não sendo possível identificar com precisão o que seriam gastos exagerados ou perdulários, tendo sido abolida no Código Civil francês e alemão. Acerca do tema: “O individualismo extremado, que prosperou no tempo da Revolução Francesa, atingiu esse terreno e repercutiu no Código Napoleão, que eliminou a interdição do pródigo, sustentando Tronchet o desinteresse pela sua incapacidade em nome de princípios econômicos e psicológicos, sob alegação de que o empobrecimento do indivíduo não atinge a riqueza coletiva, de vez que seus gastos põem em giro haveres que não saem da circulação social. [...] Espero mesmo que no futuro venha a ser eliminada, como já ocorreu no BGB (Código Civil alemão). Enquanto persistir, o texto legal tem de ser interpretado restritivamente, nos casos em que comprometa a fortuna.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 240-241). Também criticando a prodigalidade como modalidade de incapacidade: CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*: principalmente sobre o ponto de vista prático. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 270-274. De outro lado, defendendo a incapacidade do pródigo, com outra roupagem, almejando a proteção de sua pessoa: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 109-110.

⁹⁴ A incapacidade dos indígenas, anteriormente chamados de índios pela redação original do Código Civil de 2002 e de silvícolas pelo Código Civil de 1916, é regulada pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6001/1973) e escapa dos limites deste estudo, razão pela qual não será aprofundada. Sobre o tema: SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36-40.

Assim, além de realizar importante alteração quanto ao teste para a verificação da incapacidade, o Código Civil de 2002 também positivou a capacidade escalonada das pessoas com deficiência mental, permitindo o reconhecimento da incapacidade relativa, o que não era previsto na legislação anterior.

Ainda que haja críticas em relação às nomenclaturas empregadas no Código Civil⁹⁵, é inequívoco que houve uma relevante alteração no sistema de incapacidades, adotando uma sistemática mais condizente com a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

Cabe também destacar a exclusão dos ausentes e dos surdos-mudos como causas próprias de incapacidade⁹⁶, o que foi importante evolução técnica⁹⁷, além da inclusão dos ébrios habituais e viciados em tóxicos⁹⁸.

Em relação aos ébrios habituais e viciados em tóxicos, propunha-se uma leitura mais abrangente, relacionada com a parte final, motivo pelo qual se exigiria discernimento reduzido. Dessa forma, é adequado considerar que somente com a redução de seu discernimento é que haveria a incapacidade relativa, já que é absolutamente possível que o ébrio habitual e o viciado em tóxicos possuam plena capacidade, mormente considerando a existência de drogas mais leves, que não atingem diretamente o discernimento do agente⁹⁹.

De outro lado, o legislador não se preocupou em definir o conceito de deficiência¹⁰⁰, relegando o seu reconhecimento à área médica¹⁰¹, muito menos exarou, expressamente, a

⁹⁵ O legislador optou por empregar expressões diversas para se referir à deficiência mental, ora como “enfermidade”, ora como “deficiência”, ora como “excepcionais”. Há, também, dificuldade de diferenciação entre as hipóteses dos incisos II e III do então artigo 4º do Código Civil. Nesse sentido: REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 76; e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 142.

⁹⁶ A despeito disso, permanecem regras próprias aos surdos-mudos em matéria testamentária, conforme artigos 1.866 e 1.873 do Código Civil.

⁹⁷ “Por fim, de modo mais técnico, foi excluído o ausente do rol de incapazes, já que o problema que ocorre quando da ausência não é igual aos anteriores de suposta debilidade do sujeito, mas sim do seu desaparecimento [...]” (REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 77).

⁹⁸ Clóvis Beviláqua considerava “perigoso” inserir a embriaguez habitual como causa de interdição (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 87, nt. 9). Ademais, há doutrina moderna que sustenta a desnecessidade do inciso, já que o alcoolismo e o vício em drogas são considerados doenças pela CID-10 da Organização Mundial de Saúde, de modo que não haveria necessidade de sua previsão em separado. Nesse sentido: EXPÓSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 86-89; e LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 211-213.

⁹⁹ “Evidentemente, em ambos os casos, não basta a ingestão frequente de substância entorpecente, mas necessária será a falta de discernimento para a prática dos atos da vida civil.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31).

¹⁰⁰ Sobre os diversos conceitos de deficiência: PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Cinca, 2007. p. 11-24.

¹⁰¹ “Não há fórmula apta a indicar o tipo de incapacidade. O grau sempre dependerá do exame médico no caso concreto. [...] Caberá ao especialista da área a análise acurada do grau de comprometimento do discernimento causado pela existência da doença. Sem a devida comprovação desta perda ou redução de discernimento, a

excepcionalidade das medidas restritivas de proteção. Da mesma forma, o legislador não identificou qual a abrangência da incapacidade, ou seja, se a interdição afetaria somente questões patrimoniais, ou se envolveria matéria existencial¹⁰², ainda que tenha determinado, no artigo 1.772 do Código Civil, que o juiz deveria fixar os limites da curatela, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito.

Feito esse panorama, entre os anos 2002 e 2006, em oito sessões do Comitê *ad hoc* da Assembleia Geral, formulou-se e foi aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Pessoa com Deficiência, consubstanciando o tratado de direitos humanos mais rápido já aprovado até então, e com o maior número de assinaturas no primeiro dia, em 30 de março de 2007, incluindo a assinatura do Brasil¹⁰³.

Referido tratado internacional, ratificado por 175 nações até o momento¹⁰⁴, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186, sendo, ainda, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 6949/2009. A convenção foi aprovada com *status* de norma constitucional pelo Congresso Nacional, conforme sistemática do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, de modo que se tornou equivalente a emenda constitucional, sendo a primeira convenção da História a adotar esse rito procedimental¹⁰⁵.

A Convenção de Nova Iorque de 2007 teve importante papel para a autonomia e igualdade das pessoas com deficiência, lançando luz aos pleitos dessas, por vezes excluídas da

doença em si não trará maiores consequências.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 26-27).

¹⁰² A despeito desse silêncio do legislador, a doutrina já indicava que o juiz deveria, na sentença de interdição, especificar a abrangência da curatela, limitando-a a atos necessários e relacionados ao discernimento do incapaz. Nesse sentido: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 76.

¹⁰³ UNITED NATIONS. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁰⁴ DEPARTMENT OF FIELD SUPPORT. GEOSPATIAL INFORMATION SECTION. *CRPD and Optional Protocol Signatures and Ratifications*. Map n. 4496. Rev. 8 United Nations, novembro de 2017. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/documents/maps/enablemap.jpg>. Acesso em: 02 mai. 2023.

¹⁰⁵ Até a data da elaboração deste trabalho, somente três convenções internacionais haviam sido aprovadas como emendas constitucionais. Além da Convenção de Nova Iorque, também foi publicado o Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância realizada na Organização dos Estados Americanos (OEA). Nesse sentido: BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/quadro_DEC.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

participação social. Entre as diversas contribuições desse marco legal, duas delas merecem destaque para a apreciação do tema aqui analisado.

A primeira delas está no artigo 1º da Convenção, que conceitua pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Portanto, adotou-se um conceito lastreado no “modelo social”, pelo qual a deficiência deve ser entendida de forma abrangente, considerando as situações sociais que formam barreiras de acesso das pessoas com deficiência¹⁰⁶, e não com uma definição médica, lastreada exclusivamente em estudos científicos com listas de doenças.

Dessa forma, desde o ano de 2008, em respeito à hierarquia superior do Tratado de Nova Iorque, com conteúdo constitucional, o ordenamento pátrio já adotava o “modelo social” para o entendimento de deficiência, o que suprimia a lacuna do Código Civil de 2002, visto que este não empregava, em nenhum momento, o conceito de “enfermidade” ou de “deficiência mental”.

A segunda previsão relevante está no artigo 12º, que regula o reconhecimento igual perante a lei das pessoas com deficiência. Essa previsão será melhor abordada no item 3 deste capítulo, mas, neste momento, mostra-se importante identificar que a Convenção de Nova Iorque pretendeu assegurar às pessoas com deficiência a capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, prevendo que as salvaguardas para prevenir abusos, em nosso ordenamento chamadas de tutela ou curatela, deverão respeitar os direitos, a vontade e as preferências do interdito, sem conflitos de interesses ou de influência indevida, bem como que tais medidas devem ser proporcionais e apropriadas, aplicando-se pelo período mais curto possível, com revisão regular por autoridade independente e imparcial.

¹⁰⁶ “Em outras palavras, defendia-se que esses efeitos não eram decorrentes da condição de deficiência (*impairments*), mas eram sintomas de situações sociais que geram a deficiência (*disability*), situações estas que eram as suas verdadeiras causas. Nessa sistemática, os sintomas não poderiam ser tratados de forma isolada, sob pena de não eliminar o verdadeiro problema. Eram necessárias alterações na sociedade, elemento causador [...]” (HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no estatuto da pessoa com deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 40).

A previsão veio reforçar o conteúdo excepcional da interdição¹⁰⁷ no Código Civil, externalizando que aquela é excepcional e temporária, devendo ser proporcional e apropriada às circunstâncias do interdito, uma espécie de “roupa sob medida”¹⁰⁸.

Em respeito ao artigo 34 daquele tratado, foi criado o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, entre outras atribuições, deve realizar relatórios periódicos do cumprimento das obrigações estabelecidas na Convenção pelos Estados Partes. Por sua vez, esse Comitê realizou relatório inicial do sistema brasileiro, exarando diversas recomendações, entre elas, a de reformulação legislativa do sistema de incapacidades, com prevalência para a autonomia da pessoa com deficiência¹⁰⁹.

Esse relatório, aliado à tramitação própria do Projeto de Lei do Senado nº 6/2003¹¹⁰, resultou na aprovação do projeto e na promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, com *vacatio legis* de 180 dias¹¹¹, que realizou verdadeira revolução no sistema de incapacidades pátrio.

Tal diploma legislativo tem como primado a dignidade da pessoa com deficiência, buscando a sua inclusão social com igualdade em relação aos demais cidadãos, fixando uma série de direitos às pessoas com deficiência, além de estabelecer comandos importantes à

¹⁰⁷ A terminologia “interdição”, como modalidade de processo de jurisdição voluntária nominada, permanece em nosso ordenamento jurídico, por expressa previsão legal, de modo que foi utilizada neste trabalho. Em sentido diverso, considerando que a terminologia é inadequada e ofensiva à pessoa com deficiência: LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *Conjur*, 16 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 26 jul. 2021; e TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5, p. 654-655.

¹⁰⁸ Expressão utilizada por ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 611-634.

¹⁰⁹ “The Committee urges the State party to withdraw all legal provisions that perpetuate the system of substituted decision-making. [...]” (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Concluding observations on the initial report of Brazil*. Geneva, 2015. p. 4), com tradução livre: “O Comitê urge que o Estado Parte retire todas as previsões legais que perpetuem o sistema de substituição da vontade. [...]”

¹¹⁰ O projeto de lei para a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi iniciado já no ano de 2003, por meio do Projeto de Lei do Senado 006/2003, com aprovação pela Comissão de Direitos Humanos em 22 dez. 2006, permanecendo na Câmara dos Deputados por nove anos, quando foi aprovado em 05 mar. 2015, após Subemenda Substitutiva elaborada pela Deputada Mara Gabrilli, momento em que foi incluído o atual artigo 114 do Estatuto. Após a aprovação na Câmara, o texto retornou ao Senado, sendo aprovado em 18 mar. 2015 e publicado no Diário Oficial de 07 jul. 2015. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. PL 7699/2006. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407 e www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/54729. Acesso em: 24 mai. 2023). Sobre a tramitação legislativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 59-84.

¹¹¹ “Art. 127. Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.”

sociedade civil, aos empregadores e aos três Poderes, garantindo o acesso às pessoas com deficiência sem barreiras efetivas.

Ocorre que, nessa visão protetiva e inclusiva, a aludida lei realizou importantes alterações no campo da teoria geral das incapacidades, o que evidentemente gera repercussões nas mais diversas áreas da parte especial, inclusive na responsabilidade civil. Tais alterações tiveram como premissa que a noção de incapacidade, tal como até então vigente, implicaria barreira em detrimento da pessoa com deficiência, restringindo sua autonomia, não atendendo ao seu interesse e dignidade, motivo pelo qual deveria ser afastada, para garantir o pleno convívio social dessa pessoa¹¹².

Ademais, citada alteração teve também como motor uma interpretação etimológica coloquial da palavra incapaz¹¹³, distanciando-se dos termos técnicos jurídicos, extraíndo da expressão um conteúdo depreciativo, quando, em realidade, o intuito primordial da norma sempre foi a proteção da pessoa com deficiência.

De todo modo, é certo que o Estatuto da Pessoa com Deficiência realizou clara alteração¹¹⁴⁻¹¹⁵ das causas de incapacidade, restando uma única causa de incapacidade absoluta: a dos menores de dezesseis anos.

¹¹² Inclusive, a incapacidade absoluta foi interpretada como espécie de “morte civil” do interdito, em função de suprimir por completo a sua liberdade, autonomia e direito de escolha. Nesse sentido: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Trad. por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 164-165.

¹¹³ STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 93.

¹¹⁴ Em relação ao direito intertemporal, defendemos que deva ser aplicada a lei vigente na realização do ato jurídico, ainda que se refira a direito existencial. Nesse sentido: DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38; e SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Conjur*, 07 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 12 jul. 2021. Em sentido oposto, Antonio dos Reis Júnior propõe que haja retroatividade das previsões legais para atos de natureza existencial, respeitada a coisa julgada, quando ultrapassado o prazo para a ação rescisória, enquanto os atos patrimoniais não seriam afetados pela nova legislação: REIS JÚNIOR, Antonio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 249-287.

¹¹⁵ Acerca de levantamento imediato da interdição pelo estatuto, que teria excluído a incapacidade das pessoas com deficiência mental, há divergência doutrinária. Defendendo que a sentença de interdição não faz coisa julgada ou sustentando a aplicação imediata da nova lei, independentemente de prévia sentença de interdição transitada em julgado: ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da Coisa Julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 89; REIS JÚNIOR, Antonio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 279; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2, p. 564. De outro lado, sustentando a necessidade de preservação da segurança jurídica, de modo que seria

Para a incapacidade relativa, foram adotadas cinco hipóteses, duas delas sem qualquer alteração da redação original do Código Civil de 2002: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, e os pródigos. A terceira hipótese refere-se aos ébrios habituais e viciados em tóxico, excluída a parte final do inciso II, que previa “e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”. A quarta hipótese refere-se aos indígenas, com alteração da palavra “índios” originalmente constante do Código Civil. Finalmente, incluiu-se, como causa de incapacidade relativa, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, hipótese esta que anteriormente estava prevista como causa de incapacidade absoluta.

Portanto, pela leitura literal e estrita do Código Civil após as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, extrai-se que as pessoas com deficiências mentais, seja sem qualquer discernimento, seja com discernimento reduzido, seriam pessoas plenamente capazes, ou seja, com integral capacidade de exercício.

De outro lado, pela mesma interpretação literal, todos os ébrios habituais e viciados em tóxicos, independentemente de redução de discernimento, seriam tidos como relativamente incapazes, o que é contraditório à própria proposta de conferir maior autonomia aos cidadãos, num possível renascimento do chamado “teste de *status*”, perspectiva esta que não deve prevalecer.

Ademais, o artigo 84, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê que “[...] quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. As únicas hipóteses para curatela, no ordenamento jurídico pátrio, são as hipóteses de incapacidade, agora reguladas no artigo 4º, incisos II, III e IV, do Código Civil, pois aos menores a medida de proteção é a tutela. Em adição, não foi publicada lei que regule o citado dispositivo de forma expressa, indicando com clareza quais seriam os casos em que seria necessária a submissão da pessoa com deficiência à curatela.

Uma possível compreensão dessa norma, mais restritiva, seria a correlação da pessoa com deficiência com as hipóteses dos incisos II, III e IV do artigo 4º do Código Civil, ou seja,

necessário procedimento próprio para o levantamento da interdição: CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Conjur*, 03 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 27 jul. 2021; e DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. *Revista Thesis Juris*, v. 5, n. 2, p. 263-288, mai.-ago./2016. p. 267. Defendemos que a capacidade é a regra geral do ordenamento, de modo que a exclusão de causa de incapacidade é suficiente para afastar a interdição, independentemente de procedimento judicial. Contudo, fica ressalvado que, mantida a causa de incapacidade, mas por outro fundamento, como a aplicação extensiva do artigo 4º, inciso III, do Código Civil, a pessoa permaneceria como incapaz, de modo que será viável a prorrogação da interdição, com o mesmo curador, agora sob outro fundamento, sendo recomendável provocar o juiz para que fixe os novos limites da curatela, considerando o panorama legislativo atual e diante das circunstâncias específicas daquela pessoa com deficiência.

somente seria admitida a curatela para pessoa com deficiência pródiga, viciada em tóxicos, ébria eventual ou que por causa transitória não puder exprimir sua vontade¹¹⁶.

Outra interpretação, ampliativa¹¹⁷, que é predominante, extrai dessa previsão uma janela aberta para o intérprete, permitindo a curatela da pessoa com deficiência, declarando-a como pessoa relativamente incapaz, ou seja, forma uma autorização legal excepcional para a interpretação extensiva das causas de incapacidade.

Finalmente, ainda há uma terceira via, que admite a curatela de pessoa capaz, desvinculando a curatela da declaração de incapacidade, a revelar que seria viável nomear curador a uma pessoa plenamente capaz¹¹⁸, interpretação esta que é incompatível com a teoria geral das incapacidades, gerando grande dificuldade sistêmica¹¹⁹, além de que exigiria uma desvinculação das medidas de proteção ao estado da pessoa, o que não foi realizado pelo legislador pátrio, muito menos foi chancelado pela Convenção de Nova Iorque de 2007.

De todo modo, extrai-se que a alteração realizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência abandonou o critério do discernimento empregado pelo Código Civil de 2002, tendo como norte uma visão de autonomia e liberdade da pessoa com deficiência. Em seu lugar, para pessoas com deficiência mental, o critério da manifestação da vontade foi empregado, fruto do inciso III do artigo 4º do Código Civil, pelo qual, se a pessoa for capaz de manifestar sua vontade, ainda que viciada, essa pessoa é tida como capaz¹²⁰.

Em continuação, outro ponto disruptivo da legislação foi a transferência do antigo inciso II do artigo 3º do Código Civil, para o inciso III do artigo 4º do Código Civil, de modo

¹¹⁶ Há também aqueles que realizam interpretação ainda mais restritiva, defendendo a inconstitucionalidade da incapacidade dos pródigos, ébrios e toxicômanos: COLOMBI, Henry. A validade e os defeitos dos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência mental ou intelectual. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 101.

¹¹⁷ Há parcela da doutrina que realiza interpretação ampliativa desse artigo, em conjunto com o artigo 4º, inciso III, do Código Civil, para permitir a interdição de pessoa com discernimento reduzido. Nesse sentido, por todos: CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Conjur*. 03 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 27 jul. 2021; CURY, Augusto Jorge. Capacidade civil das pessoas com deficiência e ação de interdição: uma proposta de sistematização. *Revista dos Tribunais*, v. 108, p. 67-104, jan. 2019. p. 92-94; DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. *Revista Thesis Juris*, v. 5, n. 2, p. 263-288, mai.-ago./2016. p. 268-269; e TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 534-542.

¹¹⁸ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 185.

¹¹⁹ Acerca dessas dificuldades: SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Conjur*. São Paulo, 07 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 12 jul. 2021.

¹²⁰ LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 19, p. 39-61, jan.-mar. 2019. p. 40-41.

que aqueles que não podem exprimir a sua vontade passaram a ser considerados como relativamente incapazes, em vez de absolutamente incapazes.

Todavia, não houve alteração do sistema de proteção decorrente dessa declaração de incapacidade, motivo pelo qual, na incapacidade relativa, como visto, o sistema empregado é o da assistência, exigindo a participação da pessoa com deficiência. Cria-se uma sistemática de aplicação inviável, já que, se a pessoa está impedida de exprimir a sua vontade, como no caso de coma, esta necessita ser representada, e não assistida.

Nesse ponto, até mesmo os defensores do Estatuto da Pessoa com Deficiência¹²¹ verificam a inviabilidade prática da assistência para a pessoa privada de exprimir a sua vontade, propondo uma leitura não literal da legislação (a despeito de realizarem a interpretação literal para os demais temas), permitindo a representação de pessoa relativamente incapaz, de modo excepcional¹²².

Além disso, outra alteração significativa tem relação com a amplitude da curatela. O artigo 85 da Lei 13.146/2015 prevê que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, ou seja, adotou uma curatela limitada, semelhante àquela que era adotada para o pródigo, conforme artigo 1.782 do Código Civil.

Dessa forma, pela compreensão literal da nova previsão legal, a curatela não mais obriga o curador a dirigir a educação, defender o incapaz e adimplir os deveres que normalmente cabem aos pais, conforme artigo 1.740, aplicável à curatela por força do artigo 1.781, todos do Código Civil.

Em realidade, o parágrafo primeiro do artigo 85 da Lei 13.146/2015 é expresso em consignar que a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, a revelar que a pessoa com deficiência permanece autônoma em relação a todos esses direitos, inclusive quanto à sua educação.

¹²¹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 185-186. Ver também: MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição de vontade ao modelo de apoios. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 597.

¹²² A interpretação é feita para se atingir certo resultado e independe das técnicas hermenêuticas, de modo que é feita sem fundamento técnico, e contrariando os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Acerca da interpretação e de seus limites: BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 337-343; BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 187-195; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 255-309; e KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 387-397.

Essa previsão tem relevância ímpar na responsabilidade civil da pessoa com deficiência e de seu curador, conforme melhor será abordado no próximo capítulo deste estudo, uma vez que, sem o dever de vigilância, não há que se falar em responsabilidade civil do curador por ato de terceiro. Trata-se da conhecida *cura rei* e não mais de *cura persona*, o que será investigado no item 5 deste capítulo.

Em continuação, o Estatuto também inovou ao criar a figura da Tomada de Decisão Apoiada, regulada no artigo 1.783-A do Código Civil, que não afeta o estado do apoiado, que permanece plenamente capaz¹²³, motivo pelo qual o sistema de apoio forma um reforço à validade do negócio jurídico¹²⁴. Trata-se de sistema de apoio com natureza jurídica de negócio jurídico a ser ratificado em processo judicial de jurisdição voluntária¹²⁵, que somente pode ser manejado pelo apoiado¹²⁶, e não pode ser fixado de ofício pelo juiz.

Por meio da Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa com deficiência nomeia pelo menos duas pessoas idôneas¹²⁷, que lhe fornecerão os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. A medida pode ser revogada a qualquer tempo pelo apoiado, e o apoiador pode solicitar a sua exclusão após decisão do juiz, formando mecanismo que incentiva a autonomia da pessoa com deficiência. Tanto é assim que a não

¹²³ “Reafirma-se que a homologação da TDA não afeta a capacidade de quem o requer, o apoiado conserva e conservará sua capacidade civil incólume.” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2016). 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 694). No mesmo sentido: FIUZA, César. Tomada de Decisão Apoiada. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 130-133.

¹²⁴ “No caso brasileiro a tomada de decisão apoiada parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em reforço à validade de negócios por ele realizados” (REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 213). Justamente em razão desse reforço que terceiros que contratarem com o apoiado podem solicitar que os apoiadores também assinem o contrato, especificando a sua função, conforme determina o artigo 1.783-A, § 5º, do Código Civil.

¹²⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2016). 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 685-687.

¹²⁶ Nesse sentido há o Enunciado 639 da VIII Jornada de Direito Civil do CJF: “a opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva apenas da própria pessoa com deficiência”.

¹²⁷ O apoio poderá ser compartilhado ou fracionado, ou seja, ambos os apoiadores poderão exercer concomitantemente e integralmente o apoio, ou será viável que determinado apoiador exerça certas funções, enquanto o outro realize as funções em outra área. Acerca do tema: MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2016). 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 692.

participação dos apoiadores em atos do apoiado não os nulificam automaticamente¹²⁸, cabendo ao juiz decidir em eventual divergência entre apoiado e apoiador, nos casos em que o negócio possa trazer risco ou prejuízo relevante¹²⁹. Logo, esse sistema de apoio não excluiu as hipóteses legais de curatela, mas sim forma mecanismo específico disponível à pessoa com deficiência, que poderá utilizar dessa medida para reforçar a validade dos atos por ela praticados, além de obter apoio para o pleno exercício de sua liberdade¹³⁰.

Portanto, é inequívoco que o sistema de proteção legal à pessoa com deficiência mental tem sua aplicação restringida sob a égide do Estatuto da Pessoa com Deficiência, havendo a adoção da curatela somente em hipóteses excepcionais, quando o incapaz não puder exprimir a sua vontade, prevalecendo a plena liberdade e autonomia nos demais casos, inclusive com a criação da Tomada de Decisão Apoiada.

Dessa forma, da análise do arcabouço histórico extrai-se claramente uma redução do alcance de proteção às pessoas tidas como incapazes, bem como da abrangência de sua proteção. No Código Civil de 1916, a curatela era empregada de forma mais abrangente, aos “loucos de todo gênero”, e com relevante intensidade, sempre substituindo a sua vontade, por meio da incapacidade absoluta.

Após, com o Código Civil de 2002, houve redução do seu espectro de proteção, atingindo somente aqueles sem discernimento para os atos da vida civil, bem como a amplitude da proteção foi restringida, com adoção de incapacidade relativa ou absoluta, conforme o caso.

Finalmente, com a Lei 13.146/2015, a aplicação do sistema de proteção foi restringida de forma substancial, somente abrangendo os pródigos, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e aqueles que não puderem exprimir a sua vontade, motivo pelo qual o critério de incidência foi reduzido. Por sua vez, pela literalidade da norma, a abrangência da proteção

¹²⁸ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 137-138.

¹²⁹ Nesse caso, a princípio, prevalecerá a posição do apoiado, dado que plenamente capaz. Contudo, caso seja constatada a incapacidade de decidir deste, o juiz poderá suspender o ato e intimar as partes legitimadas para pleitear a curatela, a fim de que o apoio mais intenso seja disponibilizado à pessoa. A respeito do tema: MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2016). 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 693.

¹³⁰ Referido sistema de apoio é criticado por ser excessivamente burocrático: “De outra parte, a judicialização de instituto criado para prestar apoio a pessoas que possuem plena autonomia de vontade, afasta a utilidade da proteção, a qual para ser efetiva deve ser essencialmente acessível, econômica e adequada ao comprometimento causado pela deficiência na vida de quem dela se utiliza.” (FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p. 1-22, 2020. p. 19. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo>. Acesso em: 20 nov. 2021).

também foi limitada, já que, em qualquer caso, a incapacidade somente será relativa, bem como se limitará a atos patrimoniais, o que será mais bem abordado em itens próprios deste estudo. De todo modo, a evolução histórica e seus marcos demonstram uma sensível alteração do modo pelo qual as pessoas com deficiência eram vistas, de um modelo discriminatório para um modelo inclusivo, reduzindo de forma significativa tanto a abrangência, quanto a intensidade do sistema de proteção aos incapazes.

1.3 A (in)viabilidade da limitação da incapacidade civil absoluta

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 114, realizou relevante alteração do artigo 3º do Código Civil, limitando os casos de incapacidade absoluta exclusivamente aos menores de dezesseis anos de idade. Pela literalidade da norma, houve limitação do campo de incidência da incapacidade absoluta, remetendo uma série de pessoas para o campo da incapacidade relativa, ou plena capacidade civil.

Inicialmente, para melhor compreender referida alteração legislativa, inescapável o estudo da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Pessoa com Deficiência, já que houve direta influência desta na opção realizada pelo legislador.

Essa convenção, realizada na cidade de Nova Iorque no ano de 2006, com abertura para assinaturas em 2007 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009, com *status* constitucional, conforme já abordado neste estudo, previu uma série de direitos às pessoas com deficiência, e obrigações aos Estados Partes signatários da aludida convenção, o que inclui o Brasil.

Há diversos direitos e deveres reconhecidos nessa convenção, mas, visando à análise da incapacidade absoluta, objeto deste item, propõe-se que o foco seja dado ao artigo 12 daquela convenção, principal norma que regula a matéria, ao dispor sobre o “reconhecimento igual perante a lei”¹³¹.

¹³¹ “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 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,

Da leitura dos 5 itens daquele artigo, verifica-se que o item 1 refere-se à capacidade de direito, ou seja, a aptidão das pessoas com deficiência de serem sujeitos de direito, devendo ser reconhecidos como pessoas.

Já em relação ao item 2, não há clareza se o termo “capacidade legal” se refere à capacidade de direito, ou à capacidade de exercício. Há doutrinadores¹³² que leem esse dispositivo considerando que se refere à capacidade de direito, enquanto outra parcela da doutrina¹³³ identifica tal conceito com a capacidade de exercício, sendo certo que também há aqueles que sustentam que a previsão englobaria tanto a capacidade de direito quanto a capacidade de exercício¹³⁴.

A diferença entre as correntes é relevantíssima. Isso porque interpretar a “capacidade legal” como capacidade de fato ou de exercício resulta a conclusão de que as pessoas com deficiência teriam plena capacidade de exercício, em igualdade de condições às demais pessoas, ou seja, em igual intensidade das pessoas capazes, em todos os aspectos de sua vida.

Parece-nos mais adequada a primeira opção, já que o item 2 desse dispositivo está complementando o item 1, esclarecendo que não basta ser pessoa, essa também é sujeito de direitos, em igualdade de condições aos demais. Além disso, os outros itens do mencionado artigo demonstram a viabilidade de “apoios”, “salvaguardas” e “medidas apropriadas”, circunstâncias essas incompatíveis com a segunda perspectiva.

Isso porque o segundo entendimento extrairia por completo as circunstâncias subjetivas de algumas pessoas com deficiência, obrigando-as a exercer pessoalmente os atos da vida civil, quando tal exigência é desproporcional e inadequada às suas condições pessoais.

De todo modo, ainda que realizada a segunda interpretação, essa não deve ser dissociada dos demais itens daquele artigo 12, sendo certo que os itens 3, 4 e 5 trazem

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.”

¹³² “Dessa feita, confirmou-se a hipótese inicial de que a interpretação do Comitê para o termo ‘capacidade legal’, apresentado na Convenção, não se revela adequada, quando contrastada com as normas e princípios internacionais de interpretação dos tratados. O sentido adotado não revela ser o mais comum atribuível à expressão e o referido fato resta ainda mais claro, quando analisadas as traduções da Orientação Geral nº 1 para o espanhol e para o francês. Além disso, a lógica que permeia o adequado exercício hermenêutico não parece ter sido seguida pelo documento, que ignora outras disposições da Convenção.” (PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. O conceito de capacidade legal na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 3, p. 948-969, 2018. p. 966).

¹³³ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. Trad. por Pedro Maia Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 5, n. 8, p. 43-59, jun./2008. p. 47-48.

¹³⁴ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 99.

importantes freios à conclusão de que todas as pessoas, independentemente de sua aptidão intelectual e da deficiência mental vivida, teriam plena capacidade de exercício.

O item 3 daquele artigo indica a obrigação dos Estados Partes de conferir apoio às pessoas com deficiência, para o exercício de sua “capacidade legal”. A expressão “apoio” empregada nesse item pode ser lida de diversas formas, incluindo as mais diversas medidas, desde as mais intensas, no modelo de substituição de vontade, até as mais brandas, como o simples aconselhamento.

É importante pontuar que há parcela da doutrina¹³⁵ que entende o sistema de apoio em oposição ao sistema de incapacidade, considerando o paradigma da interdependência, de modo que não seria possível a representação (modelo de substituição de vontade) como mecanismo de exercício desse apoio. Nessa visão, a limitação do estado da pessoa pela incapacidade seria mecanismo indevido e excessivo, de modo que deveria prevalecer a ampla liberdade das pessoas com deficiência, havendo somente apoios à sua atuação, mas sempre preservando a vontade e a autonomia do apoiado.

Contudo, mais correta está a posição doutrinária que vislumbra a representação como modalidade de apoio possível. Não há oposição entre o sistema de apoios e o sistema de incapacidade, mas sim a declaração de incapacidade com representação é um apoio possível, relegada a casos excepcionais, quando efetivamente a pessoa não tenha condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil ou cuidar de sua pessoa adequadamente¹³⁶. Logo, a declaração da incapacidade se insere como um mecanismo de apoio, dentro do sistema cunhado pela Convenção, inexistindo oposição entre a curatela e a noção de apoios.

Em continuação, o item 4 deste artigo vai ainda mais fundo, e prevê o dever do Estado Parte de assegurar salvaguardas que previnam abusos, o que envolve medidas que sejam temporárias, proporcionais e adequadas às circunstâncias da pessoa. Vale dizer, a preocupação com a proporcionalidade é tão intensa a ponto de a expressão ser citada duas vezes em tal dispositivo, que indica que as salvaguardas serão “proporcionais e apropriadas às

¹³⁵ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. Trad. por Pedro Maia Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 5, n. 8, p. 43-59, jun./2008. p. 47-51.

¹³⁶ “[...] Conforme a dificuldade que possa ostentar, poderá receber o apoio necessário para que venha a tomar tais decisões. Mas se nem assim reunir condições de exercer sua capacidade, o apoio deverá ser mais intenso (preâmbulo da CDPD, alínea ‘j’) e incluir poderes de representação.” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição de vontade ao modelo de apoios. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 582). Na mesma direção: ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 198-204.

circunstâncias da pessoa”, bem como que as “salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.”

Da mesma forma, o item 5 remete a “medidas apropriadas e efetivas”, bem como impede que a pessoa com deficiência seja desprovida de seus bens de forma arbitrária. Uma compreensão *a contrario sensu* da parte final desse dispositivo é no sentido de que é possível destituir a pessoa com deficiência de seus bens, desde que tal intervenção não seja arbitrária, ou seja, desde que a medida seja apropriada e efetiva, conforme a proporcionalidade mencionada nos artigos antecedentes.

Portanto, ainda que seja adotada a interpretação da “capacidade legal” da aludida convenção como se fosse capacidade de fato ou de exercício, ainda assim essa perspectiva deverá levar em consideração os limites dos itens 3, 4 e 5 do mesmo artigo, que regulam o item anterior e permitem salvaguardas proporcionais, além de medidas apropriadas e efetivas que gerem o devido apoio à pessoa com deficiência, em plena proporcionalidade às suas necessidades.

É importantíssimo enfatizar que a Convenção de Nova Iorque de 2007 em nenhum momento proibiu o emprego, pelos Estados Partes, de apoios que envolvam o modelo de substituição de vontade, ou, para nós, a adoção da incapacidade absoluta, com a representação do incapaz. Assim, se não consta tal proibição da convenção, a perspectiva de que teria sido abolido o sistema de substituição de vontade, ou seja, a incapacidade absoluta às pessoas maiores com deficiência, seria contrária aos princípios que regem o Direito Internacional Público, no qual há plena soberania e liberdade dos Estados Partes¹³⁷.

A despeito dessa importante conclusão no sentido da ausência de proibição do modelo de substituição de vontade na convenção, o Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, criado naquela própria convenção, para a fiscalização da implementação dos direitos reconhecidos no tratado, empregou visão contrária ao aqui propugnado.

Referido Comitê interpreta o item 2 do artigo 12 daquela convenção como se a “capacidade legal” fosse também capacidade de exercício, exclui as noções de apoio, proporcionalidade e medidas apropriadas, e conclui que a Convenção de Nova Iorque de 2007

¹³⁷ Demonstrando tal conclusão: MARTIN, Wayne; MICHALOWSKI, Sabine; JÜTTEN, Timo; BURCH, Matthew. *Achieving CRPD Compliance: Is the Mental Capacity Act of England and Wales compatible with the Un Convention on the Rights of Persons with Disability? If not, what next? Report for the Uk Ministry of Justice*. Essex: Essex Autonomy Project, University of Essex, 2014. p. 10-13. Também nesse sentido: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. O conceito de capacidade legal na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 3, 2018. p. 948-969.

proibiu o sistema de substituição de vontade, que deve ser revogado dos sistemas jurídicos dos Estados Partes¹³⁸.

A partir dessa perspectiva daquele Comitê, que supera de forma relevante o próprio conteúdo da convenção, foi expedido o relatório inicial do sistema brasileiro¹³⁹, no ano de 2015, sendo certo que os estudos serviram de mola propulsora para a aprovação do projeto de lei que gerou o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁴⁰.

Dessa forma, a opção do legislador pátrio pela exclusão da incapacidade absoluta para pessoas maiores de dezesseis anos, em realidade, resulta de indevida compreensão da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Pessoa com Deficiência, por meio do relatório inicial do Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no sentido da inviabilidade do modelo de substituição de vontade, medida essa que é contrária às próprias previsões constantes da convenção.

Em continuação, uma vez explorados os fatos e justificativas que levaram à alteração do artigo 3º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, é certo que a legislação exarou a opção do legislador por limitar a incapacidade absoluta para os menores de dezesseis anos, excluindo a sua incidência, portanto, a todos os maiores dessa idade.

Inicialmente, cabe enfatizar que essa previsão é inconstitucional, além de ser contrária ao fundamento da legislação, que tem como objetivo proteger a pessoa com deficiência.

Conforme já abordado neste estudo, a Convenção de Nova Iorque de 2007 foi recepcionada com *status* constitucional, já que aprovada conforme sistemática do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Nessa toada, o texto da convenção não é simplesmente supralegal¹⁴¹, mas integra o ordenamento jurídico como parte da Constituição Federal.

¹³⁸ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General comment No. 1. Geneva, 2014. p. 12.

¹³⁹ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Concluding observations on the initial report of Brazil. Geneva, 2015. Conforme já relatado neste capítulo, na página 4 daquele relatório, consta, em tradução livre, que “O Comitê urge que o Estado Parte retire todas as previsões legais que perpetuem o sistema de substituição da vontade”.

¹⁴⁰ O próprio parágrafo único do artigo 1º da Lei 13.146/2015 indica que tem como base legislativa a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹⁴¹ A posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos é tema de grande discussão doutrinária, havendo posição majoritária na doutrina pela natureza constitucional, por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. Nesse sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 14, n. 2107, 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12584>. Acesso em: 16 jun. 2022; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107-145; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 120-137. Contudo, no julgamento do RE nº 466.343 (STF, RE 466343, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008; D. 04-06-2009. p. 29-165), que concluiu pela proibição da prisão civil do depositário infiel, prevaleceu a posição do Ministro Gilmar Mendes no sentido de considerar os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados

Importante ressaltar que a alteração legislativa na incapacidade absoluta realizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi muito além do texto da Convenção, este com natureza constitucional. Logo, a natureza da alteração legislativa não é constitucional, muito menos convencional ou supralegal, mas sim tem natureza de Lei Ordinária, podendo ser revogada por outra lei, bem como deve ser objeto do controle de constitucionalidade¹⁴².

Por sua vez, o item 3 do artigo 12 da Convenção de Nova Iorque de 2007 prevê expressamente que os Estados devem adotar “salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos”, bem como que tais salvaguardas deverão ser “proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa” e que “serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”.

Assim, é inequívoco que a total exclusão da representação da pessoa incapaz, implementada por meio da incapacidade absoluta, ou seja, com o emprego de modelo de substituição de vontade, resulta a ausência de salvaguarda apropriada a situações de determinadas pessoas com deficiência.

Dessa forma, ao excluir por completo aos maiores a incapacidade absoluta do sistema jurídico pátrio, a Lei 13.146/2015 contrariou o item 3 do artigo 12 do Decreto Legislativo nº 186/2008 e Decreto Presidencial nº 6.949/2009, visto que impediu a utilização de uma salvaguarda que pode ser proporcional e apropriada à circunstância específica da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, dois exemplos são bem paradigmáticos: a pessoa em coma¹⁴³ e a pessoa em grau avançado da doença de Alzheimer¹⁴⁴. É inequívoco que, em tais casos, a pessoa não

conforme a sistemática da emenda constitucional, como supralegais, ou seja, abaixo da Constituição Federal, mas acima da lei nacional, posição esta que foi reiterada em outros julgados da corte suprema.

¹⁴² Mesmo se a alteração for considerada com natureza constitucional, seria possível reconhecer-se a inconstitucionalidade dessa alteração, já que forma parte do poder constituinte derivado, fruto da natureza de emenda dos tratados internacionais de direitos humanos estabelecida no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Por sua vez, a exclusão da incapacidade absoluta suprime direitos e garantias individuais, alterando normas tidas por imutáveis pelo artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, além de ser contrária à isonomia do artigo 5º da Constituição Federal, sendo admitida a existência de normas constitucionais inconstitucionais. A respeito do tema: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977. p. 52-54; e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 67-70.

¹⁴³ “O coma (do grego *kôma* = sono profundo) pode ser definido como estado de perda total ou parcial da consciência, da motricidade voluntária e da sensibilidade, geralmente devido a lesões cerebrais, intoxicações, problemas metabólicos e endócrinos, no qual, dependendo da gravidade, as funções vitais são mantidas em maior ou menor grau.” (PUGGINA, Ana Cláudia Giesbrecht; SILVA, Maria Júlia Paes da. Sinais vitais e expressão facial de pacientes em estado de coma. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 62, n. 3, p. 435-441, mai.-jun./2009. p. 436).

¹⁴⁴ Trata-se de uma afecção neurodegenerativa, cujo nome tem origem no neuropatologista alemão responsável por seu estudo em 1907, Alois Alzheimer. A doença forma uma espécie de demência, cada vez mais frequente, estimando-se que representa cerca de 50% dos casos de demência nos EUA. Nesse sentido: SMITH, Marília de Arruda Cardoso. Doença de Alzheimer. *Revista Brasileira de Psiquiatria*. v. 21, supl. 2, p. 03-07, out./1999. p.

tem qualquer condição de manifestar sua vontade, de modo que deve ser representada por curador, que praticará atos em seu favor. Ora, nesses casos, a pessoa com deficiência não pode exercer pessoalmente os atos da vida civil, exigindo com que terceiros façam contratos para preservar sua vida e integridade física, como, por exemplo, o pagamento de hospital, convênio de saúde, e clínicas de acolhimento.

A despeito dessa situação inequívoca no mundo fenomênico, a redação atual do artigo 3º do Código Civil impediria que tais pessoas fossem consideradas como absolutamente incapazes, com nomeação de curador para lhes representar, no modelo de substituição de vontade, exigindo a declaração de simples incapacidade relativa, obrigando com que tais pessoas sejam meramente assistidas, ou seja, deveriam participar pessoalmente daqueles contratos.

Essa visão, além de absurda, devendo ser rechaçada do ordenamento jurídico, por simples aplicação do brocardo jurídico “*interpretatio illa summenda qua absurdum evitetur*”¹⁴⁵, também é inconstitucional, por violar o artigo 12, item 3, da Convenção de Nova Iorque de 2007.

Ademais, também é possível citar, tal como postulado por Maurício Bunazar¹⁴⁶, a inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da igualdade¹⁴⁷ (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), já que o estatuto fixa normativa idêntica a pessoas com discernimento e sem discernimento, ignorando as suas diferenças¹⁴⁸.

3. Acerca das principais características da doença, e sua diferença em relação a outras demências: CAMELLI, Paulo; BARBOSA, Maira Tonidandel. Como diagnosticar as quatro causas mais frequentes de demência? *Revista Brasileira de Psiquiatria.*, v. 24, supl. 1, abr./2002. p. 7-10.

¹⁴⁵ Traduzida por Caio Mário da Silva Pereira como “deve ser escolhida aquela interpretação pela qual se evite o absurdo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 168).

¹⁴⁶ “A Lei 13.146/2015 é parcialmente inconstitucional, na medida em que afronta a norma constitucional que impõe a igualdade. Com efeito, seus artigos 6º, 84 e 85, ao equipararem pessoas sem discernimento a pessoas com discernimento, tratam igualmente pessoas em nítida desigualdade.” (BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 68).

¹⁴⁷ “Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 410).

¹⁴⁸ “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.” (BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Brasília: Senado Federal, 2019. p. 36).

Além disso, a citada opção é contrária ao princípio da proporcionalidade¹⁴⁹, em especial na regra proporcionalidade em sentido estrito, na dimensão proibição de proteção deficiente¹⁵⁰, dado que se observa que há extrato social que necessita de proteção superior, mas esta não é realizada pela legislação, deixando os vulneráveis à própria sorte. Assim, não basta ao legislador evitar excessos de regulação, mas também se exige que haja proteção suficiente, sob pena de ofensa aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, que não terão medidas protetivas proporcionais às suas necessidades¹⁵¹.

Há também doutrina¹⁵² que sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo pela aplicação da vedação ao retrocesso. Com efeito, o princípio da vedação ao retrocesso é tido como princípio não escrito da Constituição Federal, e resulta a conclusão da inviabilidade na redução de direitos fundamentais por alterações constitucionais posteriores, fundamentado na segurança jurídica, na proteção da confiança e na inviabilidade do Poder Legislativo de desconsiderar a vontade expressa do constituinte¹⁵³.

¹⁴⁹ Há discussão doutrinária se a proporcionalidade é, de fato, um princípio, ou forma um postulado que reúne três máximas (adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito), com conteúdo de regras. Robert Alexy defende que a proporcionalidade não é princípio, mas sim reunião de regras: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 117, nt. 84. Contudo, há preferência da doutrina nacional pelo emprego da expressão “princípio da proporcionalidade”. Nesse sentido: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 76; e STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, mai.-set./2004. p. 223-251.

¹⁵⁰ “A proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção. Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o restado do seu sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.” (STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, p. 223-251, mai.-set./2004. p. 246).

¹⁵¹ “Portanto, pela proibição de proteção deficiente as medidas tutelares tomadas pelo legislador no cumprimento de seu dever prestacional na seara dos direitos fundamentais devem ser suficientes para oportunizar uma proteção adequada e eficaz, e ainda devem estar amparadas em averiguações cuidadosas dos fatos relevantes e avaliações justificáveis e razoáveis.” (GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 61, p. 93-111, mai.-out./2008. p. 101).

¹⁵² PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou Desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 117-119.

¹⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade de pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 32, p. 1-35, out.-dez. 2012. p. 23-24.

Ocorre que, no caso específico da Convenção de Nova Iorque de 2007, há previsão expressa¹⁵⁴ no artigo 4, item 4, no sentido de que a convenção não prejudicará qualquer disposição mais propícia à realização dos direitos das pessoas com deficiência¹⁵⁵. A proibição ao retrocesso em matéria de direitos das pessoas com deficiência não é somente princípio não escrito, decorrente de interpretação constitucional, mas sim norma expressa existente na convenção.

Nessa toada, é certo que os direitos de parte das pessoas com deficiência, que necessitam do modelo de substituição de vontade em razão de suas condições pessoais, foram efetivamente prejudicados pela convenção e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a revelar que há inconstitucionalidade na supressão desses direitos.

Portanto, seja por envolver salvaguarda desproporcional e abusiva, seja pela violação ao retrocesso, seja pelo princípio da igualdade, seja pela violação à proporcionalidade, é certo que a previsão legislativa do artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que suprimiu a viabilidade de incapacidade absoluta a pessoas com deficiência maiores, ou àqueles que não possam exprimir sua vontade, é inconstitucional, com reprimenda da redação original dos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil.

A alteração legislativa vai na contramão da razão legislativa para a sua promulgação. A legislação tem como objetivo assegurar e promover os direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, mas a exclusão da incapacidade absoluta afasta relevante proteção do sistema, diminuindo a incidência de direitos que pretendem justamente assegurar as liberdades fundamentais dos incapazes.

Assim, para além da inconstitucionalidade, a previsão legal atua na contramão dos interesses das pessoas com deficiência, suprimindo importante mecanismo de proteção, que deve ser empregado, de forma excepcional, em casos que efetivamente o recomendam¹⁵⁶, e jamais de forma generalizada e banalizada.

¹⁵⁴ O que foi bem pontuado por MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul.-set. 2013. p. 289-306.

¹⁵⁵ “4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.”

¹⁵⁶ Nesse sentido: “A meu ver, ressalto, mais uma vez, que os constantes no item IV desse mesmo art. 4º (alterado), ou seja, os que, ‘por causa transitória ou permanente, não puderam exprimir sua vontade’ (sem vontade) são absolutamente incapazes, sujeitos a processo de interdição.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 42-43).

A despeito dos pontos acima invocados, é certo que há doutrina¹⁵⁷ e julgados¹⁵⁸ que reconhecem a abolição integral da incapacidade absoluta para maiores de dezesseis anos, independentemente da gravidade de sua deficiência. O fundamento invocado é justamente a opção legislativa, que excluiu por completo a viabilidade de reconhecimento da incapacidade absoluta, numa leitura restritiva da disposição legal, ignorando o controle de inconstitucionalidade supramencionado.

Todavia, a doutrina¹⁵⁹ costuma reconhecer a viabilidade da representação, ou seja, o modelo de substituição de vontade, em casos graves e irreversíveis, já que, como dito, negar a representação corresponderia à interpretação absurda. Contudo, nesses casos, a solução seria pelo reconhecimento da incapacidade relativa, mas com representação, visto que, na visão desses doutrinadores, o reconhecimento de incapacidade absoluta seria estigmatizante e ofensivo, tratando a pessoa protegida como se não fosse ser humano, mas sim um mero objeto.

Em primeiro lugar, a exposta perspectiva é contrária à sistemática das incapacidades¹⁶⁰, pela qual o absolutamente incapaz recebe curador para representá-lo

¹⁵⁷ “Em suma, não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade, afirmação esta que tem sido seguida por vários julgados prolatados sob a vigência do EPD.” (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 142).

¹⁵⁸ “RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil. [...]” (STJ, REsp 1927423/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 27/04/2021, DJe 04/05/2021).

¹⁵⁹ “Não recusamos, portanto, a sobrevivência do modelo da representação para hipóteses extremamente graves, no qual o magistrado por fundamentadas razões determinará uma curatela de ampla extensão.” (ROSENVALD, Nelson. A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta. *IBDFAM*. 03 jul. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1225/A+caixa+de+Pandora+da+incapacidade+absoluta>. Acesso em 12 jul. 2021). Também nesse sentido: FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. *Civilistica*, a. 9, n. 2, p. 1-22, 2020. p. 15. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo>. Acesso em: 20 nov. 2021; e MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição de vontade ao modelo de apoios. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 582.

¹⁶⁰ “Incorreu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, porém, em erro técnico crasso, contrariando toda a firme construção teórica a respeito da capacidade da incapacidade civil. [...] Uma vez que ato algum pode ser praticado pelo indivíduo que não consegue manifestar vontade, sendo impossível até mesmo a assistência (que depende da atividade conjunta do incapaz e do assistente), a nova lei criou ou uma hipótese de representação de relativamente incapaz ou uma hipótese de assistente que atua com poderes de representante, sendo

(modelo de substituição de vontade), enquanto o relativamente incapaz é tão somente assistido (modelo de acompanhamento). Dessa forma, na intenção de se respeitar a literalidade da lei, aludida visão, em realidade, ofende outros dispositivos legais.

Além disso, cabe frisar que a separação entre incapacidade relativa e absoluta se insere na noção de “conceitos classificatórios”¹⁶¹, realizada em termos binários, de sim ou não, de forma rígida, no sentido de que para a identificação do conteúdo de determinado objeto deve-se buscar outro objeto semelhante, e extrair suas diferenças¹⁶². Como visto, a incapacidade absoluta é construção teórica semelhante à da incapacidade relativa e da plena capacidade, mas se diferencia pelo grau de intervenção estatal na liberdade, com intuito protetivo, assegurando que terceiro representará aquela pessoa em todos os atos, substituindo a sua vontade. Logo, o elemento da distinção para a incapacidade relativa está no grau de interferência estatal, justamente por meio da representação.

De outro lado, em razão dessa interferência mais lesiva, são fixados em favor do absolutamente incapaz uma série de benefícios legais, como, entre outros, a não fluência da prescrição e decadência, a aceitação automática da doação pura, e a nulidade absoluta dos atos praticados em seu prejuízo, benefícios esses que não são aplicáveis ao relativamente incapaz, justamente pela menor incidência da interferência estatal, com maior autonomia.

Nessa toada, considerar uma pessoa em coma, ou em estado avançado da doença de Alzheimer, como relativamente incapaz, mas com representação, geraria exatamente o pior de ambos os regimes: há intervenção estatal de alta incidência, substituindo a sua vontade; mas lhe seriam negados os direitos correspondentes ao absolutamente incapaz.

Posto isso, na perspectiva dessa pessoa, foram-lhe suprimidos importantes direitos, sem previsão legal, e em arrepio ao sistema protetivo à pessoa com deficiência.

É importante enfatizar que referida opção desconfigura a noção de incapacidade relativa, e trata uma pessoa que efetivamente é absolutamente incapaz, no sistema da incapacidade relativa, mas com o grau de intervenção da incapacidade absoluta. É, assim, uma confusão de definições, extraindo por completo a teoria funcional para a conceituação dos

igualmente atécnica qualquer delas.” (CURY, Augusto Jorge. Capacidade civil das pessoas com deficiência e ação de interdição: uma proposta de sistematização. *Revista dos Tribunais*, v. 108, p. 67-104, jan. 2019. p. 87).

¹⁶¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 27. Se opõe aos “conceitos de ordem ou ordenadores”, em que a relação se opera de forma graduável, de “mais ou menos”.

¹⁶² “Os conceitos gerais abstratos são construídos mentalmente a partir de uma pluralidade, através da unificação, da fusão, do que há de comum aos diversos indivíduos que a constituem, e da separação, da abstração, do que nos mesmos há de diferente, de incomum, de específico.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 25). Trata-se da definição aristotélica, chamada de “*genus-differentia*”, principal método de definição daquele filósofo. Sobre o tema: GRANGER, Edgar Herbert. Aristotle on Genus and Differentia. *Journal of the History of Philosophy*, v. 22, n. 1, 1984. p. 1-23.

institutos jurídicos¹⁶³, já que agrega à noção de incapacidade relativa notas que lhe são alheias¹⁶⁴.

Portanto, a interpretação exposta dá maior importância aos termos não jurídicos e ao “politicamente correto”, do que à estrutura sistêmica e ao próprio conceito dos institutos. Ao declarar uma pessoa como relativamente incapaz, mas submetida à representação, a doutrina e a jurisprudência acima citadas excluem uma série de direitos ao absolutamente incapaz, e ainda eliminam sua vontade, adotando o que há de pior em ambas as sistemáticas, perspectiva essa que não deve prevalecer se considerada a dignidade da pessoa humana.

Se a pessoa tem alto grau de interferência em sua liberdade, com necessidade de representação, nomeando terceiro para substituí-la em contratos, além de lhe preservar o seu bem-estar, é inequívoco que essa pessoa é, de fato, absolutamente incapaz, independentemente do rótulo dado pela doutrina ou pela jurisprudência, e, como tal, deve receber o tratamento protetivo constante na legislação e que não foi revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Não é o rótulo jurídico equivocadamente lançado pelo legislador que faz da pessoa o que ela é¹⁶⁵, mas sim a realidade fática, e tal circunstância deve levar à conclusão de que essa pessoa é absolutamente incapaz, com os benefícios legais, ainda que com outro rótulo. Interpretação contrária vai na contramão do interesse dessa pessoa com deficiência, e deve ser rechaçada.

Ademais, a noção não técnica de incapacidade absoluta, considerando como um conceito estigmatizante, é exclusivamente moral e política, mas não jurídica. Caso a nomenclatura “absolutamente incapaz” não agrade determinada faixa social, basta alterá-la para “pessoa curatelada com alta intervenção”, ou “pessoa apoiada com representação”, já

¹⁶³ Nessa visão, os conceitos devem ser lidos com base na sua utilização pela área de conhecimento específico, no local e na história, distanciando-se da noção de conceito numa visão ontológica, na qual o conceito é algo em si mesmo, e imutável. Acerca dessas diferenças conceituais: “Desse modo, a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa (que é a mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra (como se emprega ‘mesa’?). Se nos atemos ao uso, toda e qualquer definição é *nominal* (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não o contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 36).

¹⁶⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 42-43.

¹⁶⁵ A este respeito, popular é a remissão à obra de William Shakespeare “Romeu e Julieta”, na qual Julieta, no Ato II, Cena II, afirma: “[...] É só seu nome que é meu inimigo: Mas você é você, não é Montéquio! O que é Montéquio? Não é pé, nem mão, Nem braço, nem feição, nem parte alguma De homem algum. Oh, chame-se outra coisa! O que há num nome? O que chamamos rosa Teria o mesmo cheiro com outro nome; E assim Romeu, chamado de outra coisa, Continuará sempre a ser perfeito, Com outro nome. Mude-o, Romeu, E em troca dele, que não é você, Fique comigo.” (SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*. Trad. por Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. *E-book*). Em suma, é irrelevante chamar uma pessoa absolutamente incapaz de relativamente incapaz sujeito à representação, já que, em sua natureza, permanece como pessoa sem condições de exercer, pessoalmente, os atos da vida civil.

que, como dito, o nome dado à figura é irrelevante para a aplicação da técnica jurídica, ainda que possa ser relevante socialmente ou moralmente. O que não se admite é distorcer conceitos jurídicos¹⁶⁶, com justificativas morais e não jurídicas, equiparando sujeitos que vivem situações inigualáveis, exigindo daquele sem qualquer discernimento, que seja tão somente assistido, suprimindo direitos e soluções jurídicas criadas para favorecer aqueles que efetivamente não têm condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Dessa forma, já se antevêm posicionamentos doutrinários¹⁶⁷ e jurisprudenciais que objetivam conceder a tais pessoas os mesmos benefícios daqueles absolutamente incapazes, como a não fluência da prescrição, considerando que, na realidade fática, eles realmente assim o são. Logo, indaga-se qual seria a motivação de considerá-los como relativamente incapazes, para depois reenquadrá-los numa leitura ampliativa como absolutamente incapazes? Referida motivação é exclusivamente política, com utilização de vernáculos atécnicos e não jurídicos, o que contribui para a falta de segurança jurídica e confusão na aplicação dos institutos, na contramão da operabilidade do código desejada pelo legislador pátrio¹⁶⁸.

Em síntese, quatro principais pontos devem ser extraídos deste subitem: 1. a opção legislativa pela alteração do artigo 3º do Código Civil foi fruto de compreensão dada pelo Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em contrariedade ao próprio texto da convenção; 2. a exclusão dos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil é inconstitucional, por afrontar o artigo 4, item 4 (proibição ao retrocesso), e artigo 12, item 3 (salvaguardas apropriadas e proporcionais), da Convenção de Nova Iorque de 2007, além do artigo 5º, *caput* (princípio da igualdade), da Constituição Federal e o princípio da proporcionalidade; 3. a interpretação no sentido da exclusão total das pessoas com deficiência como absolutamente incapazes é contrária às razões legislativas e ao próprio espírito da lei; 4. ainda que se considere a viabilidade de declaração de pessoa com deficiência como relativamente incapaz submetida à representação, o que se invoca apenas sucessivamente, tal pessoa é, em realidade, uma pessoa absolutamente incapaz, de modo que deve ser beneficiada

¹⁶⁶ “A questão dogmática que fica sem resposta diz respeito a como considerar relativamente incapaz uma pessoa em coma, ou com síndrome de Alzheimer avançada ou outra deficiência que lhe retire completamente o discernimento ou a possibilidade de manifestar sua vontade? Esses indivíduos necessariamente terão que ser representados por seu curador. Daí pergunta-se: que incapacidade relativa é essa? Na verdade teremos um monstro legal, qual seja, incapacidade absoluta disfarçada de incapacidade relativa.” (FIUZA, César. *Direito Civil: Curso completo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 169).

¹⁶⁷ Nesse sentido, é possível citar: ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 219.

¹⁶⁸ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, jun./1998. p. 22-30. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020. Além disso, a falta de clareza da norma atua na contramão da própria função do Direito de reduzir a complexidade e gerar segurança: HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 202-229.

pelas previsões legais que se referem ao absolutamente incapaz, razão pela qual seria recomendável já declará-la como absolutamente incapaz, como de fato o é. Contudo, mantida a declaração de incapacidade relativa, essa pessoa não pode ser beneficiada das previsões legais que se referem exclusivamente aos absolutamente incapazes, pois essa foi a escolha do legislador.

1.4 O critério para o reconhecimento da incapacidade relativa

Uma vez analisadas as circunstâncias das pessoas absolutamente incapazes, mira-se, neste item, a avaliação das causas de incapacidade relativa. Após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou o artigo 4º do Código Civil, são tidos como relativamente incapazes: a. os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b. os ébrios habituais e os viciados em tóxico; c. aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; d. os pródigos; e. os indígenas, nos termos da lei especial.

Portanto, houve a exclusão daquele que, por deficiência mental, tenha o discernimento reduzido, bem como os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Houve, pela leitura restritiva, uma alteração do critério de extração da incapacidade relativa, anteriormente lastreado no discernimento.

Para a identificação da incapacidade no Código Civil de 2002, em sua redação original, o critério que separava uma pessoa capaz de incapaz era o discernimento¹⁶⁹, ou seja, a aptidão da pessoa de distinguir o certo do errado, o vantajoso do desvantajoso.

Essa conclusão se extraía dos incisos II e III do artigo 4º do Código Civil, em contraste com o artigo 3º, inciso II, daquele código. Isso porque, para a incapacidade absoluta, era necessária a ausência de discernimento para os atos da vida civil, enquanto, para a incapacidade relativa, o discernimento deveria ser reduzido. A privação do discernimento, por influência de enfermidades ou deficiências mentais mais graves, gerava a incapacidade absoluta, enquanto a mera redução do discernimento, exigindo um acompanhamento para garantir que a pessoa não seria lesada, geraria a incapacidade relativa.

¹⁶⁹ “Ocorre que também o discernimento não é uma categoria homogênea, apresentando um extenso leque de variações, de modo a se poder afirmar que há discernimento – ou não – segundo elementos funcionais e conjunturais. Pode haver discernimento para certos atos e em certas situações, e não para outros, em outras situações.” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 320).

Ocorre que, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, todas as menções à palavra discernimento foram excluídas do Código Civil, com exceção à previsão do artigo 1.860 do Código Civil, que limita a capacidade de testar aos incapazes e a pessoas que não tiverem pleno discernimento.

A partir dessa exclusão, a doutrina passou a buscar qual seria o novo critério adotado pelo legislador, concluindo-se pelo critério da manifestação da vontade¹⁷⁰. Se a pessoa é capaz de afirmar a sua vontade, ou seja, se pode externalizar determinada escolha por palavras, gestos, escrita ou qualquer método confiável de externalização¹⁷¹, ela é plenamente capaz, de modo que somente aqueles impedidos de manifestar a sua vontade seriam relativamente incapazes, como no caso das pessoas em coma ou enfermidades em grau avançado.

Dessa forma, não haveria preocupação com a qualidade da vontade externalizada, muito menos com os processos mentais que geraram essa declaração. Basta que seja possível à pessoa indicar qual a sua decisão, por mais viciada que seja, que essa pessoa é tida como totalmente capaz para os atos da vida civil. Logo, ainda que a pessoa externalizasse a vontade por surtos psicóticos, mesmo que as razões da vontade fossem dissonantes da realidade, perceptível por um cidadão comum, ainda assim entender-se-ia que a pessoa é plenamente capaz.

Ao lado desse critério, o legislador teria feito renascer o critério de *status*¹⁷², duramente criticado pela doutrina que abordava o Código Civil de 1916¹⁷³, em relação ao ébrio habitual e aos viciados em drogas. A frase “tenham discernimento reduzido” do artigo 4º, inciso II, do Código Civil, em sua redação original, não somente se aplicava àqueles com deficiência mental, como também era um limitador de interferência estatal aos ébrios habituais e aos viciados em drogas. Dessarte, não bastava ser viciado, era necessário que esse

¹⁷⁰ LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v. 19, p. 39-61, jan.-mar. 2019. p. 41.

¹⁷¹ É possível a externalização da vontade por diversos mecanismos, inclusive por escrita, sinais ou emprego de outras tecnologias. Nesse sentido, paradigmático é o caso de tecnologia desenvolvida no Instituto de Sistema de Robótica (ISR) da Universidade de Coimbra, que permite a comunicação exclusivamente pelo movimento das pálpebras: COSTA, Gilberto; QUINTIERE, Andréa. Sistema faz pessoas com deficiência motora se comunicarem pela pálpebra. *EBC*, 03 nov. 2012. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/2012/11/cientista-portugues-cria-sistema-para-facilitar-a-comunicacao-de-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 27 jul. 2021.

¹⁷² LUSH, Denzil. Guardianship in England and Wales. In: DAYTON, A. Kimberley (Ed.). *Comparative perspectives on adult guardianship*. Durham: Carolina Academic Press, 2014. p. 140-141.

¹⁷³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 86; e CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*: principalmente sobre o ponto de vista prático. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 253.

vício atingisse o seu discernimento, ou seja, impedisse a pessoa de manifestar sua vontade com identificação precisa dos riscos envolvidos no negócio jurídico¹⁷⁴.

Assim, da perspectiva dos viciados em álcool e drogas, aparentemente haveria a exclusão do critério de discernimento, e renascimento do tão repudiado critério de *status*, ou seja, sendo a pessoa viciada em drogas ou álcool, passaria a ser relativamente incapaz, independentemente de seu discernimento.

Dessa forma, por escolha do legislador, houve uma redução do alcance da incapacidade relativa às pessoas com deficiência, mas, de outro lado, houve um avanço das hipóteses de incidência de incapacidade para os viciados em álcool e outras drogas. Para esses últimos, com o abandono do critério do discernimento, o alcance da incapacidade foi incrementado, e essas pessoas passaram a ser consideradas como incapazes tão somente pelo seu *status* de viciados, decorrência da interpretação restritiva do comando legal.

Por fim, além dos indígenas regulados em legislação especial, permanece a viabilidade de incapacidade aos pródigos, nos mesmos termos da legislação anterior, sem qualquer alteração. Logo, a essas pessoas, permanece o teste de discernimento, já que a identificação da prodigalidade exige a falta de controle da pessoa sobre o seu patrimônio, com gastos excessivos¹⁷⁵.

Em síntese, se antes havia um único critério identificador da incapacidade relativa, com a revolução gerada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, numa avaliação literal, haveria três critérios distintivos: o “teste de *status*”, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos; a inaptidão de manifestar a sua vontade, em especial às pessoas com deficiência; e o critério do discernimento, que prevalece aos pródigos e aos indígenas¹⁷⁶.

¹⁷⁴ O grau de discernimento era essencial para identificar se a pessoa viciada seria relativamente incapaz, ou mesmo absolutamente incapaz. Nesse sentido: “Da mesma forma, poderão os viciados em tóxicos que venham a sofrer redução da capacidade de entendimento, dependendo do grau de intoxicação e dependência, ser considerados, excepcionalmente, absolutamente incapazes pelo juiz, que procederá à graduação da curatela, na sentença, conforme o nível de intoxicação e comprometimento mental” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 124).

¹⁷⁵ “A prodigalidade deve ser analisada diante de um binômio: o patrimônio da pessoa natural e o volume de gastos por ela despendido. Para ser considerada pródiga, a pessoa deve realizar gastos imoderados de acordo com seu padrão de vida, não apenas considerando o número absoluto de seus gastos.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33). No mesmo sentido: CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 270-274; e TUHR, Andreas von. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Trad. por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946. v. 1, p. 60-61.

¹⁷⁶ A lei que regula a capacidade dos indígenas é o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que prevê, em seu artigo 8º, a nulidade dos atos praticados sem a intervenção da FUNAI, salvo se o “índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos”, a revelar a prevalência do critério do discernimento. Sobre a capacidade dos indígenas: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 127-129; e SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36-40.

A diversidade de critérios, para além de gerar inequívoca insegurança jurídica, não corresponde aos critérios mínimos de equidade. Afinal, não haveria razões para os viciados em tóxicos serem considerados incapazes, ainda que com pleno discernimento, enquanto uma pessoa em surto psicótico, sem qualquer discernimento, seja considerada como capaz. Tal interpretação, repita-se, é absurda, e deve ser rechaçada por simples aplicação do brocardo jurídico “*interpretatio illa summenda qua absurdum evitetur*”.

Dessa forma, para resolver tais casos complexos, a doutrina passou a realizar uma perspectiva ampliativa do artigo 4º, inciso III, do Código Civil, para identificar que a pessoa com discernimento reduzido, em realidade, não pode exprimir sua vontade¹⁷⁷.

Num primeiro momento, as causas de incapacidade, por envolverem relevante interferência na liberdade dos cidadãos, exigiriam uma previsão taxativa, com interpretação restritiva¹⁷⁸, impedindo a interferência excessiva do Estado¹⁷⁹. Ocorre que, diante da gravidade das alterações no sistema de incapacidades, distorcendo por completo a sistemática do Direito Privado, com critérios imprecisos e errôneos, levando a conclusões absurdas, esse recurso da leitura ampliativa vem sendo utilizado de forma preponderante, impedindo-se violações ainda mais graves.

Da mesma forma, o artigo 84, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência indica que será possível a curatela “quando necessário”, formando uma cláusula aberta ao intérprete, que pode utilizar desse recurso para a retomada do critério do discernimento, conforme acima sustentado, ou ainda, aludida previsão legal pode ser utilizada como mecanismo argumentativo para sustentar a viabilidade da interpretação ampliativa do artigo 4º, inciso III,

¹⁷⁷ Por todos: CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Conjur*, 03 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 27 jul. 2021; CURY, Augusto Jorge. Capacidade civil das pessoas com deficiência e ação de interdição: uma proposta de sistematização. *Revista dos Tribunais*, v, 108, p. 67-104, jan. 2019. p. 92-94; DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. *Revista Thesis Juris*, v. 5, n. 2, p. 263-288, mai.-ago./2016. p. 268-269; e FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 241-242.

¹⁷⁸ Trata-se da chamada “norma rígida”, que se contrapõe à “norma elástica”, conforme propõe DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1, p. 76-78.

¹⁷⁹ “Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o *telos* protegido é postulado como de tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu espírito (*mens legis*), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo, argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 296).

do Código Civil, para considerar uma pessoa com vontade totalmente viciada, como se fosse uma pessoa incapaz de manifestar sua vontade.

Em síntese, as alterações da Lei Brasileira de Inclusão pretenderam extirpar do ordenamento o critério do discernimento como identificador da incapacidade relativa, o que gerou uma pluralidade de critérios, inclusive com aumento da incidência da incapacidade nos casos de vício em álcool e drogas. A partir dessa sistemática, numa noção literal, seria possível concluir que pessoas com pleno discernimento seriam incapazes, mas pessoas sem qualquer discernimento seriam capazes, interpretação essa ilógica. Desse modo, seja pela inconstitucionalidade invocada no item anterior, seja pela leitura ampliativa da lei, seja pelo preenchimento da expressão “quando necessário” do artigo 84, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, propõe-se a retomada do critério do discernimento, medida adequada para distinguir entre os tipos legais da capacidade e da incapacidade, abandonando-se o critério da simples manifestação de vontade e o “teste de *status*”.

1.5 Os perfis da curatela

Além da alteração das causas de incapacidade absoluta e relativa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência também alterou de forma substancial o perfil da curatela, reduzindo a atuação do curador. Assim, referida norma trouxe importantes consequências não somente na amplitude da incapacidade, ou seja, nas causas previstas na legislação para a sua incidência, como também na profundidade da intervenção, isto é, nos limites dos poderes-deveres do curador.

Nesse ponto, é importante enfatizar que a codificação brasileira sempre adotou um conceito de incapacidade patrimonial, preocupado exclusivamente com a administração dos bens do incapaz, empregando pouca ou nenhuma preocupação com os deveres de cuidado e com a administração da pessoa do incapaz, ou seja, questões de natureza existencial.

Na construção clássica da curatela, mantida no sistema de incapacidades construído no Código Civil de 2002, haveria duas modalidades de intervenção: a curatela para o cuidado da pessoa (*cura persona*) e a curatela para o cuidado do patrimônio (*cura rei*)¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Expressões estas utilizadas por VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*: arts. 1.694 a 1.783. São Paulo: Atlas, 2003. p. 229: “A curadoria do pródigo é *cura rei* e não *cura persona*”. Tais vocábulos também são empregados por VILLELA, João Baptista. Incapacidade Transitória de Expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (orgs.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: homenagem a Túlio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 356.

No primeiro caso, a curatela tem como objetivo a proteção e os cuidados da pessoa do incapaz, garantindo, entre outros, sua educação, cuidados médicos, moradia e lazer, uma vez que esta não teria condições de, pessoalmente, providenciar todo o necessário para o convívio social. Logo, o traço distintivo dessa intervenção estatal estava focada no cuidado e na proteção, estabelecendo um verdadeiro dever de vigilância ao curador¹⁸¹, que tinha o dever de assegurar os cuidados do incapaz, realizando medidas equiparadas ao tutor, que, por sua vez, exercia atividade semelhante ao genitor de uma pessoa menor de idade.

Justamente pelo intuito protetivo desse perfil de curatela, o artigo 1.781 do Código Civil equipara as regras de exercício de tutela e curatela, o que envolve as obrigações do artigo 1.740, sendo certo que, no inciso III deste artigo, há obrigação ao tutor de “adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade”. Vale enfatizar que tal previsão continua em vigor, não tendo sido alterada ou revogada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para o exercício desse dever de vigilância, o curador pode empregar uma série de medidas protetivas, que devem sempre ser utilizadas visando ao bem do incapaz, de modo proporcional às suas necessidades, não podendo ser muito brandas, quando haveria vigilância insuficiente, nem muito restritivas, quando haveria abuso de direito e invasão a direitos fundamentais do curatelado. A título de exemplo, se for necessário diante das circunstâncias pessoais do curatelado¹⁸², o curador pode estabelecer a residência do incapaz, matriculá-lo em instituição de ensino e/ou de acompanhamento, levá-lo a consultas médicas, monitorar o comportamento do curatelado na internet¹⁸³ e acompanhar o uso de remédios prescritos.

¹⁸¹ Trata-se de expressão utilizada pelo Código Civil Português, em especial no artigo 491º, e que é usufruída pela doutrina para se referir ao dever de cuidado, acompanhamento e educação do incapaz. Nesse sentido, ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

¹⁸² Trata-se da chamada “curatela sob medida”, fixando-se medidas conforme as circunstâncias pessoais do curatelado, tal qual uma roupa sob medida. Acerca dessa visão, inclusive permitindo-se curatela em relação a matérias existenciais, o que envolve o tratamento médico: ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. 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 a Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 621-626.

¹⁸³ O artigo 29 da Lei 12.965/2014, lei conhecida como Marco Civil da Internet, permite o controle parental sobre o conteúdo disponível em terminais eletrônicos, autorização esta que deve ser estendida ao curador, pois cabe a este exercer vigilância semelhante à do genitor. Acerca dos limites do exercício dessa fiscalização digital: ARNAUD NETO, Raphael Carneiro. Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos emancipados no ambiente virtual. *Migalhas*, 5 mai. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/365279/responsabilidade-dos-pais-pelos-filhos-emancipados-no-ambiente-virtual>. Acesso em: 13 mai. 2022. Sobre a responsabilidade dos pais no ambiente digital: SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. Responsabilidade parental em tempos digitais. *Migalhas*, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-deresponsabilidade-civil/333668/responsabilidade-parental-em-tempos-digitais>. Acesso em: 16 jun. 2022.

De outro lado, há um segundo perfil de curatela, chamada de *cura rei*, que pretende exclusivamente a proteção patrimonial da pessoa incapaz. O exercício da curatela é limitado, inexistindo dever de vigilância e proteção¹⁸⁴, mas tão somente intervenção para proteção do patrimônio do incapaz, que poderia ser reduzido excessivamente pelo descontrole deste. Esse perfil de curatela é moldado para o pródigo, pessoa que realiza gastos excessivos, sem qualquer controle, conforme previsão do artigo 1.782 do Código Civil¹⁸⁵.

Portanto, até o Estatuto da Pessoa com Deficiência, conviviam lado a lado dois perfis distintos de curatela, um preocupado com a pessoa do incapaz, com mais atribuições ao curador, ao lado de outro sistema, mais preocupado com o patrimônio do incapaz, de modo que os poderes do curador eram muito mais restritos.

Contudo, com a promulgação da Lei 13.146/2015, houve substancial alteração do perfil da curatela. Com efeito, o artigo 85 desse estatuto¹⁸⁶ é expresso em limitar os poderes do curador, fixando que a curatela, em todos os casos, será exclusivamente patrimonial (*cura rei*). A preocupação do legislador em restringir a curatela foi tamanha que, no parágrafo primeiro daquele artigo¹⁸⁷, ainda houve complementação para identificar que a curatela não alcança os chamados direitos existenciais, como, entre outros, a educação, saúde, privacidade, matrimônio, e o voto¹⁸⁸.

Dessa forma, pelo novo perfil de curatela estabelecido pelo legislador pátrio, todas as curatelas fixadas seriam exclusivamente patrimoniais (*cura rei*), semelhantes à curatela do pródigo, de modo que o curador seria dispensado do cuidado e da vigilância, já que o curatelado teria plena liberdade em relação a direitos existenciais, como educação e saúde. Em outras palavras, apenas para ilustrar quão prejudicial a aludida restrição pode ser, o curador não teria o dever de fiscalizar a utilização de medicamentos, o comparecimento do curatelado em cursos e acompanhamentos junto ao Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), ou ainda, o curador sequer precisaria garantir a moradia digna do curatelado, que poderia

¹⁸⁴ “Cuida o curador do patrimônio e não da pessoa do pródigo, já que este não padece, em princípio, de doença.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 160).

¹⁸⁵ “Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.”

¹⁸⁶ “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.”

¹⁸⁷ “Art. 85. [...] § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.”

¹⁸⁸ Em relação ao direito de votar, importante é a ressalva realizada por Atalá Correia: “Não faz sentido, no entanto, que deficientes interditados por incapacidade de manifestar sua vontade tenham acesso à urna juntamente com seus curadores, pois, se não há como conhecer a vontade do deficiente, também não há como garantir que o curador atua no interesse alheio. Passaria a haver, de fato, pessoas com dois ou mais votos.” (CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Conjur*, 03 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 27 jul. 2021).

optar, por exemplo, por viver na rua. Contudo, o curatelado não poderia ceder o seu apartamento para terceiros, ou realizar negócios jurídicos sem a assistência do seu curador, em uma intervenção seletiva que destoa por completo da dignidade da pessoa humana e do intuito protetivo da curatela, com limitação ao cuidado do patrimônio da pessoa com deficiência, como se a pessoa do incapaz fosse irrelevante.

Nesse ponto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não abre margens para a adoção de curatela mais incisiva, fixando-se obrigações ao curador que suplantam o cuidado patrimonial¹⁸⁹. Apesar de ausência de previsão legal expressa, parte da doutrina¹⁹⁰ considera que o novo perfil da curatela seria uma fixação individualizada dos limites de atuação do curador, que poderiam ser de “zero a 100”¹⁹¹, ou seja, que os limites da curatela seriam individualizados, conforme o caso concreto, podendo assumir contornos pessoais, com dever de vigilância.

Por sua vez, o Código de Processo Civil, que teve vigência posterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁹², no artigo 755, indica que o juiz fixará os limites da curatela, conforme o desenvolvimento mental do interdito, bem como considerará as características pessoais deste. Da mesma forma, esse estatuto não revogou o artigo 1.781 do Código Civil,

¹⁸⁹ Não há no Estatuto da Pessoa com Deficiência nenhuma norma que conceda ao juiz poderes para restringir a aplicação do artigo 85 daquela lei, de modo que, pela leitura dessa norma, a curatela dos incapazes seria sempre exclusivamente patrimonial. Ainda que o artigo 84, § 3º, desse estatuto indique que a curatela seria “proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso”, não há campo para análise individual na incidência do artigo 85, que é expresso em consignar que a curatela afetará “tão somente” os atos negociais, a demonstrar a opção pela exclusão da chamada “curatela sob medida” invocada por parte da doutrina. Acerca do tema: “Não se entende adequada a previsão legal do Estatuto da Pessoa com Deficiência de que a curatela se destina tão somente aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). É indubitável que existem pessoas que não reúnem condições mínimas para deliberar acerca de suas questões pessoais, necessitando de um representante também nessa seara. A melhor alternativa é deixar a cargo do julgador a análise acerca das aptidões de cada curatelado no caso concreto.” (LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 19, p. 39-61, jan.-mar. 2019. p. 59).

¹⁹⁰ “Essa determinação, entretanto, parece seguir a lógica do art. 1.780, CC/2002, porém é questionável no plano prático. Afinal, nada impede que uma pessoa com deficiência necessite de cuidados de ordem existencial.” (ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 624).

¹⁹¹ Expressão utilizada por ROSENVALD, Nelson. A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta. *IBDFAM*. 03 jul. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1225/A+caixa+de+Pandora+da+incapacidade+absoluta>. Acesso em: 12 jul. 2021.

¹⁹² O Código de Processo Civil entrou em vigor 17 de março de 2016, e revogou o artigo 1.768 do Código Civil, além de regular o processo de interdição nos artigos 747 e seguintes. Assim, as disposições do estatuto que colidem com o Código de Processo Civil tiveram vigência limitada, de 02 de janeiro (data da vigência da Lei Brasileira de Inclusão) a 17 de março de 2016 (data da vigência do CPC), circunstância que é chamada de “atropelo legislativo” por TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5, p. 658.

que, cumulado com o artigo 1.740 do mesmo código, manteve ao curador os mesmos deveres do tutor, o que envolve o dever de cuidado, tal como os pais perante os seus filhos menores.

Há colisão entre normas jurídicas¹⁹³, sendo certo que nenhuma delas tem conteúdo principiológico, nem hierarquia¹⁹⁴. Desse modo, prevalecem as regras de antinomia jurídica¹⁹⁵, fixadas no artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, esclarecidas por estudos doutrinários¹⁹⁶, com prevalência dos critérios da especialidade¹⁹⁷, e, posteriormente, o da temporalidade. Assim, para além da invocação de princípios constitucionais e da dignidade da pessoa humana¹⁹⁸, as regras de antinomia jurídica apontam para a prevalência do Código de Processo Civil, por ser também específico, mas posterior, de modo que o juiz fixará os limites da curatela, que pode ser exclusivamente patrimonial, conforme artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como poderá também ser pessoal, envolvendo cuidados com a pessoa incapaz, conforme autoriza o Código Civil.

¹⁹³ Nessa hipótese, não é possível recorrer-se do conhecido “diálogo das fontes”, utilizando parcela do Código de Processo Civil e parte do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou a prevalência de uma lei em determinadas situações, pois há clara contradição entre as previsões, ambas que regulam a mesma matéria de forma específica e diversa. Acerca do diálogo das fontes, por todos: JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. t. 251, p. 251-259; e MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 34-79.

¹⁹⁴ A Lei Brasileira de Inclusão também não deve ser considerada como uma “sobreestrutura”, diante da noção de segmentação horizontal, já que esta lei não é identificada pela função, mas sim pelo objeto, qual seja, regular os direitos da pessoa com deficiência, assim como são regulados os direitos do idoso, das crianças e adolescentes, dos presos, daqueles que realizam incorporação imobiliária, etc. Ademais, não há mandamento constitucional para que a lei complemente a proteção às pessoas com deficiência, para além da previsão do artigo 227, § 2º, da Constituição Federal, que tem âmbito restrito aos transportes e prédios públicos. A noção de “sobreestrutura” é defendida por parcela da doutrina em relação ao Código de Defesa de Consumidor, também em razão das previsões do artigo 5º, XXXII, da Constituição Feral e artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo que haveria prevalência da norma consumerista nas relações de consumo, ainda que houvesse lei especial posterior que regulasse determinada estrutura. Sobre a matéria: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14; e MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 402-406.

¹⁹⁵ Termo que vem do grego, pela conjugação da expressão *anti*, que quer dizer contra, com a expressão *nomos* que significa lei. Antinomia pode ser conceituada como “o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular.” (DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15).

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 34-40.

¹⁹⁷ “[...] Esta surgiria apenas quando houvesse conflito entre os critérios (Bobbio, 1960:253), (Capella, 1968:285), ou seja: (1) conflito entre critérios hierárquico e cronológico (antinomia entre normas, uma anterior-superior e outra posterior-inferior); (2) entre critérios de especialidade e cronológico (uma norma anterior-especial e outra posterior-geral); e (3) entre critérios hierárquico e de especialidade (uma norma superior-geral e outra inferior-especial). Para esses casos, a doutrina elaborou metacritérios, dizendo que, para o caso 1, valeria a metarregra *lex posteriori inferiori non derogat priori superiori*, e para o caso 2, a metarregra *lex posteriori generalis non derogat priori speciali*, embora essas metarregras tenham, na verdade, aplicação restrita à experiência concreta e sejam de generalização difícil.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 211).

¹⁹⁸ Acerca da crítica à panprincipiologia: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. *Meritum*, v. 5, n. 2, jul.-dez./2010. p. 13-52.

Da mesma forma, considerando as circunstâncias do caso concreto, o juiz pode fixar limites até mesmo aos direitos existenciais enumerados no artigo 85, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, desde que diretamente relacionados às condições pessoais do incapaz, proporcionalmente às suas necessidades, bem como tomando em conta as suas preferências¹⁹⁹. Logo, uma interpretação restritiva do artigo 85, § 1º, desse estatuto, impedindo por completo a limitação de direitos existenciais, além de inconstitucional, por ofensa ao artigo 12, item 3 (salvaguardas apropriadas e proporcionais), da Convenção de Nova Iorque de 2007, conforme já analisado neste capítulo, no item 3, é também contrária às normas de solução de antinomias jurídicas, com prevalência do artigo 755 do Código de Processo Civil, já que posterior e específico.

Nem mesmo a doutrina entusiasta do Estatuto da Pessoa com Deficiência, identificada como integrante do grupo “dignidade-liberdade”²⁰⁰, defende a aplicação integral e não condicionada do artigo 85 desse estatuto, admitindo-se a limitação aos direitos existenciais²⁰¹, ou a fixação de curatela que vai além dos limites patrimoniais, chamada de “curatela sob medida”, a revelar que a proposta aqui realizada encontra certo consenso na doutrina, ainda

¹⁹⁹ “Certamente, porém, haverá situações em que o curador deverá tomar providências que impliquem interferência no corpo do curatelado, por exemplo, para cuidar de sua saúde. O curador não tem (e nem terá) poder sobre o corpo do curatelado. Em geral, interferências severas sobre o corpo da pessoa sob curatela eram realizadas com autorização judicial, como a esterilização de mulheres com deficiência mental. A manutenção deste tipo de procedimento se admite, contudo, sob novos princípios, dentre os quais se destaca o respeito à vontade do curatelado o quanto possível.” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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 a Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 332).

²⁰⁰ Flávio Tartuce indica dois grupos colidentes quanto à interpretação da Lei 13.146/2015, aqueles chamados de defensores da “dignidade-vulnerabilidade”, críticos das alterações realizada pela lei, tendo como expoentes José Fernando Simão e Vitor Kümpel; daqueles chamados de defensores da “dignidade-liberdade”, entusiastas das alterações, tendo entre seus quadros Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze: TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC (Partes I e II). *Migalhas*, 26 ago. 2015. Disponível em: www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/225871/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13-146-2015--estatuto-da-pessoa-com-deficiencia--repercussoes-para-o-direito-de-familia-e-confrontacoes-com-o-novo-cpc--parte-ii. Acesso em: 12 jul. 2021.

²⁰¹ Nesse sentido, REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 189-190; BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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 a Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 332; e ROSENVALD, Nelson. A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta. *IBDFAM*. 03 jul. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1225/A+caixa+de+Pandora+da+incapacidade+absoluta>. Acesso em: 12 jul. 2021. Há também o Enunciado 637 da VIII Jornada de Direito Civil do CJF: “Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade”.

que sob outros fundamentos, recorrendo, aquele grupo, como regra geral, a conceitos jurídicos indeterminados e a princípios constitucionais²⁰².

Para ilustrar esse pensamento, cita-se a síndrome de Down, que possui amplo espectro de sintomas, alguns mais severos, outros mais leves. Uma pessoa com síndrome de Down pode ser tida como capaz, realizando inclusive empreendimento milionário, como é o caso de John Cronin, jovem norte-americano que realizou, com seu genitor, empresa que vende meias coloridas, recebendo mais de um milhão de dólares no primeiro ano²⁰³, ou ainda, o caso de Luana Dallacorte Rolim, formada em fisioterapia, e depois eleita vereadora²⁰⁴. De outro lado, em casos mais severos, será necessária uma maior intervenção na autonomia, com nomeação de curador para que administre o patrimônio do curatelado, além de lhe prover os cuidados necessários para a sua dignidade.

Em síntese, a conclusão é singela, porém relevante: o juiz, ao deferir a curatela, deverá fixar os seus limites²⁰⁵, sendo certo que esta poderá ser exclusivamente patrimonial (*cura rei*), como o legislador indicou no artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência; mas também poderá envolver cuidados à pessoa do curatelado, inclusive diminuindo a plena liberdade em relação a direitos existenciais, como moradia, saúde e educação, conforme permitem os artigos 1.781 c/c 1.740 do Código Civil. A sentença de interdição passa a ter conteúdo relevantíssimo, pois, além de fixar o tipo de incapacidade, se relativa (com assistência) ou absoluta (com representação), o juiz também fixará os limites do exercício da curatela, identificando se atingirá exclusivamente o patrimônio do curatelado, ou também envolverá

²⁰² “A existência de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais na Constituição, o que é esperável dada sua natureza normativa específica, é campo fértil para a ação dos interessados no arbítrio e no abuso da discricionariedade judicial. Se foi possível realizar demagogia judiciária com base em elementos do próprio Direito Civil, agora isso é feito com a invocação do texto constitucional” (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum*, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul.-dez./2010. p. 36).

²⁰³ Caso narrado por COLOMBI, Henry. A validade e os defeitos dos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência mental ou intelectual. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 103-104.

²⁰⁴ CATTANEO, Carolina. Vereadora com síndrome de Down toma posse em Santo Ângelo. *G1*. 22 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/03/22/vereadora-com-sindrome-de-down-toma-posse-em-santo-angelo-pretendo-lutar-pela-inclusao-pela-acessibilidade-para-todos.ghtml>. Acesso em: 23 abr. 2021.

²⁰⁵ Os limites podem ser fixados de formas diversas, inclusive conferindo maior ou menor grau de autonomia ao incapaz. A título de exemplo, a assistência poderá incidir somente em contratos de valor substancial, conferindo ampla autonomia ao incapaz para praticar diretamente contratos de valores que não impactam substancialmente em seu patrimônio. Nesse sentido: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Trad. por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 166. Ademais, é possível fixar a representação para determinados contratos, e a assistência para outros, conforme as circunstâncias pessoais, e considerando o melhor interesse do curatelado.

sua pessoa, e em qual medida, sendo possível, inclusive, definir uma espécie própria de guarda legal ao curador, amparada no artigo 1.590 do Código Civil.

Em continuação, difícilíssima questão se extrai do silêncio do julgador. Em outras palavras, não tendo o juiz fixado com clareza os limites da curatela, definindo exclusivamente se a curatela envolveria assistência ou representação, o perfil de curatela será *rei* ou *persona*?

Num primeiro momento, considerando as regras de solução das antinomias supramencionadas, a conclusão a essa indagação pareceria ser no sentido da prevalência do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre a redação do Código Civil, de modo que, no silêncio, a conclusão seria no sentido da prevalência da limitação da curatela, que teria conteúdo exclusivamente patrimonial, em especial considerando a presunção de capacidade dos seres humanos.

Ocorre que essa conclusão, ainda que plenamente aplicável aos casos de incapacidade relativa, ou simples assistência, é incompatível com a natureza da incapacidade absoluta, ou representação. Se o nível de abrangência da doença mental é tão relevante a ponto de subtrair o discernimento da pessoa, exigindo representação, no modelo da substituição da vontade, é porque há altíssima probabilidade de a pessoa citada não possuir discernimento para os cuidados necessários sobre a sua própria pessoa²⁰⁶.

Dessa forma, considerando as regras de experiência, a natureza das coisas²⁰⁷ e os ditames da justiça²⁰⁸, bem como o grau de interferência estatal na autonomia privada fruto da incapacidade absoluta (ou incapacidade relativa com representação), no modelo da substituição da vontade, inexistindo posição em sentido contrário pelo julgador, referida intervenção estatal justifica não somente um cuidado sobre o patrimônio do incapaz, mas também justifica um cuidado com a sua pessoa, com efetiva vigilância do curador para que tenha educação, saúde, moradia e comportamentos adequados, evitando-se danos a si próprio e a terceiros.

²⁰⁶ Nesse sentido: COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limitação da curatela aos atos patrimoniais: reflexões sobre a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa que não pode se exprimir. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 260-266.

²⁰⁷ “A Natureza das Coisas, corresponde às realidades físicas (*entia physica*) e culturais (*entia moralis*) que envolvem tanto a criação da lei como a sua concretização. A Natureza das Coisas funciona como mediador entre o dever ser e o ser, quer na legislação, quer na concretização [...] Além da eficácia genética na construção da norma e na sua concretização, a Natureza das Coisas é influenciadora do seu conteúdo e tem ainda eficácia bloqueadora e impeditiva. A Natureza das Coisas impede os conteúdos e regimes jurídicos impossíveis, insensatos, contraproducentes e mesmo disparatados.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito Comercial e Natureza das Coisas*. *Revista de Direito Comercial*. Lisboa, dez./2017. p. 787-788).

²⁰⁸ “É preciso não olvidar que, havendo antinomia, ou mesmo lacuna de conflito, em casos excepcionais, o valor *justum* deverá lograr entre duas normas incompatíveis, devendo-se seguir a mais justa ou a mais favorável, procurando salvaguardar a ordem pública ou social.” (DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 40).

Considerando a própria natureza do modelo da substituição de vontade, como medida excepcional e proporcional às condições do curatelado, devendo ser aplicada somente a casos extremos, como AVC de impacto relevante, coma, e doenças degenerativas em estado avançado, parece ser da própria natureza da curatela os cuidados com a pessoa do curatelado, e não somente com o seu patrimônio.

Portanto, se o juiz estabelece curatela com assistência, presume-se certa liberdade e autonomia da pessoa com deficiência, de modo que, no silêncio da sentença de interdição, entende-se que a curatela será exclusivamente patrimonial, conforme artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. De outro lado, caso a medida aplicada seja intensa, com verdadeira substituição de vontade por meio de representação, seja chamada de incapacidade absoluta (como de fato o é), seja chamada de incapacidade relativa (por respeito à opção pouco técnica do legislador), é certo que o grau de intervenção na liberdade da pessoa justifica um cuidado superior pelo curador, razão pela qual a curatela não será somente *rei*, mas também será *persona*, com dever do curador de realizar ampla vigilância, conforme determinado pelos artigos 1.781 e 1740 do Código Civil.

O artigo 1.775-A do Código Civil autoriza²⁰⁹ a nomeação de mais de um curador, de forma compartilhada ou fracionada²¹⁰. Essa nomeação poderá ser por áreas de atuação, como por exemplo um curador para o exercício da empresa, e outro para contratos civis; poderá ser dividida entre curador de cunho patrimonial, e outro para o cuidado da pessoa²¹¹; bem como poderá ser designada tal como a guarda compartilhada, na qual os curadores exerceriam igualmente os poderes da curatela, seja em conjunto, seja de forma independente²¹². Logo, é essencial que a sentença de interdição regule a forma de exercício dessa curatela compartilhada, para evitar omissões, ou conflitos de atuação.

Ademais, por aplicação subsidiária das normas que regulam o exercício da tutela ao sistema de curatela, conforme autoriza o artigo 1.781 do Código Civil, é viável a nomeação de um pro-curador, ou seja, uma pessoa responsável para fiscalizar os atos do curador. Essa

²⁰⁹ A adoção de curatela compartilhada não é obrigatória, o que foi decidido pelo STJ em processo sob sigilo de justiça: CURATELA compartilhada para filho interditado não é obrigatória, decide STJ. *IBDFAM Notícias*, 3 ago. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8754/Curatelacompartilhadaaparafilhointerditadonãoeobrigatoria,decideSTJ>. Acesso em: 20 ago. 2021.

²¹⁰ ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 773.

²¹¹ Nesse sentido: COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limitação da curatela aos atos patrimoniais: reflexões sobre a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa que não pode se exprimir. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 264.

²¹² ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 256-258.

nomeação pode ser ferramenta útil para o controle da atividade do curador, mormente no sistema brasileiro, em que são raríssimos os casos de acompanhamento judicial do exercício das funções após a interdição.

Finalmente, um último ponto deve ser ressaltado acerca do perfil de curatela. A despeito da preocupação relevante do legislador e da doutrina em definir os limites de atuação do curador, observados os artigos 84 e 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pouca ou nenhuma atenção foi dada aos critérios de decisão do curador no exercício da curatela, circunstância que não se repete nas legislações estrangeiras. No sistema da *common law*, há relevante preocupação com os limites do exercício da curatela, traçando parâmetros para a decisão do curador.

Assim, criou-se a teoria do “*best interest*”, pela qual caberá ao curador realizar as decisões considerando sempre o melhor interesse do incapaz. O citado critério não é simples conceito aberto, tal qual as janelas abertas definidas pelo Código Civil de 2002, que se afastou do positivismo²¹³, mas sim houve delimitação específica na legislação dos critérios que devem ser utilizados pelo curador, sendo possível citar, entre outros: os desejos e sentimentos do curatelado; os valores e crenças que o curatelado teria se fosse capaz; se a pessoa retomar a capacidade no futuro; as opiniões do curatelado e de pessoas de sua convivência próxima²¹⁴.

Além disso, o escopo da representação do incapaz também é ampliado, não se restringindo exclusivamente a questões patrimoniais, tendo a lei britânica instituído critérios claros para permitir que o representante autorize tratamentos e internações do incapaz, decida sobre seu domicílio, e proíba determinada pessoa de contatá-lo²¹⁵.

Em outras palavras, considerando o silêncio do legislador brasileiro, o curador poderia, por exemplo, alienar veículo do incapaz, para custear o seu sustento, conforme artigos 1.746, 1.747, inciso III, 1.748, inciso III, c/c 1.781 todos do Código Civil, ainda que tal bem tenha importante significado sentimental para o curatelado; enquanto, para o sistema inglês, o curador deveria manter mencionado bem, pois o critério de decisão é a vontade conhecida da pessoa do incapaz.

²¹³ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, jun./1998. p. 22-30. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020.

²¹⁴ Há longa lista de critérios para o reconhecimento do melhor interesse (“*best interest*”) na seção “4 *Best interests*” do “*Mental Capacity Act*” de 2005. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents>. Acesso em: 22 mai. 2023.

²¹⁵ Trata-se da seção 17 do “*Mental Capacity Act*” de 2005: “17 Section 16 powers: personal welfare (1) The powers under section 16 as respects P’s personal welfare extend in particular to— (a) deciding where P is to live; (b) deciding what contact, if any, P is to have with any specified persons; (c) making an order prohibiting a named person from having contact with P; (d) giving or refusing consent to the carrying out or continuation of a treatment by a person providing health care for P; (e) giving a direction that a person responsible for P’s health care allow a different person to take over that responsibility”.

Essa preocupação com a vontade do curatelado também é relevante para o próprio sistema de proteção, visto que naquele sistema admite-se a representação convencional, chamada de “*lasting powers of attorney*”²¹⁶, com prevalência sobre a representação legal; enquanto no sistema brasileiro, não se admite a representação convencional²¹⁷, já que o artigo 682, inciso III, do Código Civil considera como causa de extinção do mandato a incapacidade do mandante ou do mandatário, de sorte que há prevalência do ordem legal de curador, conforme artigo 1.775 do Código Civil.

Ainda que haja estudos modernos demonstrando a viabilidade das chamadas “diretivas antecipadas de vontade”²¹⁸, não se admite no Direito brasileiro atual a indicação convencional de curador²¹⁹, dado que o ordenamento possui ordem legal de atribuição, de modo que a indicação de pessoa de confiança se limita ao caso de Tomada de Decisão Apoiada, conforme artigo 1.783-A do Código Civil. Seria necessário recorrer à Convenção de Nova Iorque de 2007, em especial ao já citado artigo 12.4, que determina que os Estados Partes deverão respeitar as vontades e preferências dessas pessoas, para reconhecer-se a inconstitucionalidade incidental e permitir a prevalência da indicação formulada pela pessoa com deficiência em detrimento da ordem legal de curatela²²⁰.

Em síntese, extrai-se desse ponto que o legislador se preocupou em restringir de sobremaneira os limites da curatela, a princípio a aproximando da curatela *rei*, pretendendo dar maior autonomia à pessoa com deficiência, mas, ao mesmo tempo, não permitiu que essa indicasse a pessoa que lhe parece melhor para exercer o encargo de curador, com prevalência da ordem legal, o que é verdadeiro contrassenso. Da mesma forma, em vez de fixar critérios rígidos para a atuação do curador, respeitando a vontade conhecida do incapaz, tal como a

²¹⁶ Previsto nas seções 9 a 14 do *Mental Capacity Act* de 2005.

²¹⁷ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 185-188.

²¹⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de Meirelles. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 809-826; e MARTINS, Pedro Bastos Lobo. Diretivas antecipadas de vontade da pessoa com deficiência intelectual e a valoração de seus interesses e preferências. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 143-172.

²¹⁹ Em sentido diverso: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 157-202.

²²⁰ Também há doutrina que indica a viabilidade da chamada “diretiva de curatela”, com prevalência da pessoa indicada pelo curatelado, por interpretação ampliativa e analógica dos artigos 1.729 c/c 1.781 do Código Civil: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Curatela de Pessoas Vulneráveis e as Diretivas de Curatela: fragilidades legais e sugestões de aprimoramento à luz do princípio da vontade presumível*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2023. p. 8-9.

teoria do “*best interest*” em solo inglês, o legislador originalmente optou por delimitar uma curatela exclusivamente patrimonial que ignora as circunstâncias específicas da pessoa com deficiência, como indivíduo único que é.

Por sorte, o Código de Processo Civil adequou essa situação²²¹, concedendo poderes ao juiz, na sentença de interdição, para moldar a curatela às circunstâncias do caso concreto, podendo ser mais ou menos incisiva, mais ou menos patrimonial, mais ou menos protetiva, numa verdadeira “curatela sob medida”, o que prevalece pela opção exclusivamente patrimonial do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por fim, caso o juiz não especifique tais limites na sentença de interdição, nem as partes o tenham provocado para esclarecer se o conteúdo da curatela será exclusivamente patrimonial, propõe-se que, em caso de assistência, a curatela deva ser entendida como *cura rei*, enquanto na incapacidade absoluta (ou curatela por representação), há necessidade de se preservar os deveres de cuidado, acompanhamento e vigilância pelo curador, circunstâncias inerentes ao encargo de curador de pessoa sem qualquer discernimento para os atos da vida civil. Anota-se, por fim, que essa conclusão terá impactos determinantes no regime de responsabilidade do curador, o que será abordado no capítulo subsequente.

²²¹ Em sentido diverso, citando Miguel Maria de Serpa Lopes, e considerando que o critério temporal para solução de antinomias é com base na publicação, e não na vigência: BERLINI, Luciana; AMARAL, Paloma Francielly do. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo Código de Processo Civil. *Revista Themis*, v. 15, n. 2, jul.-dez. 2017. p. 125-155.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL

A responsabilidade²²² civil é um dos institutos mais antigos do Direito, sofrendo grandes modificações com o passar dos séculos, sendo intimamente influenciada pelas mudanças sociais e comportamentais. Assim, é um instituto dinâmico, com entendimentos diferentes, em diversas épocas, de modo que sua estrutura básica é fluida e flexível, causando, de um lado, a adaptação ao contexto histórico e ao pensamento vigente à época, mas, por outro, uma falta de clareza dos elementos essenciais dessa categoria jurídica, inclusive com proliferação de tratados e obras importantes sobre o tema, criando a chamada “hipertrofia da responsabilidade civil” (*hypertrophie de la responsabilité civile*)²²³.

Essa instabilidade reflete no próprio conceito do instituto, que não é unívoco. A primeira definição é lastreada em sua finalidade, o que corresponde à sua origem etimológica, do latim *spondeo*, que era a fórmula romana pela qual o devedor se ligava ao credor²²⁴, a revelar que responsabilidade pode ser entendida como a consequência ao cidadão que desrespeita um dever social vigente, que ficaria ligado ao dever de reparar o dano. Desse modo, responsável pode ser definido como aquele que suporta um dano, em definitivo, lastreado numa lógica de incentivar o lícito, e coibir o ilícito.

Já considerando um conceito lastreado nas fontes, numa perspectiva teórica, e não histórica, é possível identificar responsabilidade civil como o dever de reparar um prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico. Trata-se, portanto, de um dever jurídico sucessivo, que nasce da violação de uma obrigação preexistente²²⁵⁻²²⁶.

²²² O termo responsabilidade foi cunhado por influência francesa (*responsable*), inexistindo em latim expressão idêntica, bem como não existindo tradução precisa em inglês ou alemão. Acerca do tema: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. v. 2. t. 3. Coimbra: Almedina, 2010. p. 291.

²²³ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. v. 1, p. 1.

²²⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1, p. 2.

²²⁵ “Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2).

²²⁶ Esse conceito pressupõe a adoção da teoria dualista, em que há dois momentos distintos da obrigação, com certa independência, o dever de prestar (*Schuld*) e a sujeição patrimonial para a execução desse dever (*Haftung*). Nesse sentido: “[...] a doutrina que decompõe a obrigação em dois elementos distintos: o *débito* (*Schuld; debitum*) e a *responsabilidade* (*Haftung; obligatio*). O primeiro consiste no dever de prestar, na necessidade de observar determinado comportamento; o segundo, na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou melhor, na relação de sujeição que pode ter por objeto, tanto a pessoa do devedor (antigo Direito romano), como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou do terceiro.” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 143-144). Também sobre o tema: SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil brasileiro. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 3, 2013. p. 165-181.

Além disso, é possível formular um conceito com base nos elementos da responsabilidade, ou seja, os requisitos necessários para a sua configuração. Responsabilidade civil pode ser conceituada como uma conduta antijurídica que gera, com nexo de causalidade²²⁷, um dano, com dever de indenizar lastreado na culpa, ou na teoria do risco²²⁸.

Delineadas as principais formas de conceituação de responsabilidade civil, por sua finalidade, origem e elementos, pretende-se, neste capítulo, investigar a responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental²²⁹. Com a revolução realizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve importante alteração da teoria das incapacidades, o que gera efeitos no sistema de reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento.

Nessa toada, objetiva-se responder como se dará a reparação dos danos causados por pessoa com deficiência mental, interditada ou não. Para se encontrar respostas satisfatórias a esses casos, pretende-se realizar um levantamento dos antecedentes históricos da responsabilidade civil das pessoas com deficiência, que embasará um melhor entendimento das possíveis soluções adotadas em diferentes ordenamentos jurídicos na História.

Após, considerando que há regulação específica da matéria no artigo 928 do Código Civil, objetiva-se analisar com vagar a sua redação, decompondo os seus requisitos, com avaliação individualizada de seus termos em partes sucessivas. Assim, no segundo item deste

²²⁷ Ressalvados os casos de responsabilidade por risco integral, como ocorre nos danos decorrentes de atividade nuclear. Sobre a matéria: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 60-61; e CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 233.

²²⁸ “Contemporaneamente, apontem-se três elementos para a responsabilidade civil: ato culposo ou atividade objetivamente considerada, dano e nexo de causalidade.” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 8). Há discussão doutrinária sobre a antijuridicidade ser elemento da responsabilidade civil, ou se seria possível a sua ocorrência em atos praticados em conformidade com o Direito. A doutrina clássica exigia a antijuridicidade como elemento da responsabilidade: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 373-375; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos, ...)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 80-103. Contudo, há posicionamento doutrinário, em especial na Espanha e na Itália, que dispensa a ilicitude objetiva para a configuração da responsabilidade. Acerca do tema: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, a. 6, p. 169-214, jan.-mar./2019. p. 201-210.

²²⁹ A doutrina debate acerca da inclusão no conceito de responsabilidade civil dos casos de indenização fundamentadas na equidade, como aquela decorrente do estado de necessidade, ou a cometida por incapaz. Sobre o tema: “Posto se possa perguntar se não estamos nestes últimos casos de novo perante um abuso semântico, ao designar de responsabilidade o que não passa de legitimação da acção pela assunção das suas consequências, segundo a equidade – mas abuso bem significativo em si mesmo, pois mostra que a qualificação ‘responsabilidade’ se distendeu tanto que serve apenas como arrimo dogmático para soluções de outra natureza.” (NEVES, António Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade. *Revista portuguesa de ciência criminal*, a. 6, p. 9-43, jan.-mar./1996. p. 14-15). A despeito dessa distensão do vocábulo “responsabilidade civil”, é adequada a sua utilização na indenização atribuída ao incapaz, já que os elementos próprios dessa figura jurídica são avaliados, de modo que, além de tecnicamente correto, é útil inserir essa indenização como parte integrante da linguagem própria da responsabilidade civil.

capítulo serão abordados os critérios para a incidência desse artigo, que será decomposto em quatro grupos de casos, seguindo dois critérios: a existência de processo de interdição e de efetivo dever de cuidado por parte dos guardiães.

No item subsequente, será averiguado se prevalece a subsidiariedade descrita no artigo 928 do Código Civil, ou a solidariedade do artigo 942 desse código, com prevalência da primeira, em razão da especialidade, sem plena revogação da segunda, que poderá ser aplicada em situações excepcionais, como no dano cometido por mais de um incapaz, ou se houver a condenação da medida socioeducativa de reparar o dano em processo de apuração de ato infracional cometido por adolescente.

Em seguida, no item 4, serão explorados a natureza e os fundamentos dessa responsabilidade subsidiária, lastreada na equidade, ou seja, se terá natureza subjetiva ou objetiva, bem como se investigará o campo de aplicação dessa responsabilidade, que foi moldada para danos extracontratuais.

Dando continuidade à avaliação do artigo 928 do Código Civil, serão abordadas as hipóteses que ativam a responsabilidade subsidiária do incapaz, cada uma em item próprio: situações em que o curador não terá dever de reparar o dano, em razão da ausência de autoridade e companhia; e casos de ausência de patrimônio suficiente do curador para a reparação do dano.

Uma vez esgotada a interpretação do *caput* do artigo 928 do Código Civil, no item 7 deste capítulo será considerado o parágrafo único desse artigo, identificando os pressupostos para a incidência da indenização equitativa, e quando deverá ser afastada, bem como delineando critérios de liquidação dessa indenização, que deverá ter como parâmetro exclusivamente o patrimônio do lesante, com conteúdo diverso da redução equitativa do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

Finalmente, no derradeiro item serão investigadas as hipóteses de regresso do curador em face do incapaz, defendendo-se a inviabilidade dessa ocorrência, já que não houve atuação com culpa; bem como os casos de regresso do incapaz em face de seu curador, quando será essencial a comprovação da culpa, decorrente da deficiência de vigilância.

2.1 Análise histórica das hipóteses e fundamentos da responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental

A responsabilidade decorrente dos danos causados por pessoas sem capacidade de discernir entre o certo e o errado foi entendida de forma diversa na História, considerando

tanto os seus fundamentos, quanto as soluções dadas pelos julgadores. Essa evolução²³⁰ foi diretamente marcada pelos valores sociais, mutáveis no local e no tempo, bem como pela própria alteração dos elementos da responsabilidade civil.

A partir dessa perspectiva, propõe-se construir um quadro de evolução histórica simplificado²³¹, traçando os principais fundamentos da resposta conferida em cada momento histórico.

Num primeiro momento²³², nas sociedades primitivas, autorizava-se a vingança privada²³³, com a busca da justiça pela própria pessoa, sendo paulatinamente substituída pela noção de justiça coletiva, na qual o grupo buscava a recomposição do ilícito²³⁴, que era aleatória e brutal. Numa próxima fase, tal recomposição passou a ser limitada, sendo paradigmática a aprovação da Lei das XII Tábuas, que fixou reciprocidade entre o crime e a sanção²³⁵. Nessas fases, não havia diferenciação entre a punição da pessoa com deficiência

²³⁰ “A palavra ‘evolução’ caracteriza palidamente o fenômeno que me proponho analisar diante de vós: é antes de ‘revolução’ que conviria falar, tão rápido, tão fulminante se evidencia o movimento que leva a teoria da responsabilidade a novos destinos; nessa matéria, a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã.” (JOSSELAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Trad. por Raul Lima. *Revista Forense*, v. 86, n. 454, p. 52-63, abr./1941. p. 52).

²³¹ A própria noção de evolução histórica demonstra certa simplificação, com a percepção de que determinados valores são superiores e substituíram valores anteriores e ultrapassados, o que efetivamente não corresponde com a realidade, “[...] pois a História, composta por temporalidades concomitantes e superpostas, é incompatível com a linearidade. Termos e expressões que hoje nos soam como sinônimos, ou quase – tais quais contrato, pacto, estipulação, acordo, convenção, negócio, consentimento mútuo, ajuste de vontades –, denotam, ao longo dos tempos e nos diversos espaços geográficos, ideias dissimiles [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos. Conceito e evolução*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.) *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25).

²³² A evolução da responsabilidade civil pode ser sistematizada em sete fases distintas, tal qual proposto por José Luiz Gavião de Almeida: 1. Natureza punitiva, ilimitada e com caráter coletivo; 2. Punitiva, ilimitada e pessoal do infrator; 3. Punitiva, limitada e pessoal; 4. Patrimonial, limitada, pessoal e lastreada no descumprimento a um dever jurídico; 5. Patrimonial, limitada, pessoal e lastreada na culpa; 6. Patrimonial, limitada, pessoal e decorrente do risco, mas com o filtro do nexa causal; 7. Patrimonial, limitada, pessoal e decorrente do risco, independentemente de nexa causal. (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 59-61).

²³³ “A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 20).

²³⁴ “Aliás, esse caráter coletivo da vingança é característico do direito de outros povos, como o grego, de que é o exemplo o rapto de Helena de Tróia, esposa de Menelaus, e que resultou na expedição dos gregos contra a cidade de Tróia.” (GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 24).

²³⁵ “Apenas numa terceira fase é que aparece a limitação da pena a ser aplicada. Isso surgiu com a Lei de Talião (XII Tábuas). Essa lei, sinônimo hoje de rigidez, de norma drástica, quando apareceu tinha característica de uma lei benigna, pois limitava a pena ao mal praticado: olho por olho, dente por dente.” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 60). Também sobre o tema: KUNKEL, Wolfgang. *An introduction to roman legal and constitutional history*. Trad. por J.M. Kelly. Oxford: Clarendon Press, 1966. p. 23-31.

mental e a pessoa plenamente capaz, o que gerava a pena privada, seja individualmente, seja de forma coletiva.

Após, surge²³⁶ no Direito romano a *lex Aquilia*²³⁷, sem que seja possível identificar com precisão a data da aprovação, que ocorre provavelmente no século III a.C.²³⁸, fixando que, aquele que causar prejuízo a alguém, culposamente²³⁹, fica obrigado a reparar o dano (*damnum iniuria datum*). Trata-se de relevante marco para a responsabilidade civil, construindo uma cláusula mais aberta que permite a indenização, lastreada na responsabilidade subjetiva²⁴⁰.

Nessa perspectiva, para que seja possível a responsabilidade civil, para além da existência do dano, exige-se que o causador do dano tenha realizado uma conduta ilícita²⁴¹, livre e consciente, apta a gerar aludido dano, ou seja, com nexos de causalidade. Há, portanto, três elementos para o reconhecimento da responsabilidade (*culpa, iniuria e damnum*²⁴²), e, em consequência, da indenização: a conduta culposa do agente; o dano; e o nexos causal entre a conduta e o respectivo dano²⁴³.

²³⁶ Antes do reconhecimento da *lex Aquilia*, no período arcaico, a responsabilidade era independentemente de culpa e incidia em casos tipificados, como a *actio de arboribus succisis*, no caso daquele que cortava a árvore de seu vizinho, com uma noção de pena, de vingança privada. A respeito das disposições casuísticas existentes antes da *lex Aquilia*: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 589; e BONFANTE, Pietro. *Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 306-307.

²³⁷ Essa lei é assim chamada em homenagem ao Tribuno da Plebe Aquílio, responsável por levar a matéria ao plebiscito, que a aprovou, de modo que passou a ser aplicada a toda a comunidade, a partir da Lei Hortênsia de 286 a.C. Nesse sentido: BONFANTE, Pietro. *Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 307; e SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52.

²³⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 124; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 295; e MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 136.

²³⁹ Inicialmente, o dano ressarcido era somente aquele causado por ato positivo, com estrago físico à coisa corpórea, exigindo que o comportamento fosse ilícito (*iniuria*). Contudo, os juristas passaram a admitir a aplicação da fórmula para além das restrições originais, e ampliaram o sentido de *iniuria*, para incluir situações culposas, mesmo em casos de negligência (D. 9.2.44. pr.): MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 136; e KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 186-187.

²⁴⁰ “A responsabilidade é chamada de subjetiva, pois a verificação da existência ou não de culpa dá-se com a análise da conduta do causador do dano” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 51).

²⁴¹ “Exceto pelas profundas discussões encontradas na doutrina italiana, condicionadas pela presença do conceito de *danno ingiusto* contido em seu ordenamento, a doutrina nacional e a doutrina estrangeira acordam que a antijuridicidade somente pode ser verificada na conduta ou no fato causador do dano.” (PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, a. 6, p. 169-214, jan.-mar./2019. p. 188-189).

²⁴² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 589-591; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125; e CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 218-220.

²⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17-18.

Nesse ponto, vale enfatizar que a culpa construída pelos romanos no período clássico tinha uma noção mais objetiva, aproximando-se do nexo causal²⁴⁴, o que permitia a responsabilidade pessoal das crianças e daqueles chamados à época de loucos²⁴⁵. Somente no período justiniano, influenciados justamente pela responsabilização dessas pessoas²⁴⁶, é que a culpa passa a ter uma noção subjetiva, numa ideia de previsibilidade não evitada, formando o fundamento para rejeitar a indenização por danos cometidos por incapazes.

No período romano pós-clássico, as ações realizadas por crianças e pessoas privadas do discernimento eram consideradas fatos naturais, não permitindo a indenização. Nesse sentido, paradigmática é a passagem de Ulpiano que equipara o dano causado por uma criança (*infans*) ou pelo louco (*furiosus*) com aquele causado por um quadrúpede ou pela queda de uma telha²⁴⁷.

Nesse período, a indenização é lastreada na *lex Aquilia*, exigindo que o agente atuasse de forma culposa para permitir a indenização, o que pressupunha, nessa análise de culpa, a avaliação do discernimento do agente, razão pela qual as pessoas com deficiência mental eram tidas como inimputáveis, arcando a vítima com o prejuízo decorrente do ato ilícito.

Na Idade Média, a noção de ato ilícito e indenização foram mantidas, tendo o Direito canônico contribuído para a evolução da responsabilidade civil ao separar o caráter civil do penal, e ao dilatar substancialmente a ação decorrente do delito (“*actio ex-delito*”) para

²⁴⁴ “De fato, acredita-se que o significado originário da *culpa* estivesse mais próximo de uma questão de *imputação objetiva* do dano ou de *nexo de causalidade* entre a conduta e o resultado danoso, o que explicaria, igualmente, a responsabilidade das crianças e dos loucos pelos danos causados. Desta forma, acredita-se que somente na época pós-clássica e justinianéia – o que talvez possa ser atribuído à influência cristã –, é que o instituto da culpa passou a ter ‘o significado técnico de negligência, de previsível não previsto, de imperícia na própria arte ou mister’.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129-130).

²⁴⁵ Em regra, no período clássico, os danos cometidos por escravos ou *alieni iuris* eram imputadas ao *pater familias*, em uma atribuição objetiva, sem apuração de culpa deste, por meio da chamada “ação noxal”. A expressão vem do verbo “*nocere*”, que pode ser definido como prejudicar ou causar um dano. Nessa ação, o *pater familias* podia optar por indenizar a vítima, ou abandonar o escravo ou filho à mercê do prejudicado, quando então estes seriam pessoalmente responsáveis. A respeito do tema: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 246-247; CHIRONI, Giampietro P. *La colpa nel diritto civile odierno*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1903. v. 2, p. 122-127; e CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 223.

²⁴⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. v. 1, p. 39.

²⁴⁷ “D., 9, 2, 2, 5: *Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum: cessabit igitur Aquilia actio, quemadmodum si quadrupes dederit aut sit tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit idem erit dicendum.*” (ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 291, nt. 849).

diversos casos, ainda que não de forma absolutamente generalizada, o que somente ocorreu com a Escola do Direito Natural, a partir da primeira metade do século XVII²⁴⁸.

Foi justamente nesse momento histórico, por influência de Samuel Pufendorf²⁴⁹, que foi cunhado o conceito de imputação (*imputatio*²⁵⁰, que pressupõe a *imputabilitas*²⁵¹), pelo qual o homem, dotado de razão, pode prever as consequências de seus atos e deve evitar aqueles resultados lesivos. Contudo, se faltar ao agente a liberdade ou discernimento, não é possível a imputação, de modo que, ainda que haja nexos de causalidade natural com os seus atos, não há responsabilidade civil²⁵².

Partindo dessas premissas fixadas pelo Direito romano e ampliadas no Direito canônico, as legislações oitocentistas, influenciadas pelo liberalismo próprio da época, mantiveram o papel nuclear²⁵³ da culpa para a responsabilidade civil, formando este requisito o principal filtro para o reconhecimento da responsabilidade civil, afastando a indenização para certos danos, com atribuição do risco à vítima. Assim, admite-se que determinado dano não seja indenizado²⁵⁴, já que decorrente de forças naturais, com importante papel da

²⁴⁸ GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 28-30.

²⁴⁹ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt: [s.e.], 1749. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 13 ago. 2021.

²⁵⁰ Acerca do conceito de *imputatio*, pertinente é o ensinamento de Immanuel Kant: “Imputação (*imputatio*) em sentido moral é o juízo por meio do qual alguém é considerado como autor (*causa libera*) de uma acção, que então se chama acto (*factum*) e está submetido a leis; se o juízo, por seu turno, acarreta consigo as consequências jurídicas do acto, é uma imputação com força jurídica (*imputatio iudiciaria s. valida*), em caso contrário, somente uma imputação de avaliação (*imputatio diiudicatoria*).” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. por José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017. p. 38).

²⁵¹ A expressão “*imputabilitas*” corresponde à noção de imputabilidade, isto é, a aptidão pessoal para discernir entre o certo e o errado, a revelar que o agente atua com plena consciência e liberdade. Já “*imputatio*” corresponde à ideia de imputação jurídica, ou seja, a atribuição de uma consequência jurídica a determinada pessoa. Como regra geral, a imputação é decorrência da imputabilidade, mas pode ocorrer a imputação àquele sem discernimento, por opção legislativa. Acerca do tema: “*La contraposición entre imputabilitas, entendida como capacidad del sujeto para que le sea atribuido un hecho punible, e imputatio, es aquí evidente: es posible la ‘imputación’ de un hecho a un ‘inimputable’, bien es verdad que de forma condicionada, porque se entiende que la imputación es posible tanto para la imposición de penas, como para la imposición de medidas.*” (VALLE, Carlos Pérez del. *Imputabilitas e imputatio*. Disponível em: https://viadialectica.com/conferencias/imputabilitas_imputatio_perez_del_valle.pdf. Acesso em: 14 set. 2021, p. 5), com tradução livre: “O contraste entre *imputabilitas*, entendida como a capacidade do sujeito de ter um ato punível a ele atribuído, e *imputatio*, é aqui evidente: é possível a ‘imputação’ de um ato a um ‘inimputável’, ainda que condicionalmente, porque se entende que a imputação é possível tanto para a imposição de penalidades, como para a imposição de medidas”.

²⁵² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 313-314.

²⁵³ Expressão utilizada por SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

²⁵⁴ “Veja-se, ainda, que a ampliação desmedida do âmbito de responsabilidade parece partir da falsa premissa de que todo dano deve ser indenizado (ilusão infantil de que sempre há um culpado para pagar a conta) e de que os agentes econômicos que empreendem devem segurar-se contra todo e qualquer risco, como se existisse um contrato de seguro que prevísse cobertura universal.” (DAVID, Tiago Bitencourt de. Da culpa ao nexos causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 87-104, out.-dez. 2018. p. 97). No mesmo sentido, indicando uma

religião²⁵⁵. O enfoque, portanto, é na pessoa do agente, no causador do dano, para identificar em quais situações deveria responder por seus atos, com uma avaliação moralista²⁵⁶.

Nessa toada, identifica-se que o Direito romano influenciou de forma determinante o Código Civil de Napoleão, que, por sua vez, foi importante marco que atingiu diversos outros ordenamentos jurídicos²⁵⁷, cunhando a ideia de culpa, noção basilar da responsabilidade civil subjetiva, única modalidade de responsabilidade inicialmente admitida nesses ordenamentos, de sorte que não havia responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental sem discernimento. Contudo, admitiram-se, excepcionalmente, a responsabilidade dessas pessoas se: a) inexistir prova da inimputabilidade pelo agente; b) se a inimputabilidade partiu de ato do próprio causador do dano, em ato culposo anterior, como no caso de alcoolismo ou uso de drogas; ²⁵⁸ c) se o ato foi praticado em intervalo lúcido; d) nos casos em que a pessoa foi atingida por perturbação de vontade (semiloucos)²⁵⁹.

No Brasil, antes do Código Civil de 1916, na época das Ordenações Filipinas, não havia regulação específica da responsabilidade civil extracontratual, havendo, tão somente, duas previsões acerca da responsabilidade, na compra e venda²⁶⁰ e no comodato²⁶¹. Isso

tendência moderna de dificuldade em aceitar que danos permaneçam sem indenização: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 350; SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas: 2003. p. 163; e VINEY, Geneviève. Responsabilidade Civil por Ato Ilícito. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (orgs.). *Introdução ao direito francês*. Trad. por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 280.

²⁵⁵ “De resto, quando ocorria um acidente cuja causa permanecia desconhecida, eliminava-se a dificuldade atirando a responsabilidade ao passivo duma divindade; e tal acidente era um *damnum fatale*, era *act of God*, coisa do destino, de Deus ou dos inimigos do Rei; o melhor era então deixar as coisas em paz, não perturbar a ordem dos acontecimentos desencadeados por uma força superior a tudo: *quieta non movere*, tal parecia ser na matéria a divisa dos legisladores e dos juizes.” (JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. por Raul Lima. *Revista Forense*, v. 86, n. 454, p. 52-63, abr./1941. p. 54).

²⁵⁶ Por influência da filosofia grega e oriental, acentuada pela ética cristã e pelo dever de respeito a um dever superior, conforme explica SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13-14. Também nesse sentido, distinguindo a culpa romana da culpa oitocentista, mais moralista: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 30-31.

²⁵⁷ “O Código Civil francês constitui, sem dúvida, o padrão mais notável e expansivo das legislações modernas, o tronco mais robusto do qual, como galhos e rebentos, na imagem de Arminjon, Nolde e Wolf, derivam outros sistemas legislativos quase idênticos, ou pelo menos semelhantes, sob a ação da conquista, da colonização ou da imitação.” (LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 263).

²⁵⁸ As duas primeiras exceções são citadas por RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 24.

²⁵⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 166.

²⁶⁰ Regulada no Livro 4, título II: “Fazendo-se compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, depois que o contracto he acordado e firmado pelas partes, não se pode mais alguma dellas arrepende sem consentimento da outra. Porque tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, logo esse contracto he perfeito e acabado, em tanto que dando, ou oferecendo o comprador ao vendedor o dito preço, que seja seu, será ele obrigado de lhe entregar a cousa vendidade, se fôr em seu poder; e se em seu poder não fôr, pagar-lhe-há todo o interesse, que lhe pertencer, assi por respeito do ganho, como por

ocorria porque toda a matéria relacionada a atos ilícitos estava no *corpus iuris civilis* e no Direito comum, vigentes em Portugal²⁶², razão pela qual dispensava-se uma regulação adicional²⁶³.

Por sua vez, no Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, a matéria era prevista de forma ampla²⁶⁴, havendo 12 artigos que regulavam o ato ilícito (artigos 822 a 824), sendo certo que os artigos 831 e 832 abordavam a culpa, afastando-a na ocorrência de caso fortuito ou força maior (artigo 832, n.º. 1). Já o artigo 833 definia que haveria caso fortuito ou força maior nos fatos involuntários (artigo 434), o que englobava os “fatos involuntários fortuitos”, que eram aqueles praticados sem discernimento ou sem intenção²⁶⁵, salvo se em intervalo lúcido, quando seria possível a indenização (artigo 834, n.º. 1²⁶⁶).

Por conseguinte, na proposta de Augusto Teixeira de Freitas, tal qual as codificações oitocentistas, não haveria responsabilidade aos inimputáveis, mas seria viável tal responsabilização caso fosse constatado intervalo lúcido, a despeito de não esclarecer quem

respeito da perda.” (ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal*: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Filipe I. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 779-780).

²⁶¹ Prevista no Livro 4, título LIII, §2: “E porque este contracto se faz regularmente em proveito do que recebe a cousa emprestada, e não do que a empresta, fica obrigado aquelle, a que se empresta, guarda-la com toda diligência, como se fôra sua. E não sómente se lhe imputará o dolo e culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levíssima, assi pela cousa principal, como pelo acessório. É por tanto, se hum emprestasse uma egoa à outro, a qual comsigo levasse hum poldro, a mesma obrigação terá na guarda do poldro, que na egoa.” (ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal*: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Filipe I. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 847).

²⁶² A despeito da revogação das Ordenações Filipinas em 1868, com a vigência do Código Civil português, aquelas permaneceram aplicáveis no Brasil até a vigência do Código Civil de 1916. A respeito do tema: “Destino singular o das Ordenações Filipinas: feitas e promulgadas sob reis intrusos, que não figuram nas galerias, como se a história ainda teimasse em não reconhecer a usurpação espanhola, foram revalidadas e confirmadas pelo novo rei nacionalista (1643) e vitorioso; e – no solo americano – com a Independência do Brasil e, depois, com a República, duas vezes se confirmam e persistem. Como em 1640, o código de 1603 resiste à quebra dos laços políticos entre Portugal e o Brasil, e, ainda, depois de revogado em Portugal, ao desmoronamento do trono imperial brasileiro. É deveras admirável que a codificação acoimada de ‘desnecessária, intempestiva e publicada com dolo’ (Lei de 25 de maio de 1773), ‘supérflua e maquinada por astutos e infieis compiladores movidos por mútuos e particulares interesses’, segundo dizia outra Lei, a de 25 de janeiro de 1775, permanecesse em vigor, fora da Europa, de 1603 até 31 de dezembro de 1916! Resistiu a três mudanças políticas radicais –, de 1640, a de 1822 e a de 1889.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C, 1928. p. 66).

²⁶³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 353-354.

²⁶⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: Esboço. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2, p. 197-198.

²⁶⁵ “São fatos involuntários fortuitos os da esfera da nossa atividade espontânea, quando os agentes praticam o ato, ou deixam de praticá-lo, sem discernimento, ou sem intenção.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: Esboço. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2, p. 145).

²⁶⁶ “Art. 834. Não se reputará fato involuntário: 1º. O ato ilícito praticado por alienados em lúcido intervalo, ainda mesmo que tenham sido declarados por tais em juízo (arts. 99 e 449, n.º. 2).” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: Esboço. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2, p. 198).

seria a parte responsável por tal comprovação, o que seria resolvido pelas regras processuais, no sentido de o ônus da prova recair sobre a pessoa que alega a matéria.

Também no referido Esboço há influência direta da noção de culpa, com origem remota na *lex Aquilia*, intensificada com conteúdo moral pelo Direito canônico e sistematizada pela codificação francesa, dispensando o inimputável da indenização, por inexistir ato ilícito ou culpa. Vale enfatizar que a noção de *faute* da legislação francesa é ampla, não correspondendo estritamente à noção de culpa de nosso ordenamento²⁶⁷, e envolvia a conjugação de elementos objetivos e subjetivos²⁶⁸, ou seja, envolvia a contrariedade ao ordenamento jurídico, e a capacidade do agente de entender o ilícito, com vontade livre e consciente.

Essa noção ampla de culpa era marcante na legislação francesa²⁶⁹, e influenciou de forma determinante o Código Civil de 1916²⁷⁰, que, no artigo 159, definia:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A

²⁶⁷ “O modelo napoleônico assenta na *faute*, que a doutrina francesa faz corresponder a diferentes realidades. À culpa, à ilicitude, à ilicitude e culpa e, porventura, a aspectos relacionados com o nexos de causalidade. Esta indefinição conceptual é posteriormente exportada para os Códigos Civis de modelo napoleônico nos quais se assiste à alternativa entre uma referência expressa à culpa ou à ilicitude na formulação das grandes cláusulas gerais de responsabilidade delitual. Para os que fundem a ilicitude e a culpa na *faute*, esta corresponderia ao incumprimento de um dever, que a gente pode conhecer e observar, e comporta um elemento objectivo – o dever violado – e um elemento subjetivo – a imputabilidade ao agente.” (LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008. p. 33-34). Também nesse sentido: VINEY, Geneviève. Responsabilidade Civil por Ato Ilícito. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (orgs.). *Introdução ao direito francês*. Trad. por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 290-292.

²⁶⁸ “A sua análise melhor revelará os elementos, que vêm a ser: o dever violado (elemento objetivo); e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo). BEVILAQUA, ao conceituar a culpa, não põe em destaque o elemento subjetivo, mas apenas o objetivo, isto é, a violação do dever. Assim diz ele: ‘culpa em sentido lato, é toda violação de um dever jurídico’ (cf. Código Civil, obs nº 1 ao art. 1057). É claro que ele subentende, na violação, um ato imputável (elemento subjetivo), o que aliás, resulta das explicações que dá. Todavia, convinha que a ideia ficasse expressa.” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 218). Também sobre a matéria: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23; e CHIRONI, Giampietro P. *La colpa nel diritto civile odierno*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1903. v. 1, p. 312-316.

²⁶⁹ GEFFROY, Claire. *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*. Paris: Librairies techniques, 1974. p. 231-234. Já o Direito alemão separa fato, ilícito, nexos de causalidade e culpa: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 327-342; e TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989. p. 13-14.

²⁷⁰ “Identificamos nos arts. 159 e 1.518 do Código Civil a sua filiação confessada aos arts. 1.382 e 1.383 do Código francês.” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 375). A despeito da nítida influência francesa, Clóvis Beviláqua menciona a legislação suíça e japonesa como as que mais se aproximam da definição empregada no aludido artigo 159: “Não se mostram uniformes no conceituar o acto ilícito os Códigos citados. Mais se aproximam da definição do nosso Código o federal suíço das obrigações e o japonês.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940. v. 1, p. 423).

verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Nessa toada, ainda que não houvesse qualquer previsão legal acerca da imputabilidade, a interpretação dada à palavra “voluntária” do artigo 159 do Código Civil resultava a inviabilidade de responsabilização das pessoas sem discernimento, tidas como “loucos de todo gênero” naquela legislação²⁷¹⁻²⁷². Não obstante essa irresponsabilidade original dos incapazes, importante ressaltar a viabilidade de indenização, direta e solidária, dos menores entre dezesseis e vinte e um anos, pelos atos ilícitos “em que for culpado”²⁷³, conforme redação do artigo 156 do Código Civil de 1916.

Portanto, para os menores púberes, havia normativa diversa²⁷⁴, admitindo-se a responsabilidade civil solidária com as pessoas responsáveis por sua vigilância, se estas atuaram com culpa, conforme artigo 1.518 do Código Civil de 1916.

Assim, nessas legislações, a vítima arcaria com o prejuízo decorrente da conduta da pessoa privada de discernimento, visto que tal fato se assemelharia ao caso fortuito, ou à força maior. Ocorre que tal circunstância causa incômodo na doutrina, mormente no caso de o inimputável ser rico e causar a ruína da vítima²⁷⁵.

²⁷¹ “Dentro dos princípios da responsabilidade fundada na noção clássica da culpa, sempre se sustentou a irresponsabilidade dos alienados, porquanto, na ausência da razão, há impossibilidade de previsão, há incapacidade de discernir o que seja a conduta normal ou anormal, e, conseqüentemente, não é possível falar-se em responsabilidade.” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 164). No mesmo sentido: DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1, p. 356; e DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 376-379.

²⁷² Em sentido diverso, há aqueles, seguindo tendência fixada pelos irmãos MAZEAUD, que sustentavam a possibilidade da responsabilidade direta dos incapazes, numa noção objetiva de culpa (que não se confunde com responsabilidade objetiva), extraindo o elemento subjetivo da culpa e considerando exclusivamente o padrão de conduta, ou seja, o ato ilícito. Contudo, essa visão não é preponderante, sendo refutada pela doutrina. Nesse sentido: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 162-165; e SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indenizar*. Lisboa: [s.e.], 1944. v. 1, p. 107-125.

²⁷³ “A expressão *em que for culpado*, utilizada pelo dispositivo do revogado Código Civil, apenas indica a existência de nexos causal entre a conduta do menor e o dano causado. Isso não significa que a responsabilidade depende da culpa, porquanto, se o menor não tem capacidade para agir lícitamente, não a deve ter, em regra, para agir ilícitamente. Realmente, parece estranho o dispositivo mencionar a culpa de um menor púbere que ainda não tem o discernimento completo, e, portanto, é incapaz.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 84-85). No mesmo sentido: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940. v. 1, p. 420-421.

²⁷⁴ Há parte da doutrina que sustentava a responsabilidade direta do menor, ainda que impúbere: ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1935. v. 1, p. 238. Ademais, também se defendeu a extensão da responsabilidade solidária para os demais incapazes: CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 3, p. 301. Contudo, nenhuma dessas posições era majoritária na doutrina, nem foi localizada jurisprudência que as tutelassem.

²⁷⁵ “Trata-se, pois, de caso fortuito que a ninguém vincula, se não ocorre infração do dever de vigilância. Mas, se a lógica se tranqüiliza com essa consequência, a equidade não a aceita em *determinados casos*, quando, por

Dessa forma, para superar essa dificuldade, e ainda lastreado na noção de culpa, admitiu-se a responsabilidade por fato de terceiro²⁷⁶, atribuindo a responsabilidade ao guardião, ou seja, à pessoa responsável pela vigilância do incapaz. Logo, os pais, tutores e curadores passaram a ser responsáveis diretamente pelo dano, por terem atuado com culpa *in vigilando*²⁷⁷ ou culpa *in educando*²⁷⁸, sendo certo que a culpa *in eligendo*, ainda que relevante para outras modalidades de indenização, escapava de incidência nos casos de inimputabilidade²⁷⁹. Houve mitigação da noção de que a vítima arcaria com o prejuízo realizado pelo incapaz, já que poderia imputar a responsabilidade aos pais, tutores ou curadores, fruto da deficiência da vigilância que a eles era atribuída.

Ocorre que permanecia à vítima o ônus da prova consistente em demonstrar essa culpa na falta de vigilância ou educação, o que paulatinamente foi sendo considerado como “prova diabólica”²⁸⁰. Assim, optou-se, a partir do Decreto 17.943-A/1927, no artigo 68, § 4º²⁸¹, pela presunção de culpa daqueles responsáveis pela vigilância, com inversão do ônus da

exemplo, o autor do dano é abastado de bens e a vítima, por via dele, se arruína.” (NONATO, Orozimbo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. *Revista Forense*, v. 83, a. 37, p. 371-377, jul./1940. p. 373).

²⁷⁶ A despeito de ser enquadrado de forma majoritária pela doutrina como modalidade de responsabilidade por fato de terceiro, mesmo nesse período histórico, correto é o posicionalmente de Pontes de Miranda, que enquadra a responsabilidade do pai, tutor e curador, como própria: “A responsabilidade do art. 1.521,1-IV, é própria, por culpa própria, e não por culpa alheia;” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial, direito das obrigações (fatos ilícitos absolutos, ...). Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 234). No mesmo sentido: SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.85, p. 381-444, abr./1959. p. 390.

²⁷⁷ “A culpa *in vigilando*, por sua vez, decorria da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade do agente. Os pais respondiam pelos atos dos filhos menores, via de regra pela falta de vigilância.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38). Acerca do tema: VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 45-50.

²⁷⁸ Há divergência doutrinária acerca da autonomia da culpa ao educar, ou se esta seria inserida no próprio dever de vigilância. A despeito dessa divergência, admitem-se indenizações por quebra desse dever na Itália, Espanha, Portugal e Alemanha. A respeito do tema: VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50-68; e SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. n. LXXI, p. 403-468, 1995. p. 424-427.

²⁷⁹ “A culpa *in eligendo*, tão presente em outras áreas da responsabilidade civil, como por exemplo na responsabilidade do comitente, possui pouco destaque na responsabilidade dos pais.” (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 44).

²⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17-19.

²⁸¹ “Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva. [...] § 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia.”

prova. Caberia ao pai, tutor ou curador²⁸² demonstrar que exerceu regularmente a vigilância, para que fosse possível afastar a indenização, revelando mecanismo facilitado para o reconhecimento da indenização em favor do lesado²⁸³.

Nesse sistema adotado pelo Código Civil de 1916, após o referenciado Decreto de 1927, há presunção de culpa em desfavor dos pais, tutores e curadores, sendo-lhes lícito comprovar que cumpriram adequadamente com o seu dever de vigilância ou que o dano ocorreria de todo modo²⁸⁴, quando não responderão pelo dano experimentado pela vítima, sistemática até hoje vigente em Portugal²⁸⁵ e Alemanha²⁸⁶⁻²⁸⁷.

²⁸² A despeito de inexistir expressa previsão legal acerca da presunção de culpa ao curador, já que o Código de Menores não o afetava, a doutrina realizava interpretação extensiva para incluí-lo. Contra esta tendência: “Aliás, ainda durante a vigência do Código de Menores de 1927, a responsabilidade do curador não podia ser igualada à do tutor, pois o art. 68, § 4º, daquele diploma não o alcançava.” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 71).

²⁸³ A responsabilidade é primária do guardião. Acerca das soluções diversas da responsabilidade do curador, com três principais modelos de responsabilidade: culpa presumida, com responsabilidade subsidiária do supervisor (Polônia, Hungria, Japão e Tchecoslováquia); culpa presumida, com responsabilidade primária do supervisor (França, Alemanha, Portugal, Espanha, Itália); e dependente da prova de culpa (Common Law e países islâmicos): LE GALL, Jean-Pierre. Liability for Persons Under Supervision. In: DROBNIG, U. [et al.] (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law Online*. v. 11 (Torts), p. 3-39, 1976. p. 07-08.

²⁸⁴ Trata-se da chamada relevância negativa da causa virtual. Há discussão doutrinária acerca de sua incidência como cláusula geral a todas as modalidades de danos, bem como há divergência se tal causa virtual atingiria o nexo causal, ou o próprio dano, prevalecendo na doutrina alemã a sua relação com o nexo causal. A respeito do tema: COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 56-222; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 207-266; e SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. n. LXXI, p. 403-468, 1995. p. 416-417. Parece-nos que, por tais fundamentos, aliada à previsão geral do artigo 399 do Código Civil, ainda que não prevista expressamente como causa de exoneração em âmbito de responsabilidade civil por fato de outrem, é possível afastar a responsabilidade dos curadores pelos atos do incapaz, quando for demonstrado que o dano sobreviria por causa independente e suficiente para o dano.

²⁸⁵ Trata-se do artigo 491 do Código Civil português, nos seguintes termos: “Artigo 491º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem) As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”.

²⁸⁶ “§ 832 Haftung des Aufsichtspflichtigen (1) Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde. [...]”, com tradução realizada por DINIZ, Souza. *Código civil alemão*: traduzido diretamente do alemão. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 139: “§ 832 (Responsabilidade do obrigado à vigilância) Quem, por força de lei, estiver obrigado a exercer vigilância sobre uma pessoa que, por menoridade ou por um estado mental ou corporal, necessita de vigilância, estará obrigado à indenização do dano que esta pessoa causar antijuridicamente a um terceiro. A obrigação de indenização não tem lugar quando for satisfatória a sua obrigação de vigilância ou quando [no caso de não ser satisfatória,] o dano, mesmo com o devido exercício da vigilância, se havia de produzir”.

²⁸⁷ A opção pela culpa presumida dos guardiães também é presente no artigo 3:104 do Livro VI, da *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, criada pelo *Study Group on a European Civil Code* e pelo *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, assim como no art. 6:101 do PETL (*Principles of European Tort Law*), realizado pelo *European Group of Tort Law*.

Aludida situação permaneceu hígida até a revogação expressa daquele Decreto pela Lei 6.697/1979, quando duas²⁸⁸ principais interpretações foram levantadas: 1. prevalência da responsabilidade objetiva, em razão da revogação tácita do artigo 1.523 do Código Civil de 1916 por aquele Decreto, de modo que permaneceria exclusivamente a redação do artigo 1.521²⁸⁹; 2. retomada da presunção de culpa, pois correspondente a hermenêutica já consolidada, e que aplicável mesmo sem expressa disposição legal²⁹⁰. A jurisprudência era vacilante a respeito²⁹¹, razão pela qual o Código Civil de 2002 resolveu a questão e alterou substancialmente a previsão normativa, ao dispor no artigo 933 que os pais, tutores e curadores respondem independentemente de culpa, ou seja, com responsabilidade objetiva.

Antes do acolhimento da responsabilidade objetiva na evolução geral da responsabilidade civil, há um passo anterior consistente na presunção absoluta de culpa, pela qual o agente não detém a possibilidade de se isentar da presunção de culpa estabelecida na legislação. É mecanismo que se assemelha à responsabilidade objetiva, mas é diverso por seu fundamento, visto que permanece a noção de culpa, ainda que esta seja decorrente da lei, com presunção absoluta²⁹². Referido mecanismo não foi utilizado para a responsabilidade do curador, mas o foi para a responsabilidade do empregador, conforme interpretação ampliada dada à Súmula 341 do E. STF²⁹³.

A responsabilidade objetiva forma, portanto, mais um passo evolutivo em relação à proteção da vítima, estabelecendo não somente o recurso da presunção de culpa, mas sim extirpando a análise da culpa em tais casos, a revelar que a responsabilidade passa a ser por

²⁸⁸ Não foram encontrados escritos doutrinários ou decisões jurisprudenciais que retomassem a ideia da necessidade de prova de culpa pela vítima, tal qual a redação originária do artigo 1.523 do Código Civil de 1916. Isso porque não “parece defensável, na actualidade, afastar um dever de indenizar através do património do inimputável lesante”. (ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 295).

²⁸⁹ Solução defendida por RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 68-69. Contudo, curiosamente, em relação ao curador, defende esse autor que sua responsabilidade dependeria de prova de culpa e inviabilidade de indenização pelo amental, a despeito de ressaltar que não foi esta a opção acolhida pelo legislador.

²⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 519-520; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 137-141.

²⁹¹ Conforme demonstra SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 90-94.

²⁹² Acerca dos fundamentos da presunção absoluta de culpa, e sua aproximação à responsabilidade objetiva: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 79-85.

²⁹³ “Súmula 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.” Acerca da presunção absoluta de culpa, lastreada na escolha do comitente: LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 87-90; SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, n. 22, p. 45-69, 2005. p. 49; e TERRA, Aline Miranda Valverde; TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil por fato de terceiro na experiência brasileira. *Revista de direito da responsabilidade*, a. 1, p. 1077-1104, 2019. p. 1083.

fato de terceiro, e objetiva, ou seja, independentemente da avaliação da conduta daqueles responsáveis pela vigilância, exigindo-se, tão somente, que o curatelado esteja sob a sua autoridade e companhia.

A doutrina especializada indica que o fundamento jurídico para a responsabilidade desse curador é lastreado no risco-dependência, já que as demais teorias do risco são insuficientes para justificar a responsabilidade do pai, tutor e curador²⁹⁴. Contudo, considerando o novo perfil da curatela, aliada à atividade desempenhada pelo curador, que não pode ser considerada como fator que gere a dependência do incapaz, sugere-se a reformulação dessa expressão para risco-cuidado²⁹⁵, pois a atividade exercida pelo pai, tutor ou curador que justifica a indenização é justamente o citado dever de acompanhamento e vigilância, e não efetivamente a dependência do incapaz.

Assim, se o fundamento da responsabilidade do curador originalmente era lastreado na culpa, numa noção sancionatória, focada na posição do agente causador do dano e objetivando combater o ato ilícito, com a evolução do instituto essa responsabilidade passa a ter um fundamento reparatório, numa espécie de garantia²⁹⁶ para a proteção da vítima, ainda

²⁹⁴ “Na realidade, o Código Civil, ao adotar expressamente a responsabilidade objetiva, indica que aquele responsável pelos menores ou doentes (incapazes) assume o risco dependência, criando, portanto, nova modalidade de risco. O risco dependência é explicado pelo simples fato de a ausência de discernimento dos incapazes, ou de sua redução, torná-los potenciais causadores de danos. O discernimento completo e a possibilidade de se distinguir entre o certo e o errado faltam ao incapaz. Em decorrência do potencial de causar danos, a responsabilidade dos pais, dos tutores e dos curadores é objetiva. Essa é a tese que se defende.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81). Também defendendo a inaptidão da teoria geral do risco para justificar a responsabilidade objetiva: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 256-269.

²⁹⁵ “A responsabilidade pelo fato de outrem [...] se assenta, pela teoria clássica, na culpa *in vigilando* e na *in eligendo* e, pois, ao cabo de contas, recairá no princípio de responder cada qual pela própria culpa. E a teoria objetiva também pode explicá-la satisfatoriamente, pelo risco na direção de uma pessoa em que o fato de terceiro é assimilado ao fato pessoal (caso dos pais, tutores, curadores) e pelo *risco profissional* (caso dos patões e comitentes).” (NONATO, Orozimbo. *Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento*. *Revista Forense*, v. 83, a. 37, p. 371-377, jul./1940. p. 372).

²⁹⁶ “A função dos pais como garantes dos filhos face a terceiros torna-se então o principal fundamento da sua responsabilidade. A responsabilidade dos pais perde o seu significado originário de contrapartida do exercício deficiente do poder paternal para evidenciar com maior nitidez a intenção de fazer com que o patrimônio dos pais funcione como uma garantia face a terceiros, de acordo com a convicção de que é mais justo que os pais do autor do facto respondam do que seja a vítima inocente a suportar os danos causados pelo menor” (SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. n. LXXI, p. 403-468, 1995. p. 451). No mesmo sentido: FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986. p. 113; GARCIA, Filipe Rodrigues. *A responsabilidade civil pelos atos dos menores de idade: comentários ao Recurso Especial n. 1.074.937/MA*. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, p. 1-36, 2016. p. 15-18. Disponível em: <http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-pelos-atos-dos-menores-de-idade>. Acesso em: 16 jun. 2022; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 135-154, out.-dez. 2018. p. 140; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 832.

que o curador não tenha agido com culpa, desempenhando regularmente o seu dever de vigilância. Há um reforço de responsabilidade ao curador, que deve empregar uma vigilância ainda mais intensa para evitar danos, considerando que, na sua ocorrência, estes lhe serão imputados diretamente²⁹⁷.

Portanto, há opção legislativa de atribuir o risco de danos ao curador, garantindo a indenização ao lesado, ainda que isso possa gerar a responsabilidade por fato de outrem, alheio ao controle do guardião²⁹⁸.

O contraste de interesses entre vítima, inimputável e seu guardião gerou uma importante evolução histórica no Direito continental, que influenciou de modo determinante o Brasil: partiu-se da sanção direta ao incapaz, com confusão entre pena e ilícito civil; para uma irresponsabilidade do inimputável, posto não ter atuado com culpa, arcando a vítima com o prejuízo; seguido da viabilidade de responsabilização pessoal do guardião por culpa, com ônus da prova à vítima; após, pela presunção de culpa e responsabilidade do guardião, mantida a irresponsabilidade do incapaz; finalmente, pela responsabilidade objetiva do curador, por fato de outrem.

Uma vez realizada essa evolução em relação à pessoa do curador, é de se pontuar que também ocorreram diversas respostas no decorrer do tempo, e em ordenamentos jurídicos diversos para a responsabilidade do incapaz. No Direito romano pós-clássico e no Direito francês clássico, como visto, a pessoa privada de discernimento era tida como irresponsável, já que não poderia atuar com culpa.

Ainda que a irresponsabilidade do inimputável fosse a resposta primordial no Direito continental, na família jurídica²⁹⁹ da *common law* a resposta para esses casos era muito

²⁹⁷ VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 116-117.

²⁹⁸ Criticando essa opção legislativa: “Mas o Código Civil atual foi extremamente enérgico ao estabelecer responsabilidade dos tutores e curadores. Mais que austero, foi injusto. Isto porque o art. 933 do mesmo código manda que o tutor e o curador respondam pelos atos dos tutelados e dos curatelados independentemente de culpa de sua parte.” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64).

²⁹⁹ A expressão “família jurídica” é utilizada por Dário Moura Vicente, para designar uma representação macrocomparada simplificada da realidade, que reúne um conjunto de sistemas jurídicos que possuem afinidades entre si, em relação a certos aspectos fundamentais. Há cinco principais famílias jurídicas: a romano-germânica, a de *common law*, a muçulmana ou islâmica, a hindu e a chinesa. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. 1, p. 57-91. Há outros autores que preferem a expressão “tradição jurídica”, como JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA UMinho, 2015. p. 51-60; e GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 1-58. Há, também, críticas à excessiva simplificação do sistema, que desconsidera sistemas híbridos, a diferença regulatória em cada ramo do Direito e de sistemas que não se enquadram em quaisquer os cinco tipos supracitados. Sobre o tema: ÔRUCÛ, Esin. *The enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*. Leiden:

diversa. Mesmo com certo desentendimento jurisprudencial³⁰⁰, a posição majoritária é no sentido da viabilidade da pessoa sem discernimento ser diretamente responsável, não servindo a deficiência mental como forma de defesa, utilizando-se o padrão de um homem razoável (“*reasonable man standard*”)³⁰¹⁻³⁰², mesmo para as pessoas privadas de discernimento.

Isso porque aplica-se o brocardo “quando uma de duas pessoas inocentes tenha que sofrer um prejuízo, este deverá ser arcado pela pessoa que o causou”³⁰³, ou seja, há preponderância do interesse da vítima, num aspecto exclusivamente econômico³⁰⁴. Além disso, também é invocado como fundamento um incentivo para que haja vigilância mais acurada sobre pessoas com deficiência mental, e a dificuldade de definição de critérios objetivos, além da respectiva prova, o que geraria insegurança jurídica caso essa defesa fosse acolhida³⁰⁵.

Contudo, essa responsabilidade não significa que o inimputável responderá da mesma forma que o imputável, já que a ele não serão aplicáveis os danos punitivos ou

Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 41-47; e VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. 1, p. 57-91.

³⁰⁰ “A more important question concerns the liability of mentally disordered persons for injuries inflicted by them on others. The law on this subject is still surprisingly unsettled. The American cases generally say that insanity is no defense to an action for tort.” (GUTTMACHER, Manfred S.; WEIHOFEN, Henry. *Mental Incompetency*. *Minnesota Law Review*, v. 36, n. 3, p. 179-212, 1952. p. 209), com tradução livre: “Uma questão mais importante se refere à responsabilidade de pessoas com deficiência mental em relação aos danos causados por essas a outros. O direito na matéria é surpreendentemente indefinido. Os casos americanos normalmente dizem que a insanidade não é uma defesa para uma ação de responsabilidade civil.”

³⁰¹ Não se admite a defesa por atos decorrentes de deficiências mentais, mas algumas cortes afastam a responsabilidade por atos involuntários, tais como os reflexos ou atos de sonâmbulos, bem como em ataques súbitos do coração, salvo se a pessoa tivesse algum conhecimento da doença. Acerca do tema: GUTTMACHER, Manfred S.; WEIHOFEN, Henry. *Mental Incompetency*. *Minnesota Law Review*, v. 36, n. 3, p. 179-212, 1952. p. 210-212.

³⁰² “Apenas a título informativo, o Direito Inglês, que até então coincidia com o encaminhamento dado ao tema na França, mais recentemente aparentou afastar-se dele em parte. Com o julgamento de *Mullin v. Richards*, a Corte de Apelações da Inglaterra e do País de Gales passou a compreender que, embora ainda se devesse tomar como referência o *reasonable man* como padrão abstrato da conduta, este deveria se referir à diligência que se espera de uma criança de quinze anos de idade, pano de fundo no caso deliberado por aquele tribunal. Assim, se a demanda estaria versando sobre atos praticados por menores, ter-se-ia que aquilatar não a diligência de um adulto, e sim aquela que seria possível esperar de uma criança de idêntica idade.” (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, p. 199-229, out.-dez./2017. p. 211-212).

³⁰³ “Where one of two innocent persons must suffer a loss, it should be borne by the one who occasioned it.” Brocardo citado no processo *Guardianship of Meyer*, 218 Wis. 381, 261 N.W. 211 (1935), onde um fazendeiro insano colocou fogo no celeiro de seu empregador, bem como no processo *Breunig vs. American Family Ins. Co.*, 173 N. W. 2d 619, 624 (Wis. 1970), em que uma motorista esquizofrênica, com alucinações, causou um acidente de trânsito ao atingir um caminhão na contramão. Citando estes casos: CASTO, William R. *The Tort Liability of Insane Persons for Negligence: A Critique*. *Tennessee Law Review*. n. 39, p. 705-723, 1972. p. 712-714.

³⁰⁴ “A responsabilidade do alienado é, em regra, proclamada no direito inglês, respondendo o autor pelos danos causados, considerando-se a solução do problema sob o seu aspecto exclusivamente econômico.” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 167).

³⁰⁵ Nesse sentido: CASTO, William R. *The Tort Liability of Insane Persons for Negligence: A Critique*. *Tennessee Law Review*. n. 39, p. 705-723, 1972. p. 711-712; e SLOVENKO, Ralph. *Psychiatry in law: law in psychiatry*. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2009. p. 329-330.

exemplares (*punitive damages*), que exigem plena imputabilidade, numa noção sancionatória aproximada ao Direito criminal³⁰⁶.

Da mesma forma que o Direito inglês, em França surgiu posição no sentido de se excluir o aspecto subjetivo da culpa, realizando-se a confrontação com um padrão do homem médio, independentemente das condições pessoais daquele que causou um dano³⁰⁷, o que permitiria a responsabilidade direta do incapaz. Aludida posição, inicialmente minoritária, foi positivada pelo legislador francês na reforma de 1968, por meio da Lei 68-5 de 3 de janeiro de 1968, fixando no artigo 489-2 que “*Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation.*”³⁰⁸, redação atualmente constante do artigo 414-3, após nova reforma realizada pela Lei 2007-308 de 5 de março de 2007.

Desse modo, se originalmente o ordenamento francês indicava que a pessoa sem discernimento não era responsável, fruto da ausência de culpa, em seu aspecto subjetivo, o que influenciou diretamente o Brasil e outros países latino-americanos³⁰⁹, a partir da reforma legislativa em 1968, a posição passou a ser em sentido oposto: a responsabilidade direta das pessoas privadas de discernimento, abolindo-se a noção de imputabilidade³¹⁰.

Em continuação, há terceira solução³¹¹ para a responsabilidade civil do incapaz, existente, entre outros³¹², no Direito italiano³¹³, alemão³¹⁴, português³¹⁵, e brasileiro após o

³⁰⁶ CASTO, William R. The Tort Liability of Insane Persons for Negligence: A Critique. *Tennessee Law Review*. n. 39, p. 705-723, 1972. p. 713; e GUTTMACHER, Manfred S.; WEIHOFEN, Henry. Mental Incompetency. *Minnesota Law Review*, v. 36, n. 3, p. 179-212, 1952. p. 210-211.

³⁰⁷ “Entretanto, os irmãos MAZEAUD arquitetaram uma teoria de culpa sem a imputabilidade moral, cuja aplicação os conduziu a proclamar a responsabilidade dos alienados dentro da teoria da culpa.” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 163).

³⁰⁸ “Aquele que causou um dano a outrem quando estava sob o império de um problema mental, não é por isto menos obrigado à reparação” (tradução realizada por CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55-56, nt. 58).

³⁰⁹ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 273-276.

³¹⁰ A respeito da alteração legislativa francesa: FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a indenização equitativa por danos causados por incapazes: tendência ou excepcionalidade no sistema da responsabilidade civil no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 93-115, jul.-set./2017. p. 97; e GEFFROY, Claire. *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*. Paris: Librairies techniques, 1974. p. 227-231.

³¹¹ Referida solução foi originalmente fixada pelo Código da Prússia de 1794, por influência do jusnaturalista Christian Thomasius (1655-1728), o que refletiu no Código Civil austríaco e no BGB alemão, com posterior adesão de parte dos Códigos latinos, como o italiano, português e brasileiro. Acerca do tema: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 292-295; PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 531-534; e NONATO, Orozimbo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. *Revista Forense*, v. 83, a. 37, p. 371-377, jul./1940. p. 373-376.

³¹² “Outros Códigos Civis como o do México (art. 1.911), do Peru (art. 1.140), da Venezuela (art. 1.187), de Portugal (art. 2.377), da China (art. 187 do CC de 1930), da Espanha (art. 32), da Áustria (art. 1.310), e os Códigos das Obrigações da Polônia (art. 134) e do Líbano (art. 122) da mesma forma admitem, por equidade, a

Código Civil de 2002³¹⁶, consistente na responsabilidade civil subsidiária da pessoa privada do discernimento, fundamentada na equidade³¹⁷, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social³¹⁸.

reparação civil pelos loucos.” (ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50). Também prevê a responsabilidade subsidiária do incapaz, em razão da equidade, o artigo 3:104, do livro VI, da *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, criada pelo *Study Group on a European Civil Code* e pelo *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*.

³¹³ “Art. 2047. *Danno cagionato dall'incapace. In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità.*” com tradução realizada por ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50: “Artigo 2047. Prejuízo ocasionado por pessoa incapaz. Em caso de prejuízo ocasionado por pessoa incapaz de entender ou de querer, é devida a indenização do prejuízo por quem estava obrigado à vigilância do incapaz, a não ser que prove que não pôde impedir o ato. No caso em que o prejudicado não tenha podido obter a indenização daquele que era obrigado à vigilância, pode o juiz, levando em consideração as condições econômicas das partes, condenar o autor do prejuízo a uma equitativa indenização.” Acerca do tema: ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Trad. por Leysser L. León. Lima: El Jurista Editores, 2006. p. 328-330; BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Torino: Utet Giuridica, 2011. p. 242-246; CORSARO, Luigi. *L'imputazione del fatto illecito*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 31; DEVOTO, Luigi. *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 79; e VENCHIARUTTI, Angelo. *La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 397-400.

³¹⁴ “§ 829 *Ersatzpflicht aus Billigkeitsgründen Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf.*, com tradução realizada por DINIZ, Souza. *Código civil alemão*: traduzido diretamente do alemão. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 138-139: “§ Seção 829 (Responsabilidade equitativa) Quem, em um dos casos assinalados nos §§ 823 a 826, não for, com fundamento nos [§§] 827 e 828, responsável por um dano por ele causado, terá, não obstante, sempre que a indenização do dano não possa ser exigida de um terceiro com dever de vigilância, de indenizar o dano, desde que a equidade, de acordo com as circunstâncias, particularmente, de acordo com as relações entre os interessados, exigir uma compensação, e a ele não sejam tirados os meios dos quais necessita para a sua manutenção conveniente assim como para a realização das suas obrigações legais de alimentos.” Sobre a matéria: ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Trad. por Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935. t. 2, v. 2, p. 681-682; LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2, p. 572-574; MAGNUS, Ulrich. §829. In: DANNEMANN, Gerhard; SCHULZE, Reiner. *German Civil Code (BGB)*: Books 1-3. München: C.H. Beck; Nomos, 2020. v. 1, p. 1629; e TUHR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. 1, p. 276-278.

³¹⁵ “ARTIGO 489º (Indemnização por pessoa não imputável) 1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância. 2. A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos.” Sobre o tema: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 439-440; e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 563.

³¹⁶ “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

Assim, ainda que seja viável a indenização pela pessoa do guardião, inclusive de forma objetiva, independentemente de culpa, com o Código Civil atual, não são raros os casos em que o guardião não detenha recursos para o pagamento da indenização, o que se tornou mais comum com o aumento da expectativa de vida³¹⁹; além de permanecerem casos de irresponsabilidade do guardião, quando provada regular vigilância, nos sistemas lastreados na culpa deste, ainda que presumida, ou, nos casos de inexistência de autoridade e companhia, como permite o nosso sistema.

A palavra equidade vem do latim “*aequitas*”, que, por influência do período romano clássico, normalmente vem conceituada como igualdade e justiça³²⁰, e no ramo jurídico é um conceito que apresenta vários significados semelhantes e relacionados entre si, tendo sido conceituado de forma distinta por diversos autores no decorrer do tempo³²¹, podendo ser sintetizada como uma adaptação do Direito às particularidades do caso concreto, lastreada numa noção de igualdade, dando decisões idênticas a casos iguais e desiguais para casos diversos, bem como na noção de justiça, fruto de um contrato social.

A equidade assume quatro principais funções no ordenamento jurídico: 1) na elaboração da norma, seja como informadora ou inspiradora da lei, seja como elemento ativo da própria norma, que confere certo poder discricionário ao juiz; 2) na interpretação da lei,

artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

³¹⁷ “*Sólo por razón de equidad cabe, en ese caso, hacer incidir cierto resarcimiento en el patrimonio del sujeto carente de voluntad.*” (ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 76-77), com tradução livre: “Somente por razões de equidade é que cabe, nesse caso, fazer incidir certo ressarcimento no patrimônio do sujeito privado de vontade.”

³¹⁸ ABREU, Celia Barbosa. Aspectos constitucionais da responsabilidade civil do incapaz. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.11, p. 257-277, jan.-jun./2012. p. 266-270; e SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 96-117.

³¹⁹ A expectativa de vida de ambos os sexos em 1991, quando iniciada a Tábua Completa da Mortalidade do IBGE, era de 66,03 anos, subindo para 76,6 em 2019, última publicação realizada, ou seja, com um aumento de mais de dez anos de expectativa de vida em 28 anos. (BRASIL. IBGE. Biblioteca. Catálogo. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=73097>. Acesso em: 14 set. 2021). Ademais, reconhecendo a relevância do aumento da expectativa de vida em conflitos judiciais: REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 93.

³²⁰ “Para os juriconsultos clássicos, *aequitas* é o que, modernamente, se denomina justiça: aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo. É ela – e a frase é de Scialoja – uma tendência, uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. Por isso, o direito positivo pode entrar em choque com ela. [...] Bem diversa a noção de *aequitas* no período pós-clássico. Aí, em antítese com o *ius*, ela adquire o sentido de benignidade, benevolência (*humanistas, benignitas, benevolentia, pietas, caritas*). Com base nela, os imperadores romanos derogam princípios jurídicos, como, por exemplo, permitem que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de vínculos contratuais.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 82-83). No mesmo sentido: BONFANTE, Pietro. *Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 91.

³²¹ Acerca dos diversos conceitos de equidade propostos por Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Vicente Ráo, Agostinho Alvim, Hélio Tornaghi, Eduardo Espínola, Maria Helena Diniz e Alípio Silveira: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 27-29.

recomendando a visão mais benigna e humana, considerando a posição do legislador e os fins sociais das normas, ainda que o dispositivo não indique expressamente essa possibilidade de compreensão; 3) na integração do postulado normativo, suprimindo lacunas, sejam essas voluntárias ou involuntárias, permitindo uma resposta justa no silêncio normativo; 4) na correção do dispositivo, consistente numa autorização para apreciação de matéria não prevista pelo legislador, estabelecendo uma norma para o caso concreto, não formando poder absoluto, já que é vedada a solução contrária ao texto normativo (*contra legem*)³²².

O Código Civil de 2002, assim como outras legislações estrangeiras, considerando as funções da equidade, previu expressamente, como elemento ativo da norma, certo poder ao juiz³²³, para que aprecie o caso concreto e fixe a indenização a ser arcada pelo incapaz, ainda que esta fosse originalmente dispensada nos mecanismos clássicos da responsabilidade civil subjetiva, dado que não haveria culpa.

A opção legislativa pretende acomodar dois valores relevantes para a sociedade: a proteção das pessoas privadas de discernimento, tidas por vulneráveis³²⁴, e os interesses da vítima, que foram atingidos por atos de terceiros. Nesse equilíbrio de interesses, nos quais são determinantes as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade social³²⁵, optou o legislador por uma solução equitativa, ou seja, aumentando o poder discricionário do juiz, permitindo a indenização pela própria pessoa privada do discernimento, em duas hipóteses: se as pessoas responsáveis pelo incapaz não tiverem obrigação de indenizar; ou se o patrimônio dos responsáveis for insuficiente para a indenização.

³²² CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 37-44.

³²³ Hipótese em que é conferida a função integrativa da equidade, para que o juiz forme uma norma específica ao caso concreto, que exige a autorização legal. Já a equidade valor, como avaliação individual do bom e do justo, conforme as circunstâncias do caso concreto, é admitida de forma generalizada, independentemente de previsão legal. Acerca da distinção entre equidade integrativa e equidade valor, também chamada de equidade legal e judicial: MARGULHÃO, Maria Fernanda Dias. O princípio da equidade: por uma nova exegese. *Revista SERVIAM JURIS*, v. 3, n. 3, p. 45-57, jun./2018. p. 49-51.

³²⁴ O termo vulnerabilidade advém de *vulnus, eris*, e do verbo latino *vulnerare*, do qual extrai-se o sentido de suscetibilidade, ou seja, de alguém ou algo que pode ser atingido, ferido, penetrado, razão pela qual, numa primeira noção, toda pessoa seria vulnerável. Em sentido jurídico, a acepção mais utilizada exige uma relação com outra pessoa, e vem sendo entendida como característica de certas pessoas ou grupos sociais, que ostentam uma intervenção estatal para reequilibrar uma situação que não é igualitária. Nesse sentido: SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 151-152. A doutrina diferencia a vulnerabilidade patrimonial, consistente em uma posição de inferioridade de recursos financeiros, normalmente identificada em contratos, da vulnerabilidade existencial, que consiste numa situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial: KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, mai.-jun. 2015. p. 107-115.

³²⁵ Nesse sentido a primeira metade do Enunciado 39 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. [...]”.

Por sua vez, ainda que reconhecida a responsabilidade civil nesses casos, a indenização não seria fixada pela extensão do dano, conforme determina o artigo 944 do Código Civil, mas sim seria fixada de forma equitativa, sendo afastada se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Dessa forma, a equidade, no caso específico do artigo 928 do Código Civil, exerce múltiplas funções: 1) foi inspiração para a previsão da norma, objetivando dar uma solução justa aos casos em que a vítima não seria indenizada (função de elaboração da norma); 2) é parte integrante da norma, com autorização ao juiz para o exercício de uma análise equitativa (função de elaboração da norma); 3) é fundamento para permitir a indenização do incapaz (função interpretativa); 4) compõe o método de cálculo da indenização, mediante avaliação diversa dos critérios comuns de indenização (função corretiva).

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o conceito de incapacidade geral dos artigos 3º e 4º do Código Civil foi sensivelmente atingido pela alteração dos requisitos de aferição da incapacidade, do critério do discernimento para o da manifestação da vontade, caso adotada a interpretação literal, o que poderia resultar importante alteração do sistema de responsabilidade civil, pois não seriam aplicados os artigos 928 e 932, inciso II, do Código Civil, dado que a pessoa não seria declarada incapaz.

Assim, as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, numa interpretação exclusivamente literal tanto do artigo 4º, quanto do artigo 928, ambos do Código Civil, afastariam o sistema cunhado pelo legislador, de modo que duas principais respostas subsidiárias seriam viáveis: a pessoa com deficiência mental, por ser plenamente capaz, responderia pessoalmente e diretamente pelos danos causados, tal qual o sistema inglês e o sistema francês após a atualização³²⁶, com emprego de outros recursos para a fixação equitativa da indenização³²⁷; ou a pessoa com deficiência mental, por não ter discernimento,

³²⁶ Resposta indicada por: ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. *Revista do IBERC*, v. 1, n. 1, p. 01-43, nov.-fev./2019. p. 40-41; e SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista do IBERC*, v. 4, n.1, p. 1-18, jan.-abr./2021. p. 4.

³²⁷ Entre os recursos possíveis está a interpretação ampliada do artigo 928, parágrafo único, do Código Civil, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como propõem SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista do IBERC*, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan.-abr./2021. p. 7-12; 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 a Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 726-728; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 824. Também é invocada a viabilidade de utilização da redução equitativa pelo grau de culpa, prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, como propõe HOSNI, David Salim Santos. Responsabilidade civil da

seria tida como irresponsável, a revelar que a vítima arcaria com o prejuízo, tal qual o sistema romano e francês clássico. Nos próximos itens, serão construídos os critérios doutrinários para permitir uma resposta apropriada para o sistema de responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental sem discernimento entre o certo e errado, seja ela declarada incapaz, seja não interdita, no sentido da retomada da indenização equitativa e subsidiária.

Em suma, é possível sistematizar a evolução histórica do seguinte modo: inicialmente coletiva, e, com a personalidade, a responsabilidade do inimputável era penal e ilimitada, seguida pela limitação da Lei do Talião. Após, por influência do Direito romano e canônico, tal responsabilidade, de conteúdo civil, foi afastada, já que a pessoa com deficiência mental era tida como inimputável, permitindo-se a responsabilidade de seu guardião, primeiramente lastreada na culpa, seguida pela presunção de culpa, e culminando com a responsabilidade objetiva. Contudo, esse sistema não respondeu a todos os casos, razão pela qual permitiu-se a responsabilidade direta da pessoa incapaz, lastreada na equidade, dignidade da pessoa humana e solidariedade social, seja diretamente, conforme a opção dos sistemas inglês e francês vigentes atualmente, seja de forma subsidiária, como realizam os sistemas português, italiano, alemão e o Código Civil de 2002. Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, há dificuldade de identificação do critério de responsabilidade empregado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que será avaliado nos próximos itens.

2.2 Critérios para a identificação da modalidade da responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental

Uma vez realizado o desenvolvimento histórico das hipóteses e fundamentos da responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental privada de discernimento, necessário apreciar analiticamente o artigo 928 do Código Civil, construindo os critérios para a interpretação de seu conteúdo.

Inicialmente, referido artigo integra o Livro I da parte especial do Código Civil que regula o Direito das obrigações, no Título IX da responsabilidade civil, no primeiro capítulo, que trata da obrigação de indenizar. Assim, a sua localização no Código Civil, formando o segundo artigo deste capítulo, demonstra uma opção do legislador de enquadrá-lo como

pessoa com deficiência que envolva transtorno mental. *In*: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 210-214.

hipótese própria da obrigação de indenizar, com fundamento distinto da indenização em geral, prevista no artigo 927 do Código Civil.

Segundo António Menezes Cordeiro³²⁸, a identificação da responsabilidade civil é bipartite, considerando um plano fático (que envolve o fato, o dano e causalidade) ao lado de um plano jurídico, no qual é investigado se o agente responderá juridicamente por aquele fato. Dessa forma, o artigo 928 objetiva essencialmente formar um critério de imputação, no plano jurídico de avaliação da responsabilidade civil, dissonante das circunstâncias fáticas.

O *caput* do artigo 928 do Código Civil estabelece que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, em duas hipóteses: se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo; ou se essas pessoas não dispuserem de meios suficientes para arcar com a indenização. Por sua vez, o parágrafo único regula a indenização que será fixada em caso de responsabilidade, arbitrada equitativamente, num segundo momento de apreciação judicial.

Historicamente, a solução pela responsabilidade subsidiária da pessoa privada do discernimento é decorrência da falta de proteção dada à vítima, que não seria indenizada. O legislador permitiu a indenização pelo causador do dano, de forma subsidiária, ainda que este não tenha atuado de forma censurável, com efetiva culpa, em seu aspecto subjetivo. Em nosso sistema, de influência majoritária francesa³²⁹, adota-se o modelo híbrido da dimensão jurídica da responsabilidade civil³³⁰, avaliando a culpa de forma ampla, o que envolve o seu aspecto objetivo e subjetivo³³¹.

³²⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 317-318.

³²⁹ "A teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro é totalmente derivada do Código de Napoleão [...]. A teoria brasileira da responsabilidade parte daí e seu desenvolvimento sobre a responsabilidade por fato de terceiro ou por fato das coisas acompanha o direito francês." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, p. 183-194, jan.-dez/1994. p. 193). Cabe também enfatizar que a relevância da culpa na responsabilidade civil é fenômeno global, existente em grande quantidade das legislações vigentes, conforme apontado por Alvino Lima, citando relatório elaborado por André Rouast, que verificou a relevância da culpa em França, Bélgica, Suécia, Noruega, Dinamarca, Hungria, Iugoslávia, Grécia, Polônia, Romênia, Egito, Japão, Canadá, Chile, Marrocos, Haiti, Líbano, Síria e Suíça. (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 42-43).

³³⁰ "[...] afigura-se que também o Código brasileiro de 2002 deu guarida ao que chamaremos de modelo híbrido: uma simplificação de pressupostos, no tocante à responsabilidade obrigacional, tradicionalmente expressos por 'culpa' e uma conjunção analítica mais exigente, no campo da aquiliana." (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 384).

³³¹ "Em verdade, para muitos autores a culpa teria dois *requisitos*, que podem ser denominados requisito *objetivo* e requisito *subjetivo*. O primeiro seria a *antijuridicidade*, que se traduz na *objetiva* violação de uma norma jurídica pré-existente. Tal requisito estaria expresso no artigo 186 do diploma civil brasileiro quando neste se exige que a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência *virole direito*. Já o segundo requisito, denominado *imputabilidade*, exige do agente a capacidade de entender e querer ou o discernimento para entender o caráter antijurídico dos atos danosos que pratica." (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23-24).

Pela aplicação dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva, essas pessoas não responderiam pelo ato ilícito, arcando a vítima com o prejuízo³³², pois não haveria ato voluntário, o que corresponderia à solução romana pós-clássica e francesa clássica. Contudo, essa não é a solução adotada em nosso ordenamento, que destina sua preocupação à vítima não ressarcida, de modo que os incapazes somente são chamados a responder por critérios de equidade, lastreando-se o dever reparatório na solidariedade social e na dignidade da pessoa humana, com a fixação de indenização equitativa.

Justamente em razão dessa sensação de injustiça em relação à vítima que o legislador criou a indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil, utilizando-se como base a experiência estrangeira, já citada neste capítulo. Logo, a matéria foi disciplinada como inovação no Código Civil de 2002, não correspondendo à aplicação reiterada de nosso sistema, que, até então, tinha a tendência de excluir a responsabilidade dos inimputáveis, já que não poderiam atuar com culpa³³³.

Para melhor sistematizar os critérios de incidência do artigo 928 do Código Civil, propõe-se a avaliação de quatro grupos de casos, identificados pelo contraste de dois elementos: o reconhecimento da incapacidade em sentença que fixa a curatela, e a existência de um dever de cuidado de terceiros. Justifica-se essa divisão, pois haverá melhor clareza dos critérios de imputação de responsabilidade, além de permitir-se extrair uma resposta clara para cada hipótese.

Dessa forma, há quatro principais grupos de casos de investigação da responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental: a. pessoa declarada incapaz, com dever de cuidado pelo curador (*cura persona* ou guarda); b. pessoa não interdita, com omissão no dever de cuidado (curador de fato); c. pessoa não sujeita à curatela, e sem dever de cuidado de terceiros; d. pessoa declarada incapaz, sem o dever de cuidado pelo curador (*cura rei*).

Em relação ao primeiro grupo de casos, trata-se de hipótese típica do artigo 928 do Código Civil. A pessoa é declarada incapaz, inclusive para os atos extrapatrimoniais, com

³³² “Em face dos fundamentos psicológicos e morais da responsabilidade, o dano praticado pelo amental, quando não possa ser satisfeito pelo investido do dever de vigilância, é irreparável. A atividade do amental ‘é uma força cega, comparável às forças naturais’.” (NONATO, Orozimbo. *Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. Revista Forense*, v. 83, a. 37, p. 371-377, jul./1940. p. 373).

³³³ “A falta de discernimento, ou seja, a inimputabilidade moral do incapaz, impede a responsabilidade subjetiva. Assim, em regra, os sistemas pregam a absoluta irresponsabilidade do incapaz em indenizar a vítima. Pela teoria subjetiva, calcada na culpa, o dano causado pelo incapaz equipara-se à força maior. Este era o entendimento durante a vigência do Código Civil de 1916.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 118). No mesmo sentido: DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1, p. 355-356; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 376-379; e LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 164.

efetivo dever de cuidado e proteção pelo curador, que exerce autoridade, e tem o dever de manter o interdito em sua companhia, fruto do reconhecimento da inconstitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou em razão dos poderes concedidos ao juiz para fixar uma “curatela sob medida”, conforme abordado no capítulo anterior deste estudo. Assim, caso o incapaz cause danos, a responsabilidade será primordial do curador, conforme artigo 932, inciso II, do Código Civil, que terá responsabilidade objetiva, conforme artigo 933 do Código Civil.

Somente se o curador não tiver obrigação de reparar o dano, em excepcional hipótese de ausência de autoridade ou companhia, que será mais bem analisada no item 5 deste capítulo, ou na hipótese de o curador não ter bens suficientes para o pagamento da indenização, e assim recomendar a equidade, é que o incapaz será responsabilizado.

Pontua-se que a avaliação do dever de cuidado deverá levar em consideração a sentença que fixou a curatela, bem como a conduta fática e extensiva dos curadores. Caso estes assumam, por sua conduta, uma efetiva guarda, com cuidado intenso sobre o relativamente incapaz, ainda que a sentença de interdição tenha limitado a sua atuação para atos negociais, prevalecerá a realidade fática, com a responsabilidade primária e pessoal desse curador³³⁴. Portanto, nesse primeiro grupo de casos, há curadores com dever de cuidado, em razão da sentença que fixou a curatela, além daqueles que, a despeito de originalmente ter sido fixada uma curatela limitada, passaram a exercer efetiva guarda do incapaz, assumindo o dever de cuidado.

Importante enfatizar que a viabilidade do reconhecimento de intervalos lúcidos é majoritariamente³³⁵ rechaçada no ordenamento jurídico pátrio³³⁶, sob o fundamento da

³³⁴ “Não se pode, todavia, afastar a possibilidade de o curador, a despeito da restrição mínima à capacidade do curatelado imposta pela interdição, exercer poderes de fato que extrapolem aqueles definidos na sentença, intervindo mais intensamente no dia a dia da pessoa com deficiência [...] Nesse cenário, responderá o curador pelos danos causados no âmbito de sua atuação, além, portanto, dos poderes formalmente conferidos pela sentença de interdição.” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 146-147).

³³⁵ “No direito brasileiro, afastou-se que alguém, que seja louco e que tenha intervalos lúcidos, pratique, entre eles, atos válidos.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral (Validade, Nulidade, Anulabilidade)*. Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4, p. 194). No mesmo sentido: BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 86-88; BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 46-49; CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 255; LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 88; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 234-235; SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27; e VILLELA, João Baptista. *Incapacidade Transitória de Expressão*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (orgs.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: homenagem a Túlio*

segurança jurídica³³⁷, inclusive no âmbito da responsabilidade civil extracontratual³³⁸. Assim, pela tutela da estabilização social³³⁹, enquanto não ocorrer eventual alteração legislativa em sentido diverso, devem ser desprezados os intervalos lúcidos daqueles declarados incapazes, com a fixação de curatela ampla (*cura persona*), razão pela qual estes sempre responderão de forma subsidiária e se assim recomendar a equidade.

Em síntese, há aplicação plena da sistemática de indenização do artigo 928 do Código Civil àqueles declarados incapazes, com o reconhecimento de falta de discernimento para os atos extracontratuais, de modo que há fixação de guarda aos curadores (conforme autoriza o artigo 1.590 do Código Civil), com efetivo dever de cuidado (*cura persona*), a justificar a sua responsabilidade primária e objetiva, fruto do risco-cuidado, também chamado de risco-dependência. Somente de forma excepcional é que a pessoa incapaz responderá pelos danos causados, se dessa forma recomendar a equidade, observado que a indenização não poderá privar o incapaz do necessário para sua dignidade, bem como das pessoas que dele dependem.

O segundo grupo de casos corresponde às pessoas que não foram declaradas incapazes, mas há efetivo dever de cuidado daqueles que seriam nomeados curadores. Essa hipótese envolve as pessoas que são faticamente incapazes, mas que não foram declaradas como tal em processo de interdição, por omissão de seus genitores, filhos e/ou cônjuge ou companheiro. Por sua vez, a pessoa sem discernimento comete o dano por negligência das pessoas responsáveis por sua vigilância, que sabiam do risco agravado que tal pessoa causava

Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 350. Em sentido contrário, defendendo que o silêncio do legislador deve ser interpretado como autorização para o reconhecimento dos intervalos lúcidos: RODRIGUES, Nina. *O alienado no Direito Civil brasileiro*: apontamentos médico-legais ao projeto de Código Civil. Bahia: Prudêncio de Carvalho, 1901. p. 129-148.

³³⁶ Já nas legislações europeias predomina que não há vinculação entre a inimputabilidade e a declaração de incapacidade, ou de qualquer outra medida de apoio. Nesse sentido: CASALS, Miquel Martín. La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate. In: RESINA, Judith Sole (coord.). *Persona, familia y género*: Liber Amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera. Barcelona: Atelier, p. 61-80, 2022. p. 74-75. O mesmo ocorre na Argentina, conforme ensina: ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 371-372.

³³⁷ “No direito anterior ao Código de 1916 eram válidos os atos praticados pelo amental em seus intervalos lúcidos. Isso constituía uma importante fonte de demandas, pois fácil é imaginar os debates que a lei facultava; uns interessados alegando que o ato foi praticado durante um intervalo lúcido, outros, negando tal fato. E enorme, também, a dificuldade de prova. O Código Civil não considerou os intervalos lúcidos do amental.” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 44-45).

³³⁸ “Pensamos, acompanhando os autores acima citados que, banida, como foi a ressalva dos lúcidos intervalos, não há como atribuir imputabilidade a pessoa nessas condições” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 236). No mesmo sentido: “No direito brasileiro, nada temos de indagar quanto aos intervalos lúcidos dos loucos ou doentes de espírito.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial, direito das obrigações (fatos ilícitos absolutos, ...). Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 74).

³³⁹ Uma das funções do Direito é gerar previsibilidade e estabilização, resolvendo conflitos e absorvendo inseguranças, o que cria um cenário favorável para relações sociais produtivas. Acerca do tema: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 311-313; e HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 202-209.

a si próprio e a terceiros, mas não realizaram qualquer medida de proteção. Nesse grupo de casos se inserem as hipóteses de curatela de fato, quando pessoas exercem de fato as funções de curador, a despeito de inexistir processo para a fixação de curatela, bem como as hipóteses de omissão injustificada dos ascendentes, descendentes e/ou cônjuge ou companheiro de pessoa faticamente incapaz, que não é declarada incapaz em processo de instituição de curatela, bem como não é acompanhada efetivamente, sendo abandonada à própria sorte.

Nessas circunstâncias, a vítima poderá postular a responsabilidade pessoal daqueles que deveriam exercer uma supervisão efetiva sobre a pessoa privada de discernimento, mas não o fizeram, atuando em relevante omissão³⁴⁰.

Dessa forma, a responsabilidade das pessoas que deveriam cuidar e vigiar a pessoa faticamente incapaz, ainda que não declarada como tal em processo de instituição de curatela, é omissiva, em uma investigação de culpa por omissão, já que, inexistindo processo de interdição, essas pessoas não são verdadeiramente curadoras, de modo que inaplicáveis os artigos 932, inciso II, e 933 do Código Civil, que fixam hipótese de responsabilidade objetiva por fato de terceiro.

Em outras palavras, a vítima poderá postular a indenização daqueles que teriam o dever de realizar o cuidado da pessoa incapaz, considerando ter sido diagnosticada com doença que gera risco agravado de gerar danos, e ainda assim, tais responsáveis deixaram de manejar a ação de interdição, e se omitiram no efetivo cuidado³⁴¹.

É o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em novembro de 2015, que envolvia a genitora de maior com esquizofrenia paranoide, que foi submetido a diversas internações, mas não foi interditado, nem foi submetido adequadamente ao dever de vigilância³⁴². Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu omissão no dever de

³⁴⁰ “Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante, e conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25). Também sobre o tema: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações* (fatos ilícitos absolutos,). Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 140-142.

³⁴¹ No mesmo sentido: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 236; e SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 154-156.

³⁴² “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AGRESSÃO FÍSICA. DANOS MORAIS. MAIOR ESQUIZOFRÊNICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA GENITORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECONVENÇÃO. ENUNCIADOS N. 283 E 284 DA SÚMULA DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. [...] 5. O art. 1.590 do CC/2002 estende ao incapaz – absoluta ou relativamente – as normas pertinentes à guarda dos filhos menores. Nesse enfoque, é importante destacar que a guarda representa mais que um direito dos pais em ter os filhos próximos. Revela-se, sobretudo, como um dever de cuidar, de vigiar e de proteger os filhos, em todos os

vigilância e cuidado da genitora, e a considerou responsável pelos danos causados pelo seu filho.

Ainda que o acórdão tenha concluído pela responsabilidade solidária da genitora, é certo que, pela sistemática do artigo 928 do Código Civil, esta seria a responsável primária, e o causador do dano, incapaz pela esquizofrenia, somente seria responsabilizado, de forma subsidiária e mitigada, caso a genitora não tivesse bens suficientes para a execução.

Entender diversamente, no sentido da inviabilidade da vítima comprovar que a pessoa é faticamente incapaz, ainda que não interditada, premiaria o guardião relapso, que não seria obrigado a indenizar por danos cometidos por essa pessoa, a despeito de conhecer da situação de risco e de seu dever de realizar medidas de proteção para o devido acompanhamento daquele, e empregar cuidados necessários para que a pessoa com deficiência mental não gere danos a terceiros.

Assim, no processo indenizatório promovido pela vítima, essa postulará a declaração incidental de incapacidade do causador do dano³⁴³, e, diante de omissão relevante imputável às pessoas com dever de cuidado (genitores, descendentes e/ou cônjuge ou companheiro), observada a ordem de atribuição do encargo de curador do artigo 1.775 do Código Civil, postulará a indenização diretamente dos guardiães, por culpa própria³⁴⁴, decorrente da omissão no dever de cuidado. Por sua vez, em razão dessa declaração de incapacidade, essencial para ativar a responsabilidade daquele com dever de cuidado, o causador do dano somente responderá conforme artigo 928 do Código Civil, ou seja, de forma subsidiária e mitigada.

sentidos, enquanto necessária tal proteção.6. Consta do acórdão recorrido que o primeiro réu, apesar de maior, é portador de esquizofrenia paranoide, mora sozinho, tem surtos periódicos e agride transeuntes. Sua genitora (segunda ré), plenamente ciente da situação e omissa no cumprimento de suas obrigações em relação ao filho incapaz e na adoção de medidas com o propósito de evitar a repetição de tais fatos, deve ser responsabilizada civilmente pelos danos morais sofridos pela autora, decorrentes de lesões provocadas pelo deficiente. [...]” (STJ, REsp 1101324/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 13/10/2015, DJe 12/11/2015).

³⁴³ “[...] Tratando-se de responsabilidade extracontratual, a capacidade para determinar a responsabilidade é a de querer e de entender (capacidade natural), competindo ao juiz, em caso concreto, determiná-la de modo preciso.” (LIMA, Alvinio. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 338).

³⁴⁴ “Em apertada síntese, a responsabilidade pelo fato de outrem constitui-se pela infração do dever de vigilância. Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância. Por isso, alguns autores preferem falar em *responsabilidade por infração dos deveres de vigilância*, em lugar de *responsabilidade pelo fato de outrem*.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 182). Também discorrendo sobre a culpa própria: LIMA, Alvinio. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 55-60.

É importante pontuar que, com a maioria, cessa o poder familiar³⁴⁵, findando a responsabilidade dos genitores pelos atos cometidos por seus filhos, na generalidade dos casos. Trata-se de consequência do princípio da pessoalidade das obrigações civis³⁴⁶, razão pela qual, como regra geral, somente o causador dos danos responderá pela sua reparação. Contudo, no segundo grupo de casos ora analisado, não se trata de responsabilidade por fato de terceiro, mas sim de negligência dos pais, descendentes e/ou cônjuge ou companheiro de pessoa que é faticamente incapaz, mas sem que tivesse sido empregado o cuidado necessário pelos familiares para o devido acompanhamento e guarda da pessoa causadora dos danos. Logo, a responsabilidade em comento é excepcional, e decorrência de culpa daqueles que deveriam vigiar a pessoa com deficiência mental, fruto das circunstâncias específicas da doença dessa última, aliada à suas condições pessoais, em especial a agressividade exacerbada, inexistindo um dever geral de vigilância tão somente porque a pessoa tem deficiência mental, o que seria discriminatório.

Em síntese, no segundo grupo de casos, a vítima poderá invocar que o causador do dano é pessoa faticamente incapaz, postulando a declaração de incapacidade incidental³⁴⁷, e, em consequência, responsabilizar aqueles que deveriam exercer a guarda e o cuidado da pessoa privada de discernimento, por culpa própria, decorrente dessa negligência em seu dever de cuidado e acompanhamento.

Já o terceiro grupo de casos envolve pessoas que não são declaradas incapazes, nem há qualquer pessoa responsável por seu acompanhamento e cuidado. São, portanto, pessoas capazes para todos os efeitos legais, razão pela qual respondem pessoalmente pelos danos causados culposamente, conforme artigos 186 e 927 do Código Civil.

De outro lado, se a regra geral é que as pessoas capazes são responsáveis diretamente pelo dano causado, é certo que o ordenamento jurídico pátrio admite, excepcionalmente, a declaração incidental de incapacidade³⁴⁸. É o caso daqueles que cometeram o dano sem

³⁴⁵ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43; e NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5, p. 385-388.

³⁴⁶ “No sistema de responsabilidade civil fundado na culpa, o dano só pode acarretar obrigação de reparar para aquele que o pratica. Cada um responde pessoalmente pelos seus atos.” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 508). No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 62-64

³⁴⁷ A avaliação da incapacidade será realizada como matéria incidental, relacionada com o mérito, e independentemente de instauração de incidente próprio. Por sua vez, por envolver a tutela de incapazes, será necessária a oitiva do Ministério Público, para se evitar nulidades.

³⁴⁸ “[...] Nisso, distingue-se da decisão *incidenter*, afirmativa da incapacidade (declaratividade *****), em qualquer processo, trate-se de ação declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva, em que se possa discutir e se discuta se alguém é absolutamente incapaz, ou não.” (PONTES DE MIRANDA,

qualquer previsibilidade, já que nunca foram diagnosticados, como ocorre no início da apresentação dos sintomas, de modo que serão posteriormente declarados incapazes em processo de interdição³⁴⁹.

A doutrina³⁵⁰, ao investigar respostas para a falta de discernimento na contratação³⁵¹, o que levaria à viabilidade de anulação³⁵² dos contratos por pessoa sem discernimento no

Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral (Validade, Nulidade, Anulabilidade)*. Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4, p. 194)

³⁴⁹ Também seria possível enquadrar nesse grupo de casos os sonâmbulos, pessoas que agem sob hipnose ou por influência de drogas, hipóteses apontadas por SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 120-121 e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 563, nt. 2, salvo se houver falta de discernimento culposa, conforme ensina a doutrina: “A exceção que os autores abrem é para a loucura culposa. Em se dando isto, a responsabilidade é admitida por todos.” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 232). Ocorre que, inexistindo expressa previsão legislativa dessas hipóteses, como ocorre em Portugal, Alemanha e Itália, bem como considerando que nenhum desses casos envolve deficiência mental, optou-se por não os incluir nessa dissertação, de modo que, pela posição majoritária, aplicam-se as regras dos artigos 186 e 927 do Código Civil nessas situações, ao menos até que haja alteração legislativa que as inclua expressamente na hipótese do artigo 928 do Código Civil.

³⁵⁰ “Não importa se já houve, ou se não houve interdição. Aliás, no sistema jurídico brasileiro, o ato jurídico do absolutamente incapaz é nulo, quer ele o tenha praticado antes ou depois da interdição.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral (Validade, Nulidade, Anulabilidade)*. Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4, p. 194). No mesmo sentido: BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 50-54; CARVALHO, Luiz Gonzaga de. *Dos insanos mentais: nulidade do negócio jurídico, conflito jurisprudencial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 111-114; CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 253; e SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável*. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 374-378.

³⁵¹ Entre as possíveis respostas a esta falta de discernimento, é possível citar: 1. A adoção da incapacidade natural, que é amplamente abordada por BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de Direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 1, p. 145-165; 2. Desvinculação da incapacidade à nomeação de curador, como propõe REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 185-186; 3. Considerar o negócio jurídico como inexistente, por falta de vontade juridicamente tutelável, como defendem AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 36; e VELOSO, Zeno. *Estatuto da Pessoa Com Deficiência: uma nota crítica*. *IBDFAM*. 12 mai. 2016. Disponível em: www.ibdfam.org.br/artigos/1111/Estatuto-da-Pessoa-Com-Deficiencia-uma-nota-critica. Acesso em: 13 jul. 2021; 4. Considerar o negócio jurídico nulo por objeto ilícito, fruto da ofensa à moral e aos bons costumes, conforme lição trazida por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral (Validade, Nulidade, Anulabilidade)*. Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4, p. 236; 5. Adoção facilitada dos vícios do consentimento, em especial o erro e a lesão, como proposto por COLOMBI, Henry. *A validade e os defeitos dos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência mental ou intelectual*. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 109-111.

³⁵² “Por isso mesmo, não é demais assinalar de uma vez que nulidade não se contrapõe a anulabilidade, porque não representam categorias diferentes. Atos nulos e atos anuláveis são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições mais ou menos graves, mas o certo é que têm a mesma existência irregular e precária. Nesta matéria, em verdade, só se encontram dois conceitos antagônicos: validade e invalidade.” (FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 3, p. 29-38, 1963. p. 30).

momento da formação dos contratos, considera, majoritariamente³⁵³, viável reconhecer a incapacidade como hipótese para anulabilidade dos contratos³⁵⁴, desde que a situação de falta de discernimento seja conhecida da outra parte contratante. Essa tendência também foi reconhecida por julgados que admitem a anulação de um contrato, mesmo antes da sentença de interdição³⁵⁵, ou mesmo se essa não fora ajuizada³⁵⁶, por meio de uma apuração incidental da incapacidade do contratante³⁵⁷.

³⁵³ Manifestando-se pela inviabilidade do reconhecimento da incapacidade incidental: COLOMBI, Henry. A validade e os defeitos dos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência mental ou intelectual. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 105-107.

³⁵⁴ A conclusão extrai-se da redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, que empregam a expressão “são”, ao invés de “estão”, de modo que se exige uma causa duradoura para a curatela, o que não impede com que haja a declaração de nulidade, porque a pessoa “estava” incapaz, ainda que não “seja” incapaz. Nesse sentido: LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 84-86; e VILLELA, João Baptista. Incapacidade Transitória de Expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (orgs.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: homenagem a Túlio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 350-353.

³⁵⁵ A natureza jurídica da sentença de interdição é tema de alta indagação jurídica. Invocando a natureza declaratória da sentença: CARVALHO, Luiz Gonzaga de. *Dos insanos mentais: nulidade do negócio jurídico, conflito jurisprudencial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 111-114; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral (Validade, Nulidade, Anulabilidade)*. Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4, p. 194; e RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 45-47. De outro lado, considerando a preponderância do caráter constitutivo: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. *Revista de Processo*. n. 43, a. 11, jul.-set./1986. p. 14-18; e FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 376-377. Por sua vez, há precedentes reconhecendo o caráter declaratório da sentença para fins de interrupção da prescrição: STJ, AgInt no AREsp 675.784/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 19/02/2019, *DJe* 14/03/2019; e STJ, REsp 1729615/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 02/10/2018, *DJe* 27/11/2018. Já reconhecendo o caráter constitutivo da sentença de interdição: STJ, REsp 1.251.728/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 14.05.2013, *DJe* 23.05.2013; e STJ, REsp 1694984/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 14/11/2017, *DJe* 01/02/2018.

³⁵⁶ “Il n'y a là, quoi qu'on en ait dit, nulle exception au principe de la non rétroactivité du jugement; l'acte antérieur à l'interdiction est annulé comme émané d'un fou et non comme émané d'un interdit: ce qui le prouve, c'est que l'annulation en est possible même si l'interdiction, tout en ayant été demandée, n'est jamais prononcée, par suite de la mort de l'insensé.” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. t. 1, p. 724-725), com tradução livre: “Não há aqui, o que quer que tenha sido dito, nenhuma exceção ao princípio da irretroatividade do julgamento; o ato anterior à interdição é anulado como emanando de um louco e não como emanando de um interdito: o que prova isto é que a anulação é possível mesmo que a interdição, embora tenha sido solicitada, nunca seja pronunciada, como resultado da morte do louco.”

³⁵⁷ Acerca da viabilidade da anulação de negócio jurídico celebrado antes da sentença de interdição, é possível citar: “[...] 6. A validade da constituição de advogado pela curatela no início do processo de interdição emerge da própria da lei (art. 752, § 2º, do CPC/2015), não se desconstituindo com a superveniente sentença que decreta a interdição, sobretudo em virtude da sua natureza constitutiva, haja vista que, embora a sentença não crie a incapacidade, constitui situação jurídica nova para o incapaz – de sujeição deste ao curador –, a operar efeitos ex nunc, motivo pelo qual os atos antecedentes praticados pela interdita sobressaem válidos, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, mediante ação própria. Precedentes. [...]” (STJ, REsp n. 1.943.699/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 13/12/2022, *DJe* de 15/12/2022). Na mesma direção: STJ, REsp 1694984/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 14/11/2017, *DJe* 01/02/2018; e STJ, REsp 1206805/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 21/10/2014, *DJe* 07/11/2014.

Portanto, admite-se, majoritariamente³⁵⁸⁻³⁵⁹, a anulação de um contrato com avaliação incidental da incapacidade, desde que haja conhecimento da causa incapacitante pela parte adversa³⁶⁰, o que a doutrina chamou de “intervalos insanos”³⁶¹ ou de “incapacidade transitória”³⁶².

A mesma técnica aplicada à análise contratual pode ser admitida na apuração da responsabilidade civil, declarando-se incidentalmente a incapacidade, para a atração da indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil, mesmo se a ação de interdição apenas for ajuizada posteriormente.

Da mesma forma, como visto, a doutrina também admite, majoritariamente³⁶³, a responsabilidade dos guardiões no exercício de curatela de fato, ainda que a pessoa não seja formalmente interdita, o que foi abordado no segundo grupo de casos acima. Logo, a viabilidade da responsabilidade dos curadores de fato, ou pessoas que deveriam exercer o cuidado de pessoa com deficiência mental que tenha alta probabilidade de gerar danos a terceiros, aponta no sentido da admissão da investigação incidental de incapacidade.

Igual raciocínio também é aplicado na esfera processual, na qual uma pessoa poderá ser considerada incapaz para o recebimento de citações, de forma incidental, ainda que não haja instituição formal da curatela, conforme regula o artigo 245 do Código de Processo

³⁵⁸ Em sentido diverso, exigindo lei formal para que a incapacidade acidental fosse admitida no ordenamento jurídico brasileiro: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Incapacidade civil incidental e validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental ou intelectual. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 138-139.

³⁵⁹ Em posição diversa, há dois precedentes do E. STJ reconhecendo a desnecessidade de notoriedade da incapacidade, ou conhecimento do outro contratante, sendo certo que a boa-fé será tutelada com a retenção do bem até a indenização pelo preço pago e pelas benfeitorias: STJ, REsp 38.353/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 01/03/2001, DJ 23/04/2001, p. 158; e STJ, REsp 296.895/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 06/05/2004, DJ 21/06/2004, p. 214.

³⁶⁰ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*: principalmente sobre o ponto de vista prático. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 258-265; LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 206; e RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 421-422. Em sentido diverso, considerando que a boa-fé do outro contratante é dispensável: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral (Introdução: pessoas físicas e jurídicas)*. Atual. por Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 1, p. 247.

³⁶¹ BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 50-54.

³⁶² BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de Direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 1, p. 261.

³⁶³ Admitindo a responsabilidade do curador de fato, ainda que não haja sentença de interdição: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 236; SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 154-156; e TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 148. Não foram localizados escritos defendendo a irresponsabilidade dos guardiões nessa hipótese.

Civil³⁶⁴. Nessa hipótese, após certidão do oficial de justiça e avaliação médica, é nomeado curador especial àquele processo específico, conforme a ordem legal do artigo 1.775 do Código Civil. Desse modo, o ordenamento jurídico processual prevê expressamente a viabilidade de declaração incidental da incapacidade³⁶⁵, com nomeação de curador especial³⁶⁶.

Em suma, o juiz poderá aplicar a regra do artigo 928 do Código Civil e reduzir equitativamente a indenização caso o lesante comprove que era incapaz na data do evento, em razão de causa que impedia a expressão de sua vontade, conforme artigo 4º, inciso III, do Código Civil, na interpretação ampla dada aos seus termos, conforme doutrina majoritária, o que foi abordado no item 4 do capítulo anterior. Referida incapacidade incidental também poderá ser chamada de inimputabilidade³⁶⁷, já que relacionada à esfera da responsabilidade civil³⁶⁸.

Trata-se de possibilidade que atende ao sistema cunhado pelo legislador pátrio, que optou pela indenização equitativa aos atos cometidos por pessoas sem discernimento, permitindo a sua responsabilidade mitigada, para atender os interesses da vítima. Suprimir tal possibilidade resultaria possível exoneração de responsabilidade do causador do dano, dado

³⁶⁴ “Art. 245. Não se fará citação quando se verificar que o citando é mentalmente incapaz ou está impossibilitado de recebê-la. § 1º O oficial de justiça descreverá e certificará minuciosamente a ocorrência. § 2º Para examinar o citando, o juiz nomeará médico, que apresentará laudo no prazo de 5 (cinco) dias. § 3º Dispensa-se a nomeação de que trata o § 2º se pessoa da família apresentar declaração do médico do citando que ateste a incapacidade deste. § 4º Reconhecida a impossibilidade, o juiz nomeará curador ao citando, observando, quanto à sua escolha, a preferência estabelecida em lei e restringindo a nomeação à causa. § 5º A citação será feita na pessoa do curador, a quem incumbirá a defesa dos interesses do citando.”

³⁶⁵ Nesse sentido, o STJ reconheceu a nulidade processual por falta de participação do Ministério Público em demanda que envolvia pessoa faticamente incapaz, ainda que não declarada como tal em Juízo: STJ, REsp n. 1.969.217/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 8/3/2022, *DJe* de 11/3/2022. Da mesma forma, o STJ reconheceu a viabilidade de declaração de nulidade de citação, em processo autônomo, em período anterior à sentença de interdição, de modo que não decorre automaticamente dessa sentença: STJ, REsp 1694984/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 14/11/2017, *DJe* 01/02/2018.

³⁶⁶ Acerca do tema: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 710; EXPÓSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 143-176; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 345; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 708.

³⁶⁷ “Diz-se *imputável* a pessoa com capacidade natural para *prever* os efeitos e *medir o valor* dos actos que pratica e para se *determinar* de harmonia com o juízo que faça acerca deles. Exige-se, assim, para que haja imputabilidade, a posse de certo *discernimento* (capacidade intelectual e emocional) e de certa *liberdade de determinação* (capacidade volitiva).” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 563).

³⁶⁸ “Perceba-se que a presunção será a de que a pessoa com deficiência psíquica é plenamente capaz, e, portanto, responderá direta e integralmente pelo dano causado. A prova de que o deficiente não pode manifestar a sua vontade – e por este motivo será considerado relativamente incapaz – deverá ser realizada pela pessoa com deficiência, ré da ação indenizatória, como forma de permitir a atração da regra do artigo 928, do Código Civil, a possibilitar não só a redução equitativa da indenização devida, mas também a aplicação da subsidiariedade de sua responsabilidade, prevista expressamente no parágrafo único desta norma.” (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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 727).

que não teria atuado com culpa, fruto da expressão “voluntária” do artigo 186 do Código Civil, resposta esta que não convive com o modelo criado pelo legislador.

Para essa noção, conforme ensina Atilio Aníbal Alterini³⁶⁹, o juiz deve realizar três testes sucessivos, para que possa surgir a responsabilidade civil: 1) avaliação fática da conduta, na qual o julgador conclui que há nexo de causalidade entre a conduta e o dano, concluindo “tu o fizeste”, numa imputação física; 2) identificação do sujeito que praticou o ato com vontade inteligente, afirmando “tu o fizeste voluntariamente”, formando a imputação moral; 3) verificação da conformidade do comportamento à ordem jurídica, quando o juiz conclui “tu agiste contrariamente à lei”, hipótese de imputação legal.

Dessa forma, para haver a imputação de responsabilidade (*imputatio*), é necessário que o agente tenha atuado com culpa em sentido amplo (atuando com dolo, impudência, negligência ou imperícia), o que, por sua vez, exige a imputabilidade (*imputabilitas*) do lesante, ou seja, a aptidão de discernir entre o certo e o errado, atuando conforme tal entendimento. Somente de forma excepcional, por opção legal, admite-se a imputação (*imputatio*) de responsabilidade³⁷⁰, sem imputabilidade, nos casos de o guardião não responder pelo ilícito, ou se não tiver patrimônio suficiente para a reparação.

Além disso, suprimir a viabilidade de invocação da incapacidade de forma incidental poderia levar à conclusão de responsabilidade de pessoa que não atuou com culpa, e, portanto, é tão vítima do evento quanto aquele que sofreu o dano. Em circunstâncias tais, conferir a responsabilidade integral ao causador do dano seria resposta excessivamente rigorosa do ordenamento jurídico, e poderia levar à conclusão da irrelevância da necessidade de um comportamento prudente e correto³⁷¹, já que o dano pode ser imputado a qualquer pessoa, até mesmo àquele que evidentemente não tinha nenhum grau de discernimento³⁷². Ademais, tal

³⁶⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 17.

³⁷⁰ Judith Martins-Costa indica que a lei pode atribuir responsabilidade a quem não causou diretamente o dano, mas é tido, por um “nexo de imputação”, responsável pela segurança, pela garantia ou pelo risco, formando uma noção, não somente naturalista, como normativa: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2, p. 196-197. No mesmo sentido: “O nexo causal é o vínculo etiológico que explica que um determinado fato ou ato humano provocou um dano a alguém. O nexo de imputação é a razão jurídica que indicará o responsável pela obrigação de reparar o dano. A confusão deve-se à herança cultural da responsabilidade civil por ato ilícito.” (PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, a.3, p. 185-206, abr.-jun./2016. p. 186).

³⁷¹ NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, v. 11, p. 13-43, 1929. p. 35.

³⁷² “Penso, entretanto, como o jurista belga que lembra o ensinamento de DEMOGUE, que é preciso ir mais longe e reconhecer que a essência mesma do problema da responsabilidade é moral e que, suprimido o elemento subjetivo da culpa, ele próprio deixa de existir: – seria então indiferente que as consequências do dano recaíssem no autor ou na vítima.” (NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico e o elemento

resposta corresponderia a um giro conceitual, abandonando-se o modelo prussiano de responsabilidade equitativa, previsto no artigo 928 do Código Civil, para adotar-se o modelo francês moderno de culpa objetiva³⁷³⁻³⁷⁴, sem qualquer alteração legislativa clara que indicasse essa alteração de posicionamento.

A solução da indenização equitativa aos declarados incidentalmente como incapazes não é nova nas legislações estrangeiras³⁷⁵. O Código Civil português, no artigo 257º, prevê a hipótese de anulação de contrato realizado por pessoa que não tenha o livre exercício de sua vontade, ou seja, privada do discernimento, mas exigindo com que o fato fosse notório ou conhecido do declaratório³⁷⁶. Da mesma forma, naquele sistema admite-se a fixação de indenização equitativa à pessoa sem discernimento na responsabilidade extracontratual, conforme o já citado artigo 489º daquele código, ainda que não haja fixação de qualquer medida de acompanhamento³⁷⁷.

moral na culpa objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, v. 11, p. 13-43, 1929. p. 37).

³⁷³ Esse modelo é tido como minoritário na Europa, mesmo nos países que alteraram os seus códigos na última década: CASALS, Miquel Martín. La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate. In: RESINA, Judith Sole (coord.). *Persona, familia y género: Liber Amicorum a Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera*. Barcelona: Atelier, p. 61-80, 2022. p. 69.

³⁷⁴ O modelo da culpa objetiva aparentemente também foi adotado no artigo 299 do Código Civil Espanhol, alterado pela Lei 8/2021, com vigência a partir de 03 de setembro de 2021: “*La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables.*” A despeito da previsão legal, há doutrina que sustenta a permanência da imputabilidade no sistema jurídico espanhol, já que houve manutenção da previsão da cláusula geral da responsabilidade civil. Nesse sentido: MORENO MARÍN, María Dolores. La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica. *Diario La Ley*, nº 10107, 2022. p. 1-15.

³⁷⁵ No sistema inglês, admite-se a anulabilidade do contrato (*voidability*), no caso de incapacidade temporária, desde que o fato seja conhecido pelo outro contratante, ou ao menos que este contratante devesse saber. Trata-se do *leading case Imperial Loan*, [1892] 1 QB 599, citado por: WATTS, Peter. Contracts made by agents on behalf of principals with latent mental incapacity: the common law position. *The Cambridge Law Journal*, v. 74, p. 140-154, mar. 2015. p. 142-143. Acerca do tema: CORDEIRO, Antonio Barreto Menezes. *Direito inglês dos contratos: Formação, conteúdo, vícios*. Lisboa: AAFDL, 2017. v. 1, p. 127. De outro lado, naquele sistema, não há previsão de responsabilidade equitativa, de modo que a pessoa com deficiência mental responderá diretamente pelo dano causado.

³⁷⁶ “ARTIGO 257º (Incapacidade acidental) 1. A declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório. 2. O facto é notório, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar.”

³⁷⁷ “Na responsabilidade obrigacional funcionam as regras comuns de capacidade de exercício (122.º e 123.º) e do suprimimento das incapacidades (124.º); na aquiliana, há uma regra geral de capacidade (imputabilidade), apenas se presumindo a ausência nos menores de sete anos e em interditos por anomalia psíquica (488.º/2).” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 394). No mesmo sentido: “Vai, pois, uma larga diferença entre a capacidade de entender e querer, que é a capacidade de ‘pecar ou ‘desobedecer’, e a capacidade de se autovincular mediante uma conduta comunicativa – que o mesmo é dizer, mediante a participação no tráfico ‘quase-negocial’ ou negocial. Esta última assenta, repita-se, na capacidade de planeamento e auto-organização coerente da vida – o que só é compatível com uma ‘identidade’ pessoal amadurecida.” (MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. In: MACHADO, João Baptista. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iurídica, p. 345-423, 1991. v. 1, p.

No sistema alemão, conforme § 105³⁷⁸, o contrato é tido como nulo se realizado por uma pessoa incapaz de contratar, ou por pessoa em estado de inconsciência ou distúrbio mental temporário. Outrossim, há expressão própria no Direito alemão para cada tipo de incapacidade, que envolve a capacidade de ter direitos e deveres (§1 - *Rechtsfähigkeit*), a capacidade matrimonial (§1303 - *Ehefähigkeit*), a capacidade testamentária (§ 2229 - *Testierfähigkeit*), a capacidade delitual (§ 827 a 829 - *Deliktsfähigkeit*) e a capacidade negocial (§ 104 - *Geschäftsfähigkeit*)³⁷⁹.

Igualmente, o BGB, no § 827³⁸⁰, também remete ao estado de inconsciência ou deficiência mental, enquanto o § 828³⁸¹ regula as causas de menoridade, sendo que ambas são as causas que autorizam a indenização equitativa do já citado § 829, a demonstrar a

355). Na mesma trilha: VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 220.

³⁷⁸ “§ 105 *Nichtigkeit der Willenserklärung (1) Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig. (2) Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird.*” com tradução realizada por DINIZ, Souza. *Código civil alemão*: traduzido diretamente do alemão. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 35: “§105 (Nulidade da declaração de vontade) A declaração de vontade de um incapaz de negócio é nula. Nula é também a declaração de vontade que foi manifestada em estado de inconsciência ou de perturbação passageira da atividade mental”.

³⁷⁹ Acerca das diferenças conceituais entre as modalidades de incapacidade: LARENZ, Karl. *Derecho Civil*: parte general. Trad. por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 120-146. Também realizando a distinção entre a capacidade delitual e a capacidade de exercício: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 162-166; e TUHR, Andreas von. *Derecho civil*: teoría general del derecho civil alemán. Trad. por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946. v. 1, p. 64-65.

³⁸⁰ “§ 827 *Ausschluss und Minderung der Verantwortlichkeit Wer im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustand widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist.*”, com tradução realizada por DINIZ, Souza. *Código civil alemão*: traduzido diretamente do alemão. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 138: “Quem, em estado de perda de conhecimento, ou em um estado de perturbação doentia das faculdades do espírito que exclua a livre determinação da vontade, a um outro, causar um dano, não ficará responsável pelo dano. Se, por bebidas espirituosas ou meios semelhantes, se tiver ele colocado em um estado passageiro dessa natureza, ficará responsável por um dano que, nesse estado, antijuridicamente, causar, do mesmo modo que se fosse a ele imputável negligência; a responsabilidade não tem lugar, quando ele, sem culpa, cair nesse estado”.

³⁸¹ “§ 828 *Minderjährige (1) Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. (2) Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat. (3) Wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern seine Verantwortlichkeit nicht nach Absatz 1 oder 2 ausgeschlossen ist, für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.*”, com tradução livre: “(1) Qualquer pessoa que não tenha atingido a idade de sete anos não será responsável por qualquer dano que cause a outra pessoa. (2) Qualquer pessoa que tenha atingido a idade de sete anos, mas não dez, não é responsável pelos ferimentos que causar a outra pessoa em um acidente envolvendo um veículo motorizado, uma ferrovia ou uma ferrovia suspensa. Isto não se aplica se ele ou ela causou o dano intencionalmente. (3) Qualquer pessoa que não tenha atingido a idade de 18 anos não será responsável, a menos que sua responsabilidade seja excluída nos termos da subseção (1) ou (2), pelo dano que causar a outra pessoa se, ao cometer o ato lesivo, não tiver a perspicácia necessária para reconhecer sua responsabilidade.”

viabilidade, naquele ordenamento, de fixação de indenização equitativa ao causador do dano, ainda que este não tenha qualquer medida de apoio³⁸².

No sistema italiano, a nulidade por incapacidade natural (*L'incapacità naturale*), prevista no artigo 1.425 do *Codice Civile*³⁸³, que remete ao artigo 428³⁸⁴ daquela legislação, autoriza a nulidade por incapacidade temporária³⁸⁵, desde que o negócio jurídico tenha gerado relevante prejuízo ao incapaz³⁸⁶⁻³⁸⁷, ou na existência de má-fé do outro contratante³⁸⁸, como estado de ignorância, considerando a diligência ordinária³⁸⁹.

³⁸² MAGNUS, Ulrich. §829. In: DANNEMANN, Gerhard; SCHULZE, Reiner. *German Civil Code (BGB): Books 1-3*. München: C.H. Beck; Nomos, 2020. v. 1, p. 1629.

³⁸³ “Art. 1425. *Incapacità delle parti. Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare. È parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace d'intendere o di volere*” com tradução livre: “Art. 1425. Incapacidade das partes. O contrato é anulável se uma das partes for legalmente incapaz de celebrar o contrato. É igualmente anulável, quando satisfeitas as condições estabelecidas no artigo 428, o contrato foi estipulado por pessoa incapaz de entender ou de querer.”

³⁸⁴ “Art. 428. *Atti compiuti da persona incapace d'intendere o di volere. Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore. L'annullamento dei contratti non può essere pronunziato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto. Resta salva ogni diversa disposizione di legge*” traduzido por PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Incapacidade civil incidental e validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental ou intelectual. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 131-132: “Art. 428. Os atos realizados pela pessoa incapaz de entender e querer. Os atos realizados pela pessoa que, apesar de não interdita, se prova estar, por qualquer causa, ainda que transitória, incapaz de entender e querer no momento em que os atos tenham sido realizados, podem ser anulados pela própria pessoa ou por seus herdeiros, se dele resulta um grave prejuízo ao autor (1425 e seguintes). A anulabilidade dos contratos não pode ser pronunciada senão quando, por prejuízo que dele tenha derivado ou possa derivar à pessoa incapaz de entender e querer ou pela qualidade do contrato ou se resulta da má-fé do outro contratante (1425). A ação prescreve ao final de cinco anos do dia no qual o ato ou o contrato foi celebrado (2953). [Quaisquer disposições legais diferentes permanecem inalteradas]”.

³⁸⁵ “*In linea di principio e secondo il sistema di legge, in quanto non vi siano concrete norme che da tale sistema divergano, l'inidoneità psichica dell'autore dell'atto è certamente rilevante, ed esclude la validità del negozio: ma è rilevante non come assenza d'un presupposto, quale sarebbe la capacità, bensí come difetto di un elemento del negozio, qual è la volontà o la coscienza di chi lo compie (§19).*” (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 217), com tradução livre: “Em linha de princípio e de acordo com o sistema legal, na medida em que não há regras concretas divergentes daquele sistema, a inidoneidade mental do autor é certamente relevante e exclui a validade da transação: mas é relevante não como a ausência de um *presupposto*, que seria a capacidade, mas como o defeito de um *elemento* da transação, que é a vontade ou consciência da pessoa que a realiza (§19)”.

³⁸⁶ Essa exigência de prejuízo substancial, conforme Vincenzo Roppo, tem sido lida de forma restritiva pela jurisprudência, que o limita aos atos unilaterais, e não ao contrato. Por sua vez, o prejuízo não precisa ser patrimonial, sendo viável reconhecer um prejuízo extrapatrimonial apto a permitir a incidência do artigo 428, bem como o prejuízo não necessita ser atual, podendo ser potencial: ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 724-727.

³⁸⁷ Referida exigência é inclusive criticada pela doutrina, aqui representada por Emilio Betti, pois se o contrato gerou algum dano, não seria razoável que os prejuízos ficassem sem reparação, só porque não são graves (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 219-220). Ademais, este autor também esclarece que a exigência de prejuízo substancial também foi afastada por

Além disso, considerando a incapacidade delitual³⁹⁰, permite-se a responsabilidade civil equitativa da pessoa privada de discernimento, o que pode ser apurado independentemente de qualquer medida protetiva fixada em favor da pessoa com deficiência mental³⁹¹.

Em síntese, nesse terceiro grupo de casos, em que a pessoa com deficiência mental é capaz, e não há pessoa com dever de cuidado, a regra geral é a de sua responsabilidade pessoal, e pelo dano integral. Contudo, admite-se, excepcionalmente, a investigação incidental de incapacidade, e, se constatada, há a atração do sistema de indenização do artigo 928 do Código Civil, autorizando-se a fixação de indenização equitativa.

A adoção da declaração incidental de incapacidade para a fixação de indenização nos termos do artigo 928 do Código Civil já foi reconhecida em julgamentos no Brasil. A título de exemplo³⁹², é possível citar o processo nº 1067602-92.2017.8.26.0002, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 20 de julho de 2020, com relatoria do Desembargador Francisco Loureiro³⁹³. No caso, o apelante sofre de doença psiquiátrica grave (quadro agudo psicótico),

precedente da *Corte di Cassazione* (Cass., 28 maggio 1941, in *Foro it.*, 1941, I, 804), que considerou que o grave prejuízo é um elemento para a extração da má-fé do outro contratante.

³⁸⁸ No sistema italiano, a tutela da confiança (*tutela dell'affidamento*) e a segurança jurídica necessária para a circulação de riquezas são invocadas como fundamentos para a opção legislativa que exige a má-fé da contraparte para anulabilidade do contrato por incapacidade temporária. Nesse sentido: ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 726.

³⁸⁹ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 726. No mesmo sentido: LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 85-86.

³⁹⁰ CHIRONI, Giampietro P. *La colpa nel diritto civile odierno*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1903. v. 1, p. 336-339; e CORSARO, Luigi. *L'imputazione del fatto illecito*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 31-33.

³⁹¹ Há inclusive julgamento da *Corte Suprema di Cassazione* que permite a indenização equitativa, mesmo se não houve guardião indicado para a vigilância, já que a incapacidade é verificada no mesmo momento em que o dano é causado: “*Nel caso di danno causato da persona incapace di intendere e di volere, questa può essere condannata ad un'equa indennità, anche se manchi la persona obbligata alla sua sorveglianza, in quanto l'incapacità sia insorta nel momento stesso della causazione del danno*” (Cass., 28 gennaio 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 496)”. (CUPIS, Adriano de. Dei fatti illeciti: art 2043-2059. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. *Commentario del codice civile*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1971. v. 4, p. 54, nt. 1), com tradução livre: “No caso de danos causados por uma pessoa incapaz de entender e de querer, esta última pode ser condenada a pagar danos equitativos, mesmo que esteja faltando a pessoa que é obrigada a supervisioná-la, na medida em que a incapacidade tenha surgido no exato momento em que o dano foi causado”.

³⁹² Foi realizada pesquisa com os parâmetros “incapaz”, “equitativa”, “indenização” e “928” no Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo encontrado 57 resultados, dos quais além do caso analisado, foram encontrados outros dois processos aplicando a indenização equitativa para pessoas com deficiência mental (foram encontrados outros processos relacionados à menoridade): 1. Para usuário de drogas e álcool, em depressão, que incendiou o imóvel comum após a separação (TJSP; Apelação Cível 0003020-19.2011.8.26.0291; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaboticabal - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2018; Data de Registro: 24/10/2018); 2. Para policial militar com doença mental, que, em surto psicótico, causou danos à viatura (TJSP; Apelação Cível 0000148-52.2013.8.26.0229; Relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 10ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Hortolândia – 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 26/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018). Idênticos parâmetros foram pesquisados no STJ e STF, mas não foram verificados julgados que tenham aplicado a indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil.

³⁹³ “INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCAPAZ. Danos morais. Tentativa de homicídio contra a autora. Agente acometido por surto psicótico agudo e penalmente inimputável. Incapacidade à época

reconhecida em laudo pericial realizado na esfera criminal, e atentou contra a vida da apelada. Em âmbito criminal, foi aplicada medida de segurança, já que reconhecida a sua inimputabilidade. Já no processo de jurisdição cível, o Tribunal concluiu que a falta de interdição não impedia a aplicação do artigo 928 do Código Civil, que estabelece indenização equitativa, e fixou a indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00.

Assim, percebe-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo realizou a avaliação aqui propugnada, no sentido da viabilidade de se reconhecer incapacidade incidental, com aplicação do regime do artigo 928 do Código Civil, ainda que a pessoa não estivesse interdita no momento do ilícito. Desse modo, admite-se a indenização, fundamentada na equidade, e não na culpa, própria do sistema de responsabilidade civil aquiliana, que permanece a regra geral do ordenamento jurídico pátrio.

O último grupo de casos corresponde às pessoas que foram declaradas incapazes, mas a incapacidade é limitada à atuação patrimonial, de modo que o interdito possui ampla autonomia para gerir sua vida na esfera não contratual.

É o caso do pródigo, pessoa que pode ser declarada incapaz, conforme artigo 4º, inciso IV, do Código Civil, mas cuja incapacidade é relativa, e atinge exclusivamente a viabilidade de emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração, sem a assistência do curador, conforme artigo 1.782 do Código Civil.

Portanto, como a curatela do pródigo é limitada, chamada de *cura rei*, o pródigo é considerado relativamente incapaz somente para aqueles atos fixados na sentença de interdição, permanecendo integralmente capaz para todos os demais atos (como a aceitação de uma doação). Em um acidente de trânsito cometido por um pródigo, por exemplo, é evidente que não é aplicado o artigo 928 do Código Civil, dado que ele tem ampla autonomia nesse ponto, além de conseguir discernir entre o certo e o errado³⁹⁴, motivo pelo qual responderá

da prática do ilícito penal e civil, já reconhecida na esfera criminal por laudo pericial, que levou à absolvição do agente, com imposição de medida de segurança. Responsabilidade civil subsidiária do incapaz, na ausência de curadores que possam indenizar a vítima. Aplicação do Art. 928 do Código Civil. Dano moral configurado. Arbitramento do quantum indenizatório por equidade, sem comprometer a subsistência do agente incapaz. Valor da indenização que comporta pequena redução para R\$ 30 mil, à luz das condições econômicas do requerido, idoso, aposentado, e sem patrimônio relevante. Recurso provido em parte.” (TJSP; Apelação Cível 1067602-92.2017.8.26.0002; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/07/2020; Data de Registro: 20/07/2020).

³⁹⁴ “O pródigo é considerado tecnicamente imputável, no que se refere aos atos ilícitos de origem extracontratual por ele praticados. O fato de ser dissipador, gastar imoderadamente sua fortuna, não lhe retira a capacidade de escolha em relação ao ilícito, muito menos a possibilidade real de aferição de sua conduta imprudente ou negligente. Por estar no uso de suas faculdades mentais e poder, portanto, atuar livremente, responderá

diretamente, e não subsidiariamente ao seu curador, bem como não lhe será aplicada a indenização equitativa, considerando que o fundamento da indenização é a sua culpa, e não a imputação fundamentada na equidade, dignidade da pessoa humana e solidariedade social.

Dessa forma, a doutrina nunca considerou a responsabilidade civil primária do curador do pródigo pelos ilícitos extracontratuais, justamente porque superam o exercício da curatela, em função de o pródigo ser plenamente capaz nesses atos³⁹⁵.

A mesma lógica aplica-se aos interditos pela existência de deficiência mental, numa interpretação ampla do artigo 4º, inciso III, do Código Civil, na qual a sentença fixou limite exclusivamente patrimonial e negocial, conforme prevê o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Esses interditos são relativamente incapazes, e tal restrição à sua autonomia atinge exclusivamente os atos negociais, de modo que, para todos os demais atos, são pessoas plenamente capazes, inexistindo qualquer motivo para presumir que não teriam discernimento, ou que teriam de ser beneficiados por tratamento diferenciado ou discriminatório.

Em síntese, seja ao pródigo, seja à pessoa interdita com curatela exclusivamente negocial, há plena capacidade para os atos extracontratuais, razão pela qual, como regra geral, não haverá a incidência do artigo 928 do Código Civil, com a fixação de indenização equitativa, mas sim haverá a indenização por culpa, conforme artigo 927 do Código Civil, pela reparação integral do artigo 944 desse código³⁹⁶.

Nessa toada, não é todo dano gerado por pessoa declarada incapaz que atrairá a indenização equitativa prevista no artigo 928 do Código Civil. A mencionada norma foi moldada para permitir a responsabilidade do incapaz, de forma excepcional, fundamentada pela equidade. Assim, o legislador cunhou norma que favorece a vítima, mas, num equilíbrio

diretamente pelos prejuízos que causar.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 160-161).

³⁹⁵ “A corroborar o entendimento empossado, pertinente observar que a doutrina nunca considerou incluído no inciso II o caso do pródigo, já que sua interdição somente o priva dos atos de disposição de patrimônio.” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 147).

³⁹⁶ “[...] É uma curatela do patrimônio (*cura rei*) e não da pessoa com deficiência (*cura persona*). A responsabilidade do curador não existe para fins de ato ilícito extracontratual. Assim, nessa hipótese, a pessoa com deficiência, sendo capaz como o é, responderá com seus próprios bens pelos danos que causar, não havendo a incidência, portanto, da regra do art. 928. E mais. A indenização se medirá pela extensão do dano nos termos do art. 944 do Código Civil.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil da pessoa com deficiência: o estatuto do retrocesso em termos civis*. In: SIMÃO, José Fernando; PAVINATTO, Tiago (coords.). *Liber Amicorum Teresa Ancona Lopez: estudos sobre responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 436). No mesmo sentido: 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 727-728.

próprio da justiça, optou por restringir a indenização de forma equitativa. Fixar indenização equitativa ao incapaz com discernimento³⁹⁷, ou mesmo ao capaz vulnerável³⁹⁸, configuraria a extensão de um benefício equitativo em circunstâncias alheias à previsão legal, enfraquecendo a posição do lesado, sem que tenha incidido a razão última da norma que criou a equidade.

A indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil somente deve ser utilizada aos incapazes sem discernimento para atos extracontratuais, reduzindo ou afastando a indenização porque foram chamados a responder por um ato do qual originalmente seriam dispensados, numa ponderação ínsita à justiça que equilibra o interesse de duas pessoas tidas como inocentes: a vítima e o causador do dano que não tinha discernimento, de forma que não tinha imputação moral ao ato. Ampliar as causas de redução equitativa significaria conceder benefício a pessoa efetivamente culpada, que tinha discernimento e ainda assim optou por realizar o dano, em arrepio ao interesse da vítima, que é a verdadeira tutelada do regime da responsabilidade civil.

De outro lado, tal qual investigado no terceiro grupo de casos, é possível que o interdito não tenha qualquer discernimento no momento do ilícito, em razão de doença que poderia justificar o ajuizamento de ação de interdição. É a hipótese, por exemplo, da pessoa declarada pródiga, mas que foi diagnosticada com a doença de Alzheimer. Nessa hipótese, há relevante semelhança com o terceiro grupo de casos supramencionado, razão pela qual a resposta deverá ser idêntica: a regra geral é de responsabilidade pessoal, mas se for demonstrado no processo indenizatório a incapacidade delitual, a responsabilidade do lesante será equitativa, nos moldes do artigo 928 do Código Civil, não em razão da prodigalidade, mas sim em decorrência da falta de discernimento para os atos extracontratuais, em razão da doença de Alzheimer.

³⁹⁷ Como proposto por Nelson Rosenvald: “Parece-nos que a melhor forma de arbitrar a vulnerabilidade existencial da pessoa com deficiência (que difere da vulnerabilidade patrimonial de um consumidor ou empregado) será a de inicialmente admitir a imputação pessoal e direta das consequências econômicas do mau uso da liberdade, pela via da transladação dos danos ao autor do ilícito, na qualidade de pessoa plenamente capaz, tal como refere o citado art. 927 do Código Civil. Todavia, o *handicap* intelectual ou mental do demandado justifica alguma forma de atuação do princípio da equidade em termos de tutela diferenciada, não mais como próprio fundamento da responsabilidade (tal como se dá com o curatelado relativamente incapaz), porém, no âmbito exclusivo da mitigação do quantum reparatório, em mais uma exceção à regra da *restitutio in integro* do art. 944 do Código Civil”. (ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. *Revista do IBERC*, v. 1, n. 1, p. 01-43, nov.-fev./2019. p. 6).

³⁹⁸ Tal qual propugnado por Raquel Bellini de Oliveira: “Independentemente de a pessoa ser capaz ou não, ter deficiência ou não, e independentemente da espécie de deficiência que tenha, essa proteção deve ser observada em favor de todos, evitando-se que a indenização submeta o causador do dano e até mesmo sua família a condições indignas de vida”. (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista do IBERC*, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan.-abr./2021. p. 11).

É bem verdade que os incapazes desse grupo de casos já passaram por processo de interdição, no qual foi apurada a sua capacidade de discernir, com conclusão de que seu discernimento apenas é reduzido para relações contratuais, de modo que a matéria já foi apreciada pelo Poder Judiciário. Ocorre que a sentença que instituiu a curatela não gera coisa julgada³⁹⁹, bem como é plenamente viável a alteração das circunstâncias pessoais, anteriormente reconhecidas naquela ação, no momento da ação de responsabilidade civil, a permitir a excepcional declaração incidental de incapacidade, o que atrairá a indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil.

Nessa toada, é evidente que a comprovação desse estado mental diferenciado será de difícil identificação àqueles declarados incapazes, com curatela limitada aos atos negociais (*cura rei*), pois a matéria já foi apreciada anteriormente, concluindo pela aptidão mental desses interditos para atos ilícitos extracontratuais. Então, nas demandas indenizatórias, será exigida uma comprovação muito clara de efetiva falta de discernimento do causador do dano, para que seja possível atrair a hipótese do artigo 928 do Código Civil, resultando indenização equitativa, não sendo decorrência direta da interdição anterior, já que, em âmbito extracontratual, o causador do dano foi tido como capaz.

Em síntese, o artigo 928 do Código Civil é mecanismo próprio de indenização, cunhado pelo legislador pátrio para permitir a indenização que seria originalmente afastada pela ausência de discernimento do causador, de modo que é hipótese legal que favorece a vítima, sem se descuidar do interesse do incapaz, em um equilíbrio próprio da apreciação equitativa. Para a sua aplicação, é necessário investigar se o causador do dano foi declarado incapaz em processo de interdição, e se houve reconhecimento judicial de sua autonomia para os atos extracontratuais.

Havendo declaração de incapacidade com dever de cuidado (guarda ou *cura pessoa*), haverá a aplicação dos artigos 928 e 932, inciso II, do Código Civil, com a responsabilidade primordial do curador, e subsidiária e mitigada do incapaz. Caso não haja interdição, mas haja omissão de pessoas que deveriam exercer o dever de vigilância, a vítima poderá comprovar tal negligência, e postular a indenização daqueles que teriam o dever de cuidado (genitores, descendentes e/ou cônjuge ou companheiro do lesante). Ademais, se o agente foi interditado, mas a incapacidade é relativa e atinge exclusivamente atos negociais (*cura rei*), ou se o

³⁹⁹ ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da Coisa Julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 89; REIS JÚNIOR, Antonio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 279; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2, p. 564.

causador do dano não é curatelado e não há pessoa com dever de vigilância, o lesante deverá arcar com a indenização, conforme artigos 186, 927 e 944 do Código Civil. Contudo, se for demonstrada com clareza a existência de incapacidade extracontratual na data dos fatos, será possível a declaração incidental de incapacidade, de forma excepcional, permitindo a indenização equitativa, conforme o sistema do artigo 928 do Código Civil.

2.3 Prevalência da responsabilidade subsidiária do incapaz

O artigo 928 do Código Civil estabelece que a responsabilidade do incapaz é subsidiária, somente incidindo se o guardião não tiver obrigação de indenizar, ou se esse não dispuser de meios suficientes para tanto. Já o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil, prevê que são solidariamente responsáveis com os autores, além dos coautores, aquelas pessoas designadas no artigo 932 do Código Civil, o que engloba os pais, tutores e curadores.

Trata-se de antinomia⁴⁰⁰ jurídica aparente⁴⁰¹ e imprópria⁴⁰², envolvendo uma subcontrariedade, já que constam dois predicados universais que se distinguem pela qualidade (o incapaz responde solidariamente/o incapaz responde subsidiariamente).

Inicialmente, cabe pontuar que solidariedade não é o oposto de subsidiariedade, dado que pode ser conceituada como aquela modalidade de obrigação em que há pluralidade de

⁴⁰⁰ Expressão que já foi anteriormente conceituada neste trabalho. Pressupõe premissas lógicas, organizadas em quatro tipos simplificados, reunidos sob a noção de oposição, envolvendo os mesmos sujeitos e predicados: 1. Contradição, que configura a oposição máxima, sem qualquer ponto de concordância entre si, já que envolvem duas proposições que diferem ao mesmo tempo na qualidade e quantidade (Todos os homens são virtuosos / Alguns homens não são virtuosos); 2. Contrariedade, formando oposição média, pois envolve preposições universais que diferem entre si pela quantidade (Todo homem é civilizado / Nenhum homem é civilizado), sendo certo que ambas não podem ser verdadeiras, mas ambas podem ser falsas; 3. Subcontrariedade, que constitui oposição mínima ao envolver duas proposições particulares que diferem pela qualidade (Algum homem é sábio / Algum homem não é sábio), de modo que ambas podem ser verdadeiras simultaneamente; 4. Subalternação, na qual há duas proposições que se diferem somente pela quantidade (Todo homem é sábio / Algum homem é sábio), não formando verdadeira oposição, considerando que a distinção se enquadra exclusivamente na quantidade. Nesse sentido: ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 249-255. Cabe enfatizar que embora toda antinomia envolva contradição, em sentido amplo, “nem toda contradição constitui uma antinomia. Duas normas podem contradizer-se, mas só temos uma antinomia quando essa contradição está acompanhada de outros fatores”. (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 209).

⁴⁰¹ É chamada de aparente, pois os critérios normativos para a solução de antinomias são suficientes para a resolução da contradição. Se contrapõe à antinomia real, na qual não há critérios de solução, ou estes próprios estão em conflito, razão pela qual o intérprete não tem condições de indicar qual norma terá prevalência: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 212-213.

⁴⁰² É tida por imprópria, em virtude do conteúdo material das normas, na subcategoria teleológica, dado que há incompatibilidade entre os fins de ambas as normas (uma objetiva tutelar a vítima e outra proteger o incapaz) e entre os meios (uma fixa solidariedade, e a outra subsidiariedade). Não se confunde com a própria, na qual a antinomia ocorre por motivos formais, quando uma permite e outra obriga, por exemplo. Nesse sentido: SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 207-208.

credores, cada um com direito à dívida integral, ou pluralidade de devedores, em que cada um responde pelo débito por inteiro⁴⁰³. Motivada pela lei ou pela vontade das partes, uma obrigação que originalmente poderia ser dividida é reunida⁴⁰⁴, possibilitando a cobrança de forma unificada, seja pelo credor, que receberá todo o crédito, seja pelo devedor, que deverá adimpli-lo integralmente.

Já a obrigação subsidiária contrapõe-se à obrigação primária ou primordial. Nesta, os bens do devedor primário são executados em primeiro lugar, enquanto na obrigação subsidiária, esta somente surge caso seja afastada a obrigação primária, ou se aquele devedor não tenha bens suficientes para a garantia do crédito⁴⁰⁵. Há o chamado benefício de ordem, ou benefício de excussão⁴⁰⁶, ou seja, o devedor subsidiário pode exigir que seja atingido primeiramente o patrimônio do devedor principal, sendo certo que, no caso específico da responsabilidade civil do inimputável, forma norma de ordem pública, que não pode ser afastada pela vontade das partes⁴⁰⁷.

Dessa forma, há respostas absolutamente diversas entre os artigos 928 e 942, parágrafo único, do Código Civil, pois, na sistemática do primeiro, o incapaz é devedor subsidiário, e somente será responsabilizado caso o devedor principal não tenha o dever de indenizar, ou o seu patrimônio seja insuficiente, com benefício de ordem; já na segunda sistemática, o incapaz responderia ao lado do guardião, pela integralidade da dívida, em razão da solidariedade.

Para a solução dessa antinomia, não é possível utilizar-se do critério hierárquico, já que ambas as normas constam do Código Civil, nem do critério temporal, pois os artigos

⁴⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2, p. 93-94. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 155; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, p. 130; e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 751-754.

⁴⁰⁴ Não se trata de obrigação única, mas sim de um feixe de obrigações reunidos, já que se mantém a autonomia de cada obrigação, como, por exemplo, na previsão de locais distintos de pagamento, ou a viabilidade de determinada quantidade ser condicional. Nesse sentido: “Cremos, em tal assunto, que várias são as obrigações que se encontram reunidas ou conglomeradas na obrigação solidária. [...] Outra razão: como admitir a teoria da unidade, se a obrigação solidária, de acordo com o art. 266 do Código Civil de 2002, pode ter características diversas em relação aos vários sujeitos, pura e simples para um dos concredores ou codevedores, e condicional, ou a prazo, para os outros?” (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4, p. 185-186).

⁴⁰⁵ Nesse sentido, discorrendo sobre a fiança e indicando as características da subsidiariedade: COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 796-798.

⁴⁰⁶ Expressão comumente empregada pela doutrina portuguesa, também utilizada por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (representação, ...)*. Atual. por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 44, p. 212.

⁴⁰⁷ Diferentemente da sistemática da fiança, em que a subsidiariedade, ainda que elemento do tipo, é norma dispositiva, e pode ser afastada pela vontade das partes. Nesse sentido: MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: apontamentos*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 360-363.

foram publicados simultaneamente, sem alterações por leis posteriores. Logo, predomina o critério da especialidade, que conduz à prevalência da norma do artigo 928 do Código Civil, que regula exclusivamente a responsabilidade do incapaz, enquanto o artigo 942 do Código Civil é norma geral, dispondo sobre a responsabilidade em coautoria e sobre as demais causas de responsabilidade por fato de terceiro.

Assim, prevalece que a responsabilidade do incapaz é subsidiária⁴⁰⁸, o que foi expressamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁹, afastando a incidência da norma do artigo 942 do Código Civil ao incapaz. A responsabilidade solidária tem sua aplicação como critério de reminiscência, ou seja, naquilo que não conflitar com o artigo 928 do Código Civil. Portanto, havendo mais de um guardião, a responsabilidade deles será solidária, assim como se o dano foi causado por mais de um incapaz sem guardião, dado que, nesses casos, é afastada, entre esses autores, a subsidiariedade própria do artigo 928 do Código Civil.

Vale também lembrar que, no artigo 156 do Código Civil de 1916, havia previsão de responsabilidade direta aos menores púberes, a partir de dezesseis anos, por equiparação aos maiores, de modo que, por aplicação do artigo 1.518 daquele código, prevalecia que eram solidariamente responsáveis⁴¹⁰. Contudo, referida norma não foi reproduzida no Código Civil de 2002, razão pela qual tem preponderância a subsidiariedade do incapaz em relação ao guardião.

Importante pontuar que, em âmbito de apuração de atos infracionais, que exige que a conduta seja descrita como crime ou contravenção penal, conforme artigo 103 do Estatuto da

⁴⁰⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 48-51; 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 725; e SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 203-228.

⁴⁰⁹ “1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). [...]” (STJ, REsp 1436401/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02/02/2017, DJe 16/03/2017).

⁴¹⁰ “Equiparando o menor ao maior, o Código quis significar tão somente que ele também é responsável, mas não excluindo nunca a responsabilidade solidária do pai ou tutor, solidariedade que resulta dos princípios reguladores da culpa *in vigilando*, que, longe de serem alterados, foram acolhidos pelo Código.” (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 3, p. 299-300). Igualmente: GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 119. No mesmo sentido, é possível citar precedentes do STJ: STJ, AgRg no Ag 99.834/MG, rel. Ministro Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 10/06/1996, DJ 05/8/1996, p. 26358; e STJ, REsp 13.403/RJ, rel. Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 06/12/1994, DJ 20/02/1995, p. 3186.

Criança e do Adolescente, os adolescentes podem receber medida socioeducativa consistente na reparação do dano, conforme artigo 112, inciso II, c/c 116 desse Estatuto. Desse modo, na aplicação da medida socioeducativa da reparação do dano, o adolescente deixa de ser devedor subsidiário e passa a ser devedor primário⁴¹¹, ao lado de seus genitores, de sorte que é atraída a norma geral do artigo 942 do Código Civil, considerando-o responsável solidário⁴¹². Ademais, referida medida corresponderá, a princípio, à reparação integral do dano, fixada pelo Juízo da Infância e Juventude, com natureza sancionatória, de modo que não lhe é aplicada a indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil.

Finalmente, um último ponto merece destaque acerca da dicotomia solidariedade-subsubsidiariedade. O Código de Processo Penal, nos artigos 63 e 387, inciso IV, permite a execução da sentença penal condenatória em âmbito cível, e esta sentença deverá arbitrar o valor mínimo para a reparação dos danos. Cabe enfatizar que tais atributos são inerentes à sentença penal condenatória, mas a sentença que fixa medida de segurança ao inimputável é “sentença absolutória imprópria”⁴¹³, conforme artigo 386, inciso VI, do CPP, a revelar que, nessas circunstâncias, é inviável o arbitramento do dano e a sua execução em âmbito cível⁴¹⁴. Uma pessoa tida como inimputável em âmbito penal não terá contra si a fixação do mínimo de indenização, nem há faculdade de execução da sentença penal diretamente no Juízo cível, razão pela qual não há que se falar em solidariedade em eventual fixação de medida de segurança, exigindo-se, nesses casos, o ajuizamento de ação cível independente, quando

⁴¹¹ Nesse sentido, é o Enunciado 40 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.”

⁴¹² “Assim é que, para os danos resultante de ato infracional, de que é importante exemplo o dano *dolosamente* causado (Código Penal, art. 163), poderá ser imposta uma responsabilidade civil *subjetiva* (ECA, art. 116), sendo o adolescente *solidariamente* responsável com os seus pais ou tutor (Código Civil, art. 942, parágrafo único).” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45-46). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 823; e TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 135-154, out.-dez. 2018. p. 151. Em sentido contrário, havia o Enunciado 41 da I Jornada de Direito Civil do CJF, que visualizava uma única hipótese de responsabilidade solidária do menor, no caso de emancipação: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil”, mas tal enunciado foi revogado na IX Jornada de Direito Civil.

⁴¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 822-823.

⁴¹⁴ “Como a lei processual civil prevê que o título executivo judicial é a ‘sentença penal condenatória transitada em julgado’, a chamada sentença ‘absolutória imprópria’ (CPP, art. 386, VI, c.c. o art. 386, parágrafo único. III), embora acarrete a imposição de medida de segurança, por não ser condenatória, não gera o dever de reparar o dano, nem consistirá em título executivo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 207).

haverá possível aplicação do artigo 928 do Código Civil, observados os critérios de aplicação deste artigo indicados no item anterior.

2.4 Natureza e fundamentos para a responsabilidade do incapaz

Dando continuidade à interpretação do artigo 928 do Código Civil, relevante investigar os fundamentos para a responsabilidade do incapaz, ou seja, se sua responsabilidade é subjetiva, bem como identificar algumas questões processuais relevantes.

Inicialmente, conforme já abordado anteriormente, a responsabilidade do incapaz é lastreada na equidade, na solidariedade social e na dignidade da pessoa humana⁴¹⁵, mas tal fundamento não identifica com clareza a modalidade da responsabilidade civil do incapaz, ou seja, não esclarece se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

De um lado, há aqueles que defendem uma visão objetivada da culpa⁴¹⁶, que extrai o elemento subjetivo, ou seja, a imputabilidade, confrontando a conduta do agente ao padrão de conduta esperado (padrão este que vem sendo relativizado, na chamada “fragmentação do modelo de conduta”⁴¹⁷), independentemente das condições pessoais do causador do dano.

⁴¹⁵ Pontes de Miranda refuta que o fundamento da indenização seria a equidade, indicando que o fundamento seria um “ajustamento dos patrimônios”: “A eqüidade não é, aí, fonte da responsabilidade (sem razão: J. W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, 115; EMIL STEINBACH, *Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden*, 78), nem fundamento para atenuação da responsabilidade (OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 911; cf. KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 2. ed., 466 s.), mas sim - conforme seguimos o princípio desde as fontes - de ajustamento dos patrimônios”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos, ...)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 353). A despeito desse posicionamento, a equidade e a solidariedade social são invocadas como fundamento para essa reparação pela maior parte da doutrina. Nesse sentido: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 286-305; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 51-55; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 27-28; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 377-379; LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 173-178; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 25; e SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 104-117.

⁴¹⁶ 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 718; e PORTO, Mário Moacyr. O ocaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 499-506.

⁴¹⁷ Trata-se de tendência mundial, de relativizar o padrão de comparação do *bonus pater familias* e do *reasonable man*, para padrões de conduta específicos e diferenciados para cada situação: SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, n. 22, p. 45-69, 2005. p. 52; e MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts: a comparative treatise*. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002. p. 84-85.

Caso adotada essa visão, a responsabilidade civil do incapaz permaneceria como subjetiva, mas numa noção de culpa objetiva⁴¹⁸, ou seja, a comparação entre o comportamento e o escopo da norma violada⁴¹⁹.

Essa interpretação também é lastreada na apuração da imputabilidade na noção de culpabilidade no Direito Penal, etapa que não é utilizada em âmbito civil, o que resultaria a conclusão da exclusão da apuração da imputabilidade nas ações indenizatórias⁴²⁰.

Portanto, para os adeptos da culpa objetiva, a natureza jurídica da responsabilidade civil do incapaz não causa maiores dificuldades: é subjetiva, e decorre da comparação da conduta deste com o padrão do homem médio (bom pai de família, ou homem razoável). Logo, são desprezadas as circunstâncias pessoais do causador do dano, e, se houve atuação em desconformidade com o esperado do homem médio, haverá a responsabilidade do incapaz, ou seja, há responsabilidade subjetiva.

Contudo, a despeito desses posicionamentos⁴²¹, prevalece, em âmbito civil, que a imputabilidade integra a culpa⁴²², em seu aspecto subjetivo, fruto da expressão “voluntária”, empregada pelo artigo 186 do Código Civil⁴²³⁻⁴²⁴.

⁴¹⁸ Ao realizar tal opção, a noção de culpa e ilicitude se aproximariam, a revelar que bastaria a conduta ser antijurídica para possibilitar a indenização. Essa tendência inclusive é utilizada por parte da doutrina, que localiza a inimputabilidade como causa de exclusão de antijuridicidade. Nesse sentido: VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 2, p. 156. De outro lado, a doutrina majoritária diferencia ilicitude, que permaneceria com aspecto subjetivo, da antijuridicidade, avaliada objetivamente: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, a. 6, p. 169-214, jan.-mar. 2019. p. 177-183.

⁴¹⁹ Acerca do escopo da norma de proteção, de inspiração austríaca e alemã, demonstrando ampla evolução do tema: LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008. p. 25-223.

⁴²⁰ “Contudo, esse raciocínio parte da premissa equivocada de que a imputabilidade é elemento da culpa, algo que, ao longo do trabalho, demonstramos ser inverídico. O incapaz pode sim agir com culpa, considerada essa como a violação de um dever de cuidado que se podia esperar do homem médio dentro das mesmas condições do caso concreto. O que falta ao incapaz é culpabilidade, conceito composto, entre outros, pelo requisito da imputabilidade.” (BUNAZAR, Maurício. Responsabilidade Civil do Incapaz: objetivação da culpa ou responsabilidade civil objetiva? *Cadernos de Direito*, v. 9 (16-17), p. 175-197, jan.-dez./2009. p. 196). No mesmo sentido: ANGELIN, Karinne Ansileiro. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 55-58.

⁴²¹ Há também autores que inserem a imputabilidade como elemento da ilicitude, e não como integrante da culpa, por considerarem que as causas de inimputabilidade são legais e objetivas, com efeito específico, apuradas em fase anterior à culpa. Nesse sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 225-230; e VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 2, p. 156. Contudo essa visão aproxima a noção de ilicitude à culpa, provavelmente por influência da noção de *faute* do Direito francês, e insere a imputabilidade na avaliação do ilícito, o que faria incidir notas próprias de culpa em fase anterior. Por sua vez, tal interpretação teria consequência prática relevante e indesejável, no sentido da inviabilidade de responsabilidade objetiva do inimputável, pela ausência de ilicitude, de modo que a inserção da imputabilidade como parte integrante da culpa é localização mais consentânea com o sistema pátrio.

⁴²² “Quem diz culpa diz imputabilidade.” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 376). No mesmo sentido: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 226; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na*

Nesta toada, a despeito da falta de clareza da doutrina⁴²⁵, a imputabilidade pode ser conceituada como o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a aptidão para responder pelas consequências dos atos contrários ao direito⁴²⁶, e o critério de identificação dessa imputabilidade é extraída de dois elementos: a possibilidade de o agente conhecer o dever (também conhecida como capacidade de entender)⁴²⁷ e a possibilidade de observar esse dever (também chamada de capacidade de querer)⁴²⁸. Assim, para aqueles que consideram que a imputabilidade integra a culpa, ao inimputável não haveria avaliação moral, o que resultaria, numa primeira leitura, a conclusão de que sua responsabilidade seria objetiva⁴²⁹, pois seria admitida a sua responsabilidade independentemente de culpa⁴³⁰.

responsabilidade civil: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25-26; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4, p. 35-40; LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 74-76; NONATO, Orozimbo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. *Revista Forense*, a. 37, v. 83, p. 371-377, jul./1940. p. 372; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos, ...)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 354; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 21-26; SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 118-123; e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 2, p. 533-534.

⁴²³ Também nesse sentido, o PETL (*Principles of European Tort Law*), realizado pelo *European Group of Tort Law* estabeleceu, no item 2 do art. 4:102, que: “o padrão de conduta pode ser ajustado em função da idade, de deficiência psíquica ou física, ou quando, devido a circunstâncias extraordinárias, não se possa legitimamente esperar que a pessoa em causa atue em conformidade com o mesmo”.

⁴²⁴ Também há posicionamento doutrinário acerca da incompatibilidade da culpa objetivada com os diversos graus da culpa, de modo que a teoria seria incompatível com o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Acerca do tema: CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, out.-dez./2017. p. 199-229.

⁴²⁵ “Os civilistas, geralmente, não definem a imputabilidade, dizendo, de preferência, em que consiste.” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 226). A razão de ser dessa omissão é decorrência do Direito francês, pois o *Code Civil* não continha disposição sobre os fatos justificáveis (*fats justificatifs*), contendo apenas as disposições sobre a responsabilidade do incapaz após a reforma em 1968, diferentemente do que ocorre em outros países, como na Itália. A respeito do tema: VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 2, p. 155.

⁴²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25-26; e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 563.

⁴²⁷ “Para tanto, as suas ação ou omissão correspondem a duas qualidades suas: – a capacidade de entender; – a capacidade de querer. Não ocorrerá a primeira se, por falta ou deficiência das capacidades cognitivas, naturais (tenra idade ou deficiência mental) ou artificiais (álcool ou drogas), o agente não tinha a possibilidade de apreender o significado das suas atuações; faltará a segunda se o agente, por restrições externas (coação física), não dispunha de liberdade.” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 439).

⁴²⁸ Chamados de elementos de imputabilidade por René Savatier, que incluem a possibilidade de conhecer o dever violado (*possibilité de connaître le devoir violé*) e a possibilidade de observar o dever (*possibilité, pour l'agente, d'observer le devoir*): SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. v. 1, p. 207-208.

⁴²⁹ “Sendo considerada *subsidiária*, esta responsabilidade também será considerada *objetiva* e a vítima estará dispensada da prova da culpa do ofensor.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 51). Também considerando que a responsabilidade do incapaz independe da culpa: ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 461-463; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 62-64 e 94; CUPIS, Adriano de. *Dei fatti illeciti: art 2043-2059*.

Contudo, isso não significa dizer que a vítima estaria dispensada de demonstrar os elementos da responsabilidade civil subjetiva, que inclui a culpa, nos casos em que ela é exigida.

A avaliação da responsabilidade civil do incapaz transcorre em três momentos: num primeiro momento, identifica-se a modalidade de responsabilidade civil incidente ao caso, ou seja, se as circunstâncias do caso atraem as normas da responsabilidade subjetiva ou objetiva; após, identificada a responsabilidade subjetiva, realiza-se uma ficção⁴³¹ de que o incapaz é imputável, sendo investigado se seria possível extrair culpa de sua conduta caso este tivesse discernimento, afastando a indenização se essa não fosse aplicada ao cidadão comum; e somente num terceiro momento, fundamentado na equidade e na solidariedade social, é que é realizada uma imputação objetiva⁴³², fixando uma indenização à pessoa com deficiência mental e/ou ao seu curador⁴³³.

Em outras palavras, a modalidade da responsabilidade civil, na perspectiva da vítima, continua sendo subjetiva, dado que deverá comprovar a culpa do réu, ou seja, deverá demonstrar que, se o causador do dano fosse imputável, teria atuado com culpa. Não há, em favor da vítima, uma responsabilidade objetiva, em que se dispensa a prova da culpa, para

In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. Commentario del codice civile. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1971. v. 4, p. 53; LIMA, Alvino. Culpa e risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 176-178; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos,). Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 354.

⁴³⁰ Há autores que consideram a responsabilidade dos inimputáveis não como objetiva, pois não lastreada no risco, mas sim pela ilicitude objetiva e por motivos de equidade: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1, p. 310-311.

⁴³¹ “[...] para a verificação de se há ou não o dever de indenizar por parte do incapaz, por ficção jurídica, este é considerado capaz e imputável e, assim, verifica-se o ato ilícito praticado como se tivesse sido feita por pessoa adulta em pleno gozo de suas funções e com o discernimento perfeito. Trata-se de ficção evidente, pois não se imagina que um menor com 10 anos de idade tenha igual discernimento que uma pessoa capaz, com mais de 50 anos de vida.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 135).

⁴³² Referida imputação forma o chamado “nexo de imputação”, que não se confunde com o nexos causal: “Nexo causal e nexos de imputação são pressupostos distintos da responsabilidade civil, mas frequentemente confundidos. O nexos causal é o vínculo etiológico que explica que um determinado fato ou ato humano provocou um dano a alguém. O nexos de imputação é a razão jurídica que indicará o responsável pela obrigação de reparar o dano.” (PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, a. 3, p. 185-206, abr.-jun./2016. p. 186). No mesmo sentido: ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 329-330. Há também doutrina que considera que o nexos de imputação é relacionado ao sujeito que praticou o ato, enquanto o nexos de causalidade analisaria os prejuízos causados pelo fato: SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indenizar*. Lisboa: [s.e.], 1944. v. 1, p. 106-107 e 147-151.

⁴³³ “Em resumo, pode dizer-se que para haver responsabilidade da pessoa inimputável é necessária a verificação dos seguintes requisitos: a) que haja um fato ilícito; b) que esse fato tenha causado danos a alguém; c) que o fato tenha sido praticado em condições de ser considerado *culposo*, reprovável, se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável; d) que haja entre o fato e o dano o necessário nexos de causalidade; e) que a reparação do dano não possa ser obtida dos vigilantes do inimputável; f) que a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do autor, em face das circunstâncias concretas do caso.” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 565-566).

facilitar a indenização. O que há, em realidade, é uma imputação objetiva do dano ao incapaz, ainda que este não tenha agido com culpa no sentido jurídico, circunstância que somente é apurada na terceira fase de apuração da responsabilidade civil⁴³⁴.

O entendimento de que a responsabilidade do incapaz é uma responsabilidade objetiva íntegra e completa (responsabilidade civil objetiva pura⁴³⁵), e não mera imputação objetiva, inclusive em relação à vítima, levaria à conclusão de que aquele poderia ser responsabilizado em circunstâncias tais que uma pessoa com amplo discernimento seria inocentada, o que atua na contramão do sistema⁴³⁶, situando a pessoa sem discernimento em uma situação mais prejudicial, colidindo com o princípio da igualdade constante do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Portanto, ainda que não seja possível extrair a culpa do inimputável, por inexistir a imputabilidade, elemento próprio da culpa, isso não quer dizer que a responsabilidade civil integral será objetiva, pois prevalece como regra geral a responsabilidade subjetiva, e a vítima deverá comprovar a negligência, imperícia ou imprudência, realizando uma ficção de que o causador do dano teria discernimento, afastando a indenização caso não houvesse culpa, ou seja, nos casos em que a indenização seria afastada ao imputável. Após, numa próxima fase, é realizada a imputação objetiva ao incapaz, já que este não detém a racionalidade e o discernimento necessário para poder atuar culposamente.

Tal conclusão não significa dizer que o incapaz não possa ser responsabilizado objetivamente⁴³⁷, nas hipóteses legais em que tal modalidade de indenização seja admitida,

⁴³⁴ “Essa responsabilidade do tutor é objetiva (CC, art. 934), independentemente de sua culpa. De qualquer forma, o tutor somente responderá pelo prejuízo causado se provada a culpa do tutelado. Vale dizer: uma vez provada a culpa do pupilo, não mais será necessário demonstrar a culpa do tutor.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6, p. 863). Também nesse sentido, é o Enunciado 590 da VII Jornada de Direito Civil do CJF: “A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, prevista no art. 932, inc. I, do Código Civil, não obstante objetiva, pressupõe a demonstração de que a conduta imputada ao menor, caso o fosse a um agente imputável, seria hábil para a sua responsabilização”.

⁴³⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista de Direito Privado*, v. 83, nov./2017. p. 229-236.

⁴³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28; e VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 221. Também no Direito francês, a doutrina e a jurisprudência foram se consolidando no sentido de que “a responsabilidade civil dos pais supõe a culpa do filho menor” (MELO, Albertino Daniel de. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 109-115).

⁴³⁷ Em sentido diverso, defendendo que a imputabilidade também deve ser considerada na responsabilidade objetiva, afastando-se uma interpretação lastreada exclusivamente nonexo causal, de modo que o inimputável não poderia ser responsável objetivamente: MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p. 424-468.

ainda que com o recurso da imputação objetiva, lastreada na equidade⁴³⁸. Desse modo, caso aquele tenha um animal que cause danos a terceiros, a sua responsabilidade será objetiva, por força do artigo 936 do Código Civil⁴³⁹. A mesma responsabilização ocorre nas demais hipóteses legais de responsabilidade objetiva, como, por exemplo, na propriedade de veículo⁴⁴⁰, queda de objetos de edifícios⁴⁴¹, e pelo exercício de atividade de risco⁴⁴².

Assim, a modalidade da responsabilidade é definida, num primeiro momento, pelas normas estabelecidas na legislação, sendo certo que a responsabilidade subjetiva é a regra

⁴³⁸ “Tendo em vista a doutrina proposta acerca da reparação dos danos causados por pessoas sem discernimento, isto é, inimputáveis, parece que a essas pessoas não deve ser imposta a responsabilidade pelo risco (já que não podem ter a direção efetiva da coisa e, portanto, criar o risco, no sentido preconizado) a não ser que, por motivos de equidade, tal deva acontecer. Poderia parecer que estas pessoas deveriam responder tal como se tivessem discernimento, porque a responsabilidade se baseia, não na culpa, mas na criação do risco. Como, porém, a criação do risco supõe um poder efetivo de direção e vigilância da coisa (pois essa criação deve ser consciente), só nos aludidos termos parece razoável a responsabilidade daquelas pessoas.” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Fundamento da Responsabilidade Civil: em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas*. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 90, nov./1959. p. 83). Também na Alemanha admite-se o regime da indenização subsidiária na responsabilidade objetiva: “*A claim under §829 and under a strict liability provision can concur*”. (MAGNUS, Ulrich. §829. *In: DANNEMANN, Gerhard; SCHULZE, Reiner. German Civil Code (BGB): Books 1-3*. München: C.H. Beck; Nomos, 2020. v. 1, p. 1628), com tradução livre: “Podem concorrer um pedido fundamentado no § 829 e no sistema de responsabilidade objetiva”.

⁴³⁹ A respeito da responsabilidade por fatos de animais, atualmente com natureza de responsabilidade objetiva, pela exclusão da viabilidade da prova da guarda adequada: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 214-217; e TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 14, p. 157-164.

⁴⁴⁰ Ainda que não haja expressa previsão legal, admite-se a responsabilidade objetiva do dono do veículo que o empresta a terceiro, por extensão da responsabilidade pela guarda do animal e pela ruína do edifício, inclusive sob influência de decisões proferidas na França. Acerca do tema: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 389-405; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 230-234; e LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 290-296.

⁴⁴¹ A responsabilidade pela queda de detritos de edifícios era reconhecida inclusive no Direito romano, com ação própria nominada *actio de effusis et deiectis*, com responsabilidade de todos os moradores do edifício (*habitor*), independentemente de quem a jogou. Acerca do tema: KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984. p. 258; e MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 137. No Direito brasileiro contemporâneo, a responsabilidade vem disciplinada no artigo 938 do Código Civil, que atribui responsabilidade objetiva àquele que habita prédio, ou parte dele. Desse modo, além do condomínio edilício, é possível responsabilizar, solidariamente, os moradores da ala do edifício do qual caiu o objeto que causou o dano. Sobre o tema: ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 117-118; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 222-226; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos, ...)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 489-499.

⁴⁴² Acerca da teoria do risco como fundamento para a responsabilidade objetiva, estampada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 117-216; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 19-36; GODOY, Claudio Luiz Bueno. Responsabilidade civil pelo risco da atividade e nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um Colóquio Brasil-Portugal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 1, n. 1, 2015. p. 21-43; e SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19-34.

geral, aplicável de forma subsidiária⁴⁴³, enquanto a responsabilidade do incapaz, como regra de imputação, é verificada ao final, caso estejam presentes os requisitos da responsabilidade civil exigidos para aquela modalidade específica de indenização.

Ainda que a modalidade da indenização seja lastreada no risco, com dispensa da culpa, prevalece a responsabilidade primária do guardião, desde que a atividade tenha relação com o dever de vigilância por ele exercido, e o incapaz somente será responsabilizado de forma subsidiária⁴⁴⁴. Em outras palavras, a modalidade da responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, não afeta o dever de vigilância do curador⁴⁴⁵, nem o exonera do pagamento da indenização porque a atividade era exercida pelo incapaz, ou porque o bem ou o animal integrava o seu patrimônio⁴⁴⁶. Somente haverá dispensa da responsabilidade do curador caso o risco que gerou a responsabilidade objetiva escape do dever de vigilância, inserindo-se em âmbito no qual o incapaz possua discernimento e não dependa da intervenção do curador, como no caso dos pródigos, ou caso a sentença de interdição tenha fixado ao curador exclusivamente

⁴⁴³ “Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.” (REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-177).

⁴⁴⁴ “Concluindo, se o vigilando for inimputável responderá subsidiariamente, em relação às pessoas obrigadas à sua vigilância, pelo dano por si causado no âmbito do risco normativamente definido. Se tiver capacidade de entender e querer responderá de forma solidária.” (ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 221). Na mesma linha: FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a indenização equitativa por danos causados por incapazes: tendência ou excepcionalidade no sistema da responsabilidade civil no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 93-115, jul./set. 2017. p. 98-99.

⁴⁴⁵ Esse dever de vigilância também envolve o chamado “dever de proteção”, critério próprio de antijuridicidade, cunhada no Direito alemão, com aplicação mais ampla na responsabilidade contratual e pré-contratual, pelo qual os contratantes devem empregar condutas eficientes para a proteção dos interesses indiretamente envolvidos na relação contratual, lastreada na boa-fé objetiva. Ainda que com críticas contundentes na desnecessidade do instituto, fruto da responsabilidade civil fundada nos deveres do tráfego, é certo que tal instituto influenciou outros ordenamentos jurídicos, inclusive o italiano (“*correttezza*” e “*obblighi di protezione*”), francês (*obligation de sécurité*) e inglês (*duty of care*), formando mecanismo útil para facilitar a indenização nas ofensas a direitos pessoais que não se enquadram em inadimplemento ou mora. A respeito do tema: BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XIV, 1960, p. 1342-1363; e GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. *Dever de proteção nas relações contratuais*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 21-38. Assim, o curador deverá empregar medidas eficientes para proteger as pessoas que se relacionam com o incapaz, com a assistência ou representação do curador, evitando-se danos pessoais decorrentes de eventual atividade de risco realizada pelo curatelado.

⁴⁴⁶ Em sentido diverso, considerando que o incapaz responde diretamente, como um cidadão comum, nos casos de responsabilidade objetiva: GEFFROY, Claire. *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*. Paris: Librairies techniques, 1974. p. 235; e SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. v. 1, p. 257-258. Contudo, explorando as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais em solo francês, e concluindo pela viabilidade de responsabilidade do guardião pelo fato da coisa do menor: MELO, Albertino Daniel de. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 123-126.

funções patrimoniais e o risco seja alheio ao patrimônio, o que será objeto do item subsequente deste trabalho.

De outro lado, a sistemática supracitada não é idêntica no caso de responsabilidade contratual⁴⁴⁷. Ainda que haja doutrina que considere a identidade entre responsabilidade contratual e extracontratual⁴⁴⁸, inclusive na análise da culpa⁴⁴⁹, na primeira a responsabilidade civil do incapaz é diversa⁴⁵⁰, pois, ao assumir a posição contratual de devedor, após a assistência ou representação de seu curador, é o próprio patrimônio do incapaz que responderá pelo inadimplemento (artigo 391 do Código Civil)⁴⁵¹, e não o patrimônio de seu guardião, de

⁴⁴⁷ Acerca das consequências em âmbito de indenização nos casos de invalidade: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 2, p. 1253-1303.

⁴⁴⁸ Há clara aproximação entre a responsabilidade contratual e extracontratual, havendo aqueles que defendem a plena identidade entre tais modalidades: SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indenizar*. Lisboa: [s.e.], 1944. v. 1, p. 210. Para aqueles que admitem assimetrias entre os regimes, são invocadas, de forma majoritária, tão somente duas principais diferenças materiais entre tais modalidades indenizatórias: 1. Presume-se culpa na obrigação, mas não na aquiliana, salvo as exceções legais que instituem a presunção de culpa nesta; 2. Havendo pluralidade passiva, há solidariedade na delitual, mas não haverá na contratual. Nesse sentido: JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 40-41; e CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 389-395. Este último autor ainda identifica outras diferenças, tidas como menores, em especial: a. Diferença dos prazos prescricionais; b. Diferença de responsabilidade do comitente; c. Normas diversas de incapacidade para contratos, e imputabilidade para responsabilidade civil; d. O valor da indenização pode ser reduzido equitativamente na aquiliana, mas não pode na obrigacional; e. Na aquiliana, há vedação de renúncia antecipada de indenização; f. A responsabilidade obrigacional é complementada por deveres acessórios, enquanto a aquiliana pelos deveres do tráfico. A distinção acerca dos prazos prescricionais tomou relevo no Brasil, em razão da posição atual do E. STJ que reconhece o prazo prescricional decenal para a responsabilidade contratual: STJ, EREsp 1281594/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 15/05/2019, DJe 23/05/2019.

⁴⁴⁹ “[...] Mas a imputabilidade, como elemento subjetivo da culpa, não é uma na culpa contratual, e outra na extracontratual. Aliás, a outro resultado não se pode chegar, dada a unidade do conceito de culpa [...]” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 235).

⁴⁵⁰ “A alguns escritores parece irrelevante a distinção entre as duas espécies de *responsabilidade*, sob o fundamento precípua de que o pressuposto contratual, embora qualifique particularmente o comportamento do devedor, não possui substantividade para criar modalidade de *culpa*, diversa da que fundamenta a responsabilidade extracontratual. Não o é, todavia. Variam os critérios de apreciação da culpa e a extensão de ressarcimento, conforme preexistia, ou não, contrato.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 184). Também diferenciando a responsabilidade civil contratual dos incapazes: GEFFROY, Claire. *La condition civile du malade mental et de l’inadapté*. Paris: Librairies techniques, 1974. p. 242-244.

⁴⁵¹ “Tendo o credor o direito de exigir do devedor a reparação dos danos a ele causados pelo facto dos auxiliares do devedor, não pode, pelo contrário, reclamar desses auxiliares tal reparação: na verdade, só o devedor, e não os auxiliares deste, estão ligados para com o credor pela relação obrigacional.” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Responsabilidade do Devedor pelos Factos dos Auxiliares, dos Representantes Legais ou dos Substitutos*. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 72, p. 5-49, jan./1958. p. 32). No mesmo sentido: TUHR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. 2, p. 97-98.

sorte que aquele será ativado de forma primária, e sem indenização equitativa⁴⁵², que foi moldada para os casos de responsabilidade extracontratual⁴⁵³.

Dessa forma, em âmbito contratual⁴⁵⁴, o regime de imputação objetiva cunhado pelo artigo 928 do Código Civil não será aplicado, prevalecendo as regras gerais de mora e de responsabilidade patrimonial do devedor, ainda que incapaz, conforme artigos 389 e seguintes do Código Civil⁴⁵⁵.

Finalmente, um último ponto relevante a ser abordado em relação às hipóteses e fundamentos da responsabilidade do incapaz tem relação a questões processuais, mormente a obrigatoriedade de aquele compor o polo passivo da ação indenizatória. É necessário averiguar as regras processuais acerca do litisconsórcio⁴⁵⁶.

Em relação ao critério temporal⁴⁵⁷, o litisconsórcio em comento pode ser tanto inicial, quanto ulterior ou incidental, a depender da posição das partes no processo. Quanto à obrigatoriedade⁴⁵⁸, o litisconsórcio é facultativo, ou seja, não é obrigatório à vítima manejar a ação contra o incapaz e seu curador⁴⁵⁹. Por sua vez, em relação ao resultado no direito

⁴⁵² Em sentido diverso, invocando a aplicabilidade da indenização equitativa também na responsabilidade contratual: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 299-300, nt. 879.

⁴⁵³ “Cabe porém, perceber que tudo que dissemos acima aplica-se à responsabilidade civil extranegocial. Outra pode ser a solução na responsabilidade civil negocial. O menor relativamente incapaz responde diretamente pelas obrigações contratuais assumidas sem o assistente, não podendo, para se eximir da obrigação, ‘invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior’ (CC, art. 180).” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 732).

⁴⁵⁴ “Para haver responsabilidade contratual é necessário que o dano derive do incumprimento e não basta o facto do prejuízo ter sido causado por um facto ilícito praticado na altura da realização da prestação; a responsabilidade contratual só abrange os danos que se encontram no âmbito do sinalagma; os prejuízos que excedem o risco contratual entram no campo aquiliano.” (MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso*: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 2001. p. 231).

⁴⁵⁵ “É princípio geral de direito que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas. A *responsabilidade patrimonial* significa que o devedor responde com todos os bens. A vinculação alcança-os, tanto os bens presentes como os *futuros*, isto é, os que o devedor possui no momento em que contrai a obrigação e os que vierem a lhe pertencer quando sucede a execução.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 184).

⁴⁵⁶ “*Llámase litisconsorcio la presencia en el mismo procedimiento de varias personas en la posición de actores (litisconsorcio activo) o de demandados (litisconsorcio pasivo) o de actores de un lado y demandados de otro (litisconsorcio mixto)*.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1925. t. 2, p. 600). com tradução livre: “Chama-se litisconsórcio a presença em um mesmo procedimento de várias pessoas na posição de autores (litisconsórcio ativo) ou de réus (litisconsórcio passivo), ou de autores de um lado e réus de outro (litisconsórcio misto)”.

⁴⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1925. t. 2, p. 601.

⁴⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 429.

⁴⁵⁹ Nessa direção, há precedente do STJ: “[...] 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação – nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) – da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos – pai e filho –, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples [...]” (STJ, REsp 1436401/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02/02/2017, DJe 16/03/2017).

material, o litisconsórcio é simples, pois admite-se o reconhecimento de responsabilidade do curador e não do incapaz, e vice-versa.

Portanto, a vítima pode optar por propor a ação somente contra o incapaz⁴⁶⁰, demonstrando que não há dever de indenização imposto ao seu curador, ou que este não possui patrimônio; poderá manejar a ação exclusivamente contra o guardião, inexistindo litisconsórcio passivo necessário⁴⁶¹; como também poderá propor o feito contra ambos. Nesse caso, como a responsabilidade do guardião é primária, a vítima realizará um litisconsórcio passivo alternativo, qualificado pela eventualidade, que é decorrência do direito constitucional de ação (art. 5º, inciso XXXV)⁴⁶².

Importante ressaltar que a vítima não tem a opção de incluir o incapaz tão somente na fase de execução, caso os guardiães não tenham patrimônio. Por formar meio próprio de indenização, lastreada na equidade, e que pode ser dispensada, a depender das circunstâncias do caso concreto, conforme prevê o artigo 928, parágrafo único, do Código Civil, o reconhecimento da indenização depende de processo de conhecimento, que fixará as balizas para a indenização.

Assim, mesmo nos casos em que tanto o guardião quanto o incapaz ocupam o polo passivo, recomendável que o juiz fixe na sentença a indenização equitativa, considerando o patrimônio do incapaz, que somente será aplicável caso o guardião não tenha condições de arcar com a indenização integral. Relegar referido arbitramento à fase de execução consistiria em delegar parte essencial da sentença, o que poderá prejudicar o devido processo legal do

⁴⁶⁰ Nessa hipótese, caso o incapaz demonstre ser possível o benefício de ordem, é o caso de extinção do feito sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva. Não há, no ordenamento jurídico processual, remédio para o chamamento ao processo do devedor primário, já que o artigo 130 do Código de Processo Civil se limitou a regular as hipóteses de fiança e de codevedor solidário. Ainda que haja certa semelhança com a fiança, ao menos na noção de subsidiariedade, tal fato não é suficiente para permitir a interpretação ampliativa, e admitir a intervenção de terceiro não admitida na legislação, mormente porque há prevalência de que as causas de intervenção de terceiro devem ser expressamente previstas: “Por outro lado, a intervenção, sempre facultativa para o terceiro, não é, porém, arbitrária. Só pode ocorrer naquelas hipóteses especialmente previstas pela lei processual.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 446).

⁴⁶¹ Também no Direito italiano há doutrina que reconhece que não há litisconsórcio necessário entre o causador do dano e o seu guardião: “*Non si tratta dunque di un’ipotesi di litisconsorzio necessario.*” (VENCHIARUTTI, Angelo. *La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d’arte*. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 405).

⁴⁶² “O litisconsórcio alternativo resolve-se rigorosamente em um *cúmulo alternativo de demandas*, expressamente admitido pela lei brasileira (CPC, art. 288 – supra, n. 474). Aqui as partes são plúrimas mas, além da estreita *analogia* entre as situações e plena *coerência com o sistema* do Código de Processo Civil, a admissibilidade do litisconsórcio alternativo é acima de tudo franqueada pela *liberdade de demandar*, que a Constituição Federal assegura amplamente mediante a garantia do direito de ação (art. 5º, inc. XXXV). Falta somente a familiarização dos operadores brasileiros com esse instituto.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 370-371).

curatelado, pois, no processo de execução, o leque para a impugnação da decisão é reduzido⁴⁶³.

Uma última dificuldade decorrente da sistemática processual relaciona-se com o prazo prescricional em desfavor da vítima, caso esta opte por manejar a ação exclusivamente contra o guardião. Inicialmente, importante pontuar que a obstrução da contagem de prazos prevista nos artigos 198, inciso I, e 208 do Código Civil somente é aplicável para beneficiar o incapaz, e jamais prejudicá-lo⁴⁶⁴. Desse modo, correm os prazos que favorecem o incapaz, razão pela qual a incapacidade não pode ser invocada pela vítima como causa de obstrução do prazo prescricional contra aquele.

Haveria a incidência da prescrição, contra a vítima, se esta manejasse a ação exclusivamente contra o guardião, e somente descobrisse a insuficiência do patrimônio na fase executiva, anos depois? A resposta mais consentânea com o sistema da prescrição e da natureza da responsabilidade civil do incapaz resulta a resposta negativa à indagação.

Inicialmente, importante pontuar que a interrupção da prescrição decorrente da citação do guardião, conforme prevê o artigo 202, inciso I, do Código Civil, não aproveita o incapaz, que não é devedor solidário, observada a norma do artigo 204 do Código Civil. Desse modo, como regra geral, o prazo prescricional continuaria a correr contra o coobrigado não solidário, que não é atingido pela interrupção da prescrição que atingiu o guardião.

Contudo, o artigo 928 do Código Civil prevê modalidade de responsabilidade subsidiária, que nasce nas hipóteses excepcionais ali previstas, ou seja, se os responsáveis não tiverem obrigação de indenizar, ou se não dispuserem de meios suficientes para tanto. Nesse segundo caso, a responsabilidade subsidiária do incapaz somente surge na insuficiência patrimonial, razão pela qual a pretensão contra ele nasceria⁴⁶⁵ do inadimplemento⁴⁶⁶ da

⁴⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3, p. 133.

⁴⁶⁴ “Não corre a prescrição, diz o inciso I, *contra* os absolutamente incapazes [...] Mas corre a *favor* dos absolutamente incapazes, isto é, quando poderiam ser acionados. Podem ser beneficiados com a arguição da prescrição da pretensão manifestada pela outra parte, ou seja, pelo credor.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 524).

⁴⁶⁵ Acerca do início dos prazos prescricionais, prevalece forte tendência doutrinária lastreada na *actio nata*, pela qual a prescrição tem início desde o momento no qual a relação jurídica perde o caráter de mera expectativa, e torna-se realizável por meio de uma ação, sendo certo que a violação do direito não é sempre elemento necessário para o nascimento da ação. Nesse sentido: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 51, p. 101-120, 2010, p. 103; e SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 203-228.

⁴⁶⁶ Para identificar com mais precisão o marco que dá início ao prazo prescricional, pertinente é a previsão do artigo 921, inciso III, e § 1º, do CPC, a revelar que a decisão judicial que determina a suspensão da execução por falta de bens penhoráveis, ou que determina o arquivamento do processo, forma o termo inicial da prescrição.

indenização, e não da causa do dano propriamente dito. Trata-se, portanto, de condição incerta, e na pendência de condição, não há fluência de prazo prescricional⁴⁶⁷.

Além disso, a interpretação no sentido contrário exigiria que a vítima ajuizasse ações com litisconsórcio passivo eventual, além de obrigar as pessoas com deficiência a ocupar o polo passivo de ações indenizatórias, quando, pela regra geral, a responsabilidade primária é dos guardiães. O lesado tem o direito de manejar a ação exclusivamente contra os guardiães, e a responsabilidade do incapaz somente nascerá na deficiência patrimonial daqueles, motivo pelo qual, antes dessa circunstância, não havia ação propriamente dita contra o lesante. O prazo prescricional contra si tem início somente com a causa de sua responsabilidade, ou seja, a deficiência patrimonial do vigilante, e não desde o evento que gerou o dano.

Em síntese, a responsabilidade do incapaz dá-se por fundamentos de equidade e solidariedade social, de forma subsidiária, exigindo-se, inicialmente, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, uma ficção de que pode atuar com discernimento, afastando a indenização nos casos em que esta não prevaleceria a pessoa imputável, o que, como regra geral, deve ser comprovado pela vítima, para, num segundo momento, em uma imputação objetiva, permitir a sua responsabilização. Por sua vez, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, como a responsabilidade por dano do animal, essa ficção é dispensada, e permite-se a responsabilidade primária do guardião, e subsidiária do incapaz, mesmo sem culpa, mas de forma equitativa. Já na responsabilidade contratual, não há incidência do artigo 928 do Código Civil, de modo que o patrimônio do incapaz responde diretamente pelo contrato.

Finalmente, a vítima pode optar por ajuizar a ação em face do guardião e/ou do incapaz, pois o litisconsórcio é facultativo e simples, e, se decidir por postular contra ambos, será realizado em litisconsórcio alternativo, qualificado pela eventualidade. Se a vítima optar por ajuizar a ação somente em face do guardião, não lhe será facultado incluir a pessoa com deficiência na fase executiva, e a prescrição em desfavor desta somente começará a fluir a partir da insuficiência patrimonial dos guardiães, e não desde o evento danoso.

2.5 Hipóteses de responsabilidade e irresponsabilidade do curador

Conforme já abordado neste capítulo, a responsabilidade do incapaz é subsidiária, somente incidindo caso o responsável não tenha o dever de indenizar, ou se o seu patrimônio

⁴⁶⁷ “Se, então, uma obrigação estiver limitada por uma condição ou prazo, a prescrição somente se inicia quando a condição for cumprida ou o prazo expirado.” (SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 215).

não foi suficiente. Assim, a regra geral é a responsabilidade objetiva do guardião por fato de terceiro.

Essa responsabilidade objetiva por fato de terceiro dos pais, curadores e tutores somente é aplicada quando o ato ilícito do vigiado atinge terceiros. Quando o lesado é o próprio vigiado, não é aplicada a responsabilidade objetiva, mas sim a responsabilidade subjetiva decorrente da culpa do vigilante, que não impediu com que o incapaz sofresse o dano, razão pela qual será essencial que o incapaz comprove a culpa de seu guardião⁴⁶⁸.

Nesse campo de danos causados ao próprio incapaz, também é importante pontuar a viabilidade de indenização do curador ao incapaz, por danos gerados culposamente a este, como na educação violenta, na supervisão excessiva além dos poderes fixados na sentença que instituiu a curatela, bem como em novas modalidades de danos, entre os quais, por sua atualidade e relação ao tema em comento, seria possível citar a publicação excessiva e imprudente de dados do incapaz na rede social, em especial quando este é criança ou adolescente, o que é conhecido como *sharenting*⁴⁶⁹.

A responsabilidade civil do curador é regulada pelo artigo 932, inciso II, do Código Civil, que, por sua vez, remete ao inciso I deste artigo, que prevê a responsabilidade objetiva dos pais pelos filhos menores, exigindo para tanto que os menores estejam sob sua autoridade e em sua companhia. Portanto, somente haverá responsabilidade do curador caso o curatelado esteja “sob sua autoridade e em sua companhia”.

⁴⁶⁸ Nesse sentido: ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Trad. por Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935. t. 2, v. 2, p. 681-682; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos, ...). Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 200-201; e VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 253-254. Em sentido contrário, indicando que seria viável utilizar-se do recurso da culpa presumida ao guardião no caso de danos causados por menores a si mesmos: “E quanto à presunção de culpa, nos casos de dano a si mesmo ou ao menor? Não é impossível. A jurisprudência dos Tribunais franceses registram casos de sua aplicação: a) o diretor da escola esqueceu de prevenir os pais ou parentes da doença de um dos colegas (Paris, 10.05.1898); b) o professor de química deixou no chão pedaços de fósforos com os quais um dos menores se queima (DOUAI, 13/01/1896).” (GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 122-123).

⁴⁶⁹ A respeito do tema: MARUM, Mariana Garcia Duarte. *O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting: podem os pais serem responsabilizados civilmente à luz do Direito Civil português?* Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. p. 111-123; e STEINBERG, Stacey B. *Sharenting: children’s privacy in the age of social media*. *Emory Law Journal*, v. 66, 2017. p. 839-884. Ainda que tal tema seja estudado principalmente na perspectiva do relacionamento entre pais e menores, não são raros os casos de superexposição de deficientes mentais nas redes sociais, por vezes por sua própria iniciativa, havendo ampla visualização, por exemplo, de vídeos de pacientes com a “Síndrome de Tourette”. Em tais casos, será necessário diferenciar a exposição desejada e positiva, dando publicidade à condição e fortalecendo a identidade da pessoa com deficiência, da superexposição não desejada, realizada pelo interesse do curador, seja monetário, seja de sua própria projeção, quando, nesse segundo caso, além da tutela inibitória, será possível postular indenização em razão dessa exposição em contrariedade à vontade conhecida do incapaz.

O termo autoridade foi cunhado mirando-se para a condição de pai e de tutor, já que o menor ocupa estado de sujeição em relação ao poder familiar⁴⁷⁰, sendo certo que o artigo 1.630 do Código Civil inclusive utiliza-se do verbo “sujeito”. Desse modo, não se molda adequadamente à figura de curador, mormente diante do novo perfil de curatela, sendo certo que aquele exerce uma noção de apoio, e não exatamente de autoridade.

De todo modo, referida expressão vem sendo interpretada como matéria de direito, consistente na existência do poder familiar, ou da fixação da tutela ou curatela⁴⁷¹. Assim, a exigência da autoridade do mencionado artigo pretende afastar a indenização daquele pai sujeito à suspensão ou perda do poder familiar, bem como nos casos de cessação da tutela ou curatela, seja pelo decurso de prazo, seja pela remoção, seja pela maioria ou cessação da incapacidade.

Por sua vez, observados os novos perfis de curatela, a noção de “sob sua autoridade” assume novos contornos, visto que o curador não mais exercerá qualquer medida de apoio nas relações não especificadas na sentença de interdição. Se o curador exercer exclusivamente funções patrimoniais, como designa o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a autoridade do curador não incidirá em outros âmbitos, em que vigorará a plena capacidade, liberdade⁴⁷² e autonomia do curatelado. De outro lado, havendo uma curatela mais incisiva na

⁴⁷⁰ O estado de sujeição do menor era mais vigoroso na ótica oitocentista, influenciada pelo Direito romano, na qual utilizava-se a expressão “pátrio poder” para designar uma posição jurídica muito fortalecida do genitor, que era o condutor do grupo familiar, tendo intensos direitos em relação aos filhos: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 6, p. 313. Contudo, com a evolução histórica e a aquisição de direitos pelas mulheres, além da igualdade entre os filhos e uma visão protetiva em relação a estes, a substituição do termo por “poder familiar” resulta uma outra lógica, na qual o poder é visto como um *munus* (ou um direito-função ou poder-dever), configurando, em realidade, uma série de deveres destinados para a proteção dos filhos menores (visão paidocêntrica): “De fato, o vocábulo grego *paidós* justamente se coaduna com a criança e seu desenvolvimento ocupando papel central, com o consequente deslocamento do paradigma de outrora, escudado em efetivo adultocentrismo.” (MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). *Direitos da Personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri: Manole, 2019. p. 426). Em síntese, aludido “poder familiar” pode ser definido como “conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 564). Há, ainda, aqueles que vão além, reduzindo mais aquele estado de sujeição dos filhos, incluindo a noção de poder familiar na ótica da família democrática: “[...] poder familiar, conceituado como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”. (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5, p. 484)

⁴⁷¹ “O termo *autoridade* previsto em lei significa que o filho está sob o poder familiar de seu pai, que o pupilo está sob a tutela e o curatelado, sob a curatela. Autoridade, portanto, não é matéria de fato, mas, sim, de direito” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 162).

⁴⁷² Nelson Rosenvald afirma que a “responsabilidade é o reverso da liberdade” (ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. *Revista do IBERC*, v. 1, n. 1, p. 01-43, nov.-fev./2019. p. 2), no que foi seguido por Raquel Bellini de Oliveira Salles ao dizer que a “responsabilidade é o reverso da liberdade; pressupõe, reafirma

sentença, com obrigação do curador de realizar efetivo cuidado, inclusive existencial, em circunstâncias que se aproximariam de uma guarda, daí também nesse aspecto a autoridade do curador projetará efeitos, razão pela qual ele será responsável em caso de desvio de conduta do interdito.

Nesse segundo caso, havendo amplos poderes ao curador na sentença de interdição, a responsabilidade dele é mais extensa, e ele será responsável pelos danos extracontratuais causados pelo incapaz, já que do guardião é exigida uma vigilância mais intensa.

Nessa toada, há de se diferenciar os casos de responsabilidade dos pais e tutores, cuja autoridade é integral, sobre todos os aspectos da vida da criança e do adolescente, fruto do poder familiar, que é equiparado ao tutor, conforme artigo 1.740, inciso III, do Código Civil, dos casos de curatela aos relativamente incapazes, hipótese em que a autoridade é restrita a determinados atos, especificados na sentença que instituiu a curatela.

Dessa forma, a responsabilidade do curador somente persiste no seu âmbito de atuação, ou seja, nos limites do seu poder-dever⁴⁷³, fixados de forma excepcional sobre a autonomia do curatelado, nos estritos termos em que conferidos pelo juiz. Logo, ao curador há uma responsabilidade objetiva, lastreada no risco-cuidado, também chamado de risco-dependência, no âmbito específico de sua atuação, não assumindo este a responsabilidade por atos cometidos pelo incapaz alheios às suas funções.

e reforça a autonomia” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista do IBERC*, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan.-abr./2021. p. 4). Contudo, liberdade e responsabilidade caminham lado a lado, sendo certo que uma ação verdadeiramente livre é responsável, tanto em relação ao sopesamento dos motivos que levaram à ação, quanto aos limites do ato, que devem respeitar os direitos alheios. Dessa forma, defende-se que somente haverá liberdade com responsabilidade, sendo certo que liberdade sem responsabilidade configura, em realidade, abuso de direito.

⁴⁷³ Chamada de direito-dever ou *potestà* no Direito italiano: “*Poder jurídico (potestà) como direito-dever* – Uma situação híbrida que não pode ser reconduzida às situações subjetivas tradicionalmente definidas ativas e passivas é a *potestà*. A *potestà* dos pais (pátrio poder) (art. 315 ss Cód. Civ.), a tutela (arts. 357 s., 360 ss., 419, §3, 424 ss. Cód. Civ.), a curatela (arts: 48, 334, § 2, 392, 419, § 3, 424 ss., 486, § 2, 528 ss Cód. Civ.) [...] configuram situações denominadas *potestà*. Esta constitui um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever: como fundamento de atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los. O exercício da *potestà* não é livre, arbitrário, mas necessário no interesse de outrem ou, mais especificamente, no interesse de um terceiro ou da coletividade.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Trad. por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 129). No mesmo sentido: LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Trad. por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 276. Acerca da expressão poder-dever em relação ao poder familiar: NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5, p. 385-388; REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 184; e TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil: direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 298.

É bem verdade que no sistema clássico da curatela, desenhado pelo Código Civil de 1916, e de certa forma adotado pelo código de 2002⁴⁷⁴, o curador tinha amplos poderes, formando a chamada *cura persona*, abordada no capítulo anterior, de modo que sua autoridade era ampla, incidindo em todos os aspectos da liberdade do incapaz, razão pela qual essa limitação “sob sua autoridade” do artigo 932, incisos II c/c I, do Código Civil não trazia maiores dificuldades. Havendo a interdição da pessoa com deficiência mental, o curador assumia o papel de administrador dos bens do curatelado, bem como tinha o dever de cuidar da pessoa do interdito, conforme artigos 1.781 c/c 1.740, inciso III, do Código Civil, a revelar que todos os danos gerados pelo incapaz, por sua culpa, na avaliação ficcional indicada no item anterior, seriam arcados objetivamente pelo curador, independentemente da diligência de sua atuação.

Contudo, a situação apresentou outro panorama após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando se formou uma cultura jurídica de limitar os poderes do curador na sentença de interdição, inclusive havendo a restrição de sua atuação somente para situações patrimoniais, conforme prevê o artigo 85 daquele estatuto.

Nesses casos, o exercício da curatela será muito semelhante ao do pródigo, já que caberá ao curador exclusivamente administrar o patrimônio do incapaz, assistindo-o nos negócios jurídicos. Em tais hipóteses, não será possível atrair a responsabilidade civil do curador por atos cometidos pelo incapaz alheios às circunstâncias patrimoniais, como acidentes de trânsito, agressões a pessoas ou coisas, bem como por ofensas proferidas pelo incapaz, dado que os atos são absolutamente alheios às condutas do curador, inexistindo autoridade deste sobre o incapaz⁴⁷⁵.

Em relação ao pródigo, a doutrina já havia se consolidado na sua plena responsabilidade por atos extracontratuais, pois alheios à interdição, sendo certo que a sua posição jurídica inclusive foi invocada como motivo para a rejeição do Projeto de Lei

⁴⁷⁴ O Código Civil de 2002, em sua redação original, no artigo 1.772, previa que o juiz assinará os limites da curatela, que poderia ser idêntica à curatela do pródigo. Ocorre que, na prática, poucas eram as sentenças de interdição que utilizavam desse recurso, prevalecendo a curatela ampla, envolvendo os cuidados com a pessoa do interdito. Nesse sentido: “Mesmo após a regra instituída no agora revogado art. 1.772 da versão original do CC/2002, que estabelecia como regra a chamada curatela parcial, determinando que o juiz se pronunciasse a respeito dos limites da curatela de acordo ‘o estado ou o desenvolvimento mental do interdito’, que após redação dada pelo EPD, se tornou ‘potencialidades da pessoa’, na prática forense pouco se alterou, sendo a curatela total estabelecida na maioria esmagadora dos casos judiciais. A indiferença pela avaliação cuidadosa e individual das habilidades e potencialidade da pessoa curatelanda, com base em exames periciais padronizados, descortinou a banalização da curatela total, olvidando-se, não raras vezes, dos interesses do próprio curatelado.” (ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 201-202).

⁴⁷⁵ Nesse sentido, é o Enunciado 662 da IX Jornada de Direito Civil do CJF: “A responsabilidade civil indireta do curador pelos danos causados pelo curatelado está adstrita ao âmbito de incidência da curatela tal qual fixado na sentença de interdição, considerando o art. 85, caput e § 1º, da Lei n. 13.146/2015”.

6.960/2002 do deputado Ricardo Fiuza⁴⁷⁶, que pretendia retirar a locução “se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo”⁴⁷⁷. Mesmo antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o curador não seria responsável pelo ilícito extracontratual do pródigo, a revelar que permanecia necessário manter a citada previsão legal, existente no artigo 928 do Código Civil.

Dessa forma, não é possível imputar ao curador uma responsabilidade que escapa dos limites de sua atuação⁴⁷⁸. Se o juiz, na sentença de interdição, fixou que o interdito tinha plena autonomia para os atos extracontratuais, isso quer dizer que não estará nas funções do curador empregar cuidados quanto aos relacionamentos do incapaz, sua medicação, moradia, educação e cuidados pessoais. Nesses campos, prevalecerá a liberdade ampla e a plena capacidade do interdito, afastando por completo a atuação do curador.

Em outras palavras, sem o dever de vigilância do curador, não há que se falar em ato ilícito e em nexo de imputação, de sorte que não há qualquer responsabilidade do curador por fatos cometidos fora dos limites de sua atuação. Danos decorrentes da ação do incapaz que escapam dos limites da fiscalização e cuidado do curador não podem ser imputados a este, por inexistir nexo com a atividade por ele empregada.

Nesses casos, o dano partiu da conduta de pessoa capaz, com ampla autonomia para o exercício daquela ação, independentemente do cuidado e atenção do curador. Não pode o curador responder por atos do incapaz que se inserem em sua autonomia e liberdade, sem qualquer relação com a atividade daquele, sendo certo que o exercício da curatela é limitado pela lei, e pela sentença de interdição.

Portanto, extrai-se que a sistemática inclusiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência gera um bônus à sociedade, pelo maior convívio com pessoas com deficiência, em pleno ambiente de inclusão; mas pode gerar um ônus à vítima, que será impossibilitada de

⁴⁷⁶ O projeto foi proposto em 12/06/2002, mas foi arquivado em 31/01/2007, conforme informações disponíveis em: BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. *PL 6960/2002*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em: 17 set. 2021.

⁴⁷⁷ “E se assim é, ineficaz a primeira parte do citado art. 928 (responde o incapaz se o seu tutor ou curador não tiver obrigação de fazê-lo). Como se disse, não existe, mais, como existia no Código anterior, situação em que o representante não tem obrigação de responder pelos atos lesivos do menor.” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 65). Na mesma direção: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

⁴⁷⁸ “Assumindo o curador a guarda, por força da sentença constitutiva da curatela, faz sentido a atribuição ao mesmo de uma responsabilidade total pelos atos do curatelado, pois aí sim assume ele um papel de garantidor, por força de lei, perante terceiros. Por outro lado, não havendo a assunção da guarda, a responsabilidade do curador por danos causados pelo curatelado a terceiros necessariamente deverá ser analisada em cada caso e estabelecida somente se tais danos resultarem de atos praticados ou que deveriam ser praticados com a intervenção do curador.” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão*. *Revista do IBERC*, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan.-abr./2021. p. 14).

responsabilizar os curadores, já que sua atividade de vigilância foi restringida de forma relevante pela legislação.

Em síntese, não haverá a responsabilidade do curador caso o dano gerado pelo incapaz tenha sido consequência de ato em que este tenha plena liberdade, alheio aos limites de atuação do curador fixados na sentença de interdição⁴⁷⁹. Nesse caso, prevalecerá a responsabilidade do incapaz, observado o quarto grupo de casos delimitado no item 2 desse capítulo.

O curador também não responde se estava absolutamente privado do exercício do encargo, por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, uma causa externa com características de força maior⁴⁸⁰. É o caso do curador que se torna incapaz, como na ocorrência de um acidente de trânsito que o deixa em coma. Nesse caso, é evidente que o curador não tinha qualquer condição de exercer sua autoridade, de modo que, antes mesmo da decisão que o exonera das suas funções por incapacidade, não deve o curador responder por atos do incapaz, dado que o responsável não tinha qualquer condição de exercer o encargo.

Em suma, em relação à exigência “sob sua autoridade”, prevista no artigo 932, inciso I, do Código Civil, aplicável aos curadores por força do inciso II desse mesmo artigo, interpreta-se como uma condição de direito, decorrente da sentença de interdição, cabendo ao intérprete avaliar os limites da curatela, pois o curador somente terá autoridade em relação ao incapaz, bem como o dever de tê-lo em sua companhia, naquelas interdições mais incisivas, em que o juiz confere ao curador o dever de cuidados pessoais (*cura persona*), em uma espécie de guarda autorizada pelo artigo 1.590 do Código Civil, o que é comumente aplicado aos casos de incapacidade absoluta fática, e que assim deveria ter sido declarada, fruto da inconstitucionalidade promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e abordada no capítulo anterior. Logo, se a sentença de interdição aplicou uma curatela exclusivamente

⁴⁷⁹ “Se a pessoa com deficiência sob curatela torna-se relativamente incapaz, sofrendo restrição mínima e pontual na sua autonomia, e se é justamente essa restrição que determina a medida dos poderes do curador, sua responsabilidade deve também ser estabelecida pelo mesmo critério, vale dizer, de acordo com os poderes que lhe são expressamente conferidos na sentença de interdição. Dessa forma, todos os danos decorrentes de atos praticados pelo curatelado no espectro de sua autonomia e capacidade – atos esses não compreendidos, portanto, pelos efeitos da curatela – vinculam o seu patrimônio e deverão ser por ele mesmo suportados, afastando-se a responsabilidade do curador.” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 146).

⁴⁸⁰ Trata-se de construção jurisprudencial francesa, ao analisar casos de responsabilidade por fato de terceiro: “Até 1977, os tribunais baseiam a responsabilidade parental em uma ‘simples presunção de culpa na educação ou na supervisão (dos filhos)’, permitindo assim que os pais se exonerem, provando que eles não cometeram essa falha. Todavia, uma sentença de 19 de fevereiro de 1997 subverteu essa interpretação e reconheceu que os parágrafos 4 e 7 do Artigo 1.384 impuseram aos pais uma responsabilidade absoluta que não poderia ser evitada exceto pela prova de uma causa externa (*cause étrangère*) tendo as características de *force majeure*.” (VINEY, Geneviève. Responsabilidade Civil por Ato Ilícito. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (orgs.). *Introdução ao direito francês*. Trad. por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 296).

patrimonial, formando *cura rei*, não haverá ao curador o dever de vigilância ao incapaz na esfera extracontratual, razão pela qual os danos causados por ele não podem ser impostos ao curador, afastando-se a previsão do artigo 932, inciso II, do Código Civil, e autorizando à vítima buscar diretamente o patrimônio do lesante. Igual solução é aplicável ao curador que for privado de sua autoridade por circunstâncias alheias à sua vontade, aproximando-se da noção de força maior, considerando que, nesse caso, a autoridade se esvaiu pelo evento independente.

Assim, extrai-se que é altamente relevante visualizar os limites da curatela fixados na sentença que a instituiu, pois esta servirá de parâmetro para identificar a responsabilidade objetiva por fato de terceiro do curador, restringindo o âmbito de suas funções, e, em decorrência, de sua responsabilidade. Desse modo, o artigo 932 do Código Civil não forma hipótese de imputação objetiva lastreada exclusivamente na função de curador, mas sim exige autoridade e companhia, razão pela qual tão somente os atos praticados no âmbito de atuação do curador podem ser a ele imputados, excluindo a responsabilidade em relação aos atos para os quais o incapaz tem plena liberdade.

Nessa toada, no silêncio da sentença de interdição em relação aos limites de atuação do curador, a situação será de difícil extração de responsabilidade, razão pela qual a conclusão parcial do capítulo prévio, no sentido de que, havendo poderes de representação ao curador, no silêncio daquela sentença, presume-se o cuidado da pessoa do incapaz, resulta uma responsabilidade fortalecida do curador, de sorte que este responderá objetivamente pelos danos causados por aqueles que são faticamente absolutamente incapazes, decorrência dos poderes de representação, mais intensos. Por sua vez, havendo mera assistência fixada na sentença que instituiu a curatela, presumir-se-á maior autonomia ao incapaz, com restrição da curatela aos atos patrimoniais, o que leva a concluir que o curador não será responsável pelos danos causados na esfera extracontratual.

Ademais, necessário pontuar que aquele curador que exerce poderes superiores aos limites fixados na sentença de interdição, além de realizar ato ilícito, visto que suprimirá a autonomia da pessoa com deficiência, assumirá, por sua vontade, uma efetiva posição de garante, fiscalizando atividades do incapaz para além do seu campo de atuação. Nesses casos, conforme sustentam Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes⁴⁸¹, será viável a responsabilidade do curador, dado que no campo fenomênico ele exercia o papel de vigilante e guardião, razão pela qual havia o efetivo exercício da

⁴⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 146-147.

autoridade, ainda que em desconformidade com os limites fixados naquela sentença, dando prevalência à realidade fática. Nesse caso, haverá a responsabilidade do curador, fruto da guarda de fato empregada, aumentando-se a avaliação da expressão “sob sua autoridade”, para além do seu sentido exclusivamente jurídico.

Em continuação, o segundo requisito para a responsabilidade do curador é que o incapaz esteja em sua companhia. O vocábulo “em companhia” é interpretado numa dimensão fática, mais que jurídica, mas não exclusivamente em relação à presença física do curador no momento do ato danoso. Permanece a noção de companhia do curador responsável pelos cuidados caso este tenha saído para trabalhar e tenha deixado o incapaz sob os cuidados de uma pessoa em que ele confia, como seu cônjuge ou funcionário doméstico⁴⁸². Nesse aspecto, a noção de “em sua companhia” envolve uma relação fática de guarda, de cuidado e vigilância, em potencial, ainda que não exercida efetivamente⁴⁸³. Logo, no caso de *cura persona*, o curador relapso não pode afastar a sua responsabilidade por alegar que o interdito não estava em sua companhia física no momento do dano, considerando que caberia ao curador acompanhar o incapaz e vigiar seus atos.

No caso de pessoa menor de idade, caso os pais tenham se divorciado e haja guarda unilateral a um genitor, nas visitas do outro genitor, aquele assume o dever de cuidado e vigia, com exclusão do dever do guardião, de modo que se afasta a responsabilidade deste, o que é chamado de “traspasso de responsabilidade”⁴⁸⁴. Já na guarda compartilhada, a noção de companhia é avaliada de forma ampla, de modo que ambos os pais serão responsáveis pelos danos causados, ainda que a residência dos menores seja fixa a somente um genitor⁴⁸⁵.

⁴⁸² “A companhia é elemento fático, mais que jurídico. Entretanto, não é meramente fático. Se assim fosse, só seria responsável o pai que estivesse na presença física do filho no momento em que este causou o dano. A companhia não é presença física, e, dessa forma, o pai que viaja a trabalho continua responsável pelos atos de seu filho, pois mantém sua autoridade e companhia.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 163). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 832; e TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 135-154, out.-dez. 2018. p. 144.

⁴⁸³ Admite-se a responsabilidade do pai, e por consequência do curador, ainda que haja fuga do vigiado, diante da responsabilidade objetiva, dado que a vigilância é inerente ao dever de cuidado. Nos sistemas de responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa, seria necessário investigar os motivos da fuga, o que não ocorre nos regimes de responsabilidade objetiva. Acerca do tema: VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 75-78.

⁴⁸⁴ “A doutrina espanhola soluciona o conflito, através da teoria do traspasso da responsabilidade, baseando-se em que o direito de visita transfere a guarda durante o período de tempo em que esta tem lugar. Dessa forma, a responsabilidade traspassa-se com o menor e responde o genitor que tenha consigo o menor no momento em que este cometer o facto danoso.” (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 241).

⁴⁸⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 165-166.

Essas noções podem ser aplicadas para a curatela, já que o artigo 1.775-A do Código Civil permite a curatela a mais de um curador. Se a curatela for fraccionada, cada curador responderá pelo seu campo de atuação, observada a teoria de traspasso de responsabilidade, enquanto, na curatela compartilhada, serão aplicadas normas semelhantes às dos genitores em guarda compartilhada, o que atrai a responsabilidade de todos os curadores que exercem a curatela, de forma solidária, conforme artigo 942, parágrafo único, do Código Civil⁴⁸⁶.

Questão delicada tem relação com a responsabilidade do curador quando o incapaz é entregue aos cuidados de terceiros, como hospitais, escolas⁴⁸⁷ e casas de cuidados de idosos. Nos países que definem a presunção de culpa com cláusula ampla de responsabilidade dos guardiães, ou seja, sem nominar quais são os responsáveis, como Portugal e Alemanha, prevalece a responsabilidade desses guardiães, pois realizavam o dever de vigilância no momento do dano⁴⁸⁸, inexistindo culpa dos genitores, que não poderiam evitar o dano, dado que os cuidados foram entregues a terceiros⁴⁸⁹.

No Direito italiano, há previsão específica de responsabilidade dos educadores (em uma interpretação ampla do vocábulo “*precettori*”⁴⁹⁰) no artigo 2048 daquele Código Civil, com presunção de culpa no período em que o aprendiz está sob sua vigilância, salvo se

⁴⁸⁶ Igual solução poderá ser aplicada caso haja nomeação de pro-curador, ou seja, pessoa responsável pela fiscalização do curador, por aplicação subsidiária da previsão legal do protutor (artigos 1.781 c/c 1.742 do Código Civil). Nesse caso, como responsável pela fiscalização dos curadores, o pro-curador pode ser considerado como responsável solidário pelos danos causados pelo curatelado, já que a deficiência da fiscalização foi tanto do curador, quanto do pro-curador.

⁴⁸⁷ Em âmbito escolar, tem grande repercussão a prática do *bullying*, termo de origem inglesa, que advém de *bully*, que significa valentão ou brigão, havendo conceito legal no artigo 1º, 1 §, da Lei 13.185/2015: “No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas”. A respeito do tema: DINIZ, Maria Helena. “Bullying”: responsabilidade civil por dano moral. *Revista Argumentum*, v. 17, jan.-dez. 2016. p. 17-43.

⁴⁸⁸ “Destarte, a responsabilidade do progenitor manter-se-á, caso permaneça o seu dever de vigilância, mas cessará se a entrega do filho não foi culposa e implicou na impossibilidade de vigilância paterna. Nessa hipótese, presume-se a culpa da pessoa que se encarregou da vigilância do menor.” (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 198). A autora conclui pela responsabilidade primária dos responsáveis pela guarda, após analisar os ordenamentos jurídicos francês, alemão, italiano, espanhol e português. Ademais, constatando a prevalência da responsabilidade dos estabelecimentos educacionais, salvo se provada má educação: GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 119-121.

⁴⁸⁹ São excepcionados dessa regra os cuidados gratuitos de parentes e conhecidos, que vigiarão a criança por mero espírito de generosidade. Acerca do tema: SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. n. LXXI, p. 403-468, 1995. p. 407, nt. 8.

⁴⁹⁰ A jurisprudência italiana ampliou a noção de “*precettori*” para incluir o menor internado para cumprimento de medida de segurança, os responsáveis por colônia de férias, os instrutores esportivos e ainda os instrutores de escolas de condução de veículos: VENCHIARUTTI, Angelo. La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d’arte. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 417.

provarem que não podiam evitar o dano⁴⁹¹. Ocorre que há precedentes jurisprudenciais que cumulam tal responsabilidade à dos genitores, quando há culpa dos pais pela educação (culpa *in educando*), já que se admite essa modalidade de culpa no aludido país⁴⁹²⁻⁴⁹³.

Assim, extraem-se duas principais tendências na legislação estrangeira: a de considerar exclusivamente os estabelecimentos educacionais e de saúde como responsáveis, por serem os encarregados pela vigilância, com exclusão dos pais, que não tinham como evitar o dano; e a posição pela responsabilidade em conjunto, fruto da culpa presumida dos educadores, e da responsabilidade dos pais pela educação, nos casos em que o dano tem relação com este dever.

No Brasil, como visto, emprega-se a responsabilidade objetiva dos genitores e dos curadores, com rol taxativo⁴⁹⁴ de responsabilidade por fato de terceiro no artigo 932 do Código Civil, razão pela qual os critérios moldados pela doutrina estrangeira não se aplicam perfeitamente à normativa pátria. Por sua vez, o artigo 932, inciso IV, do Código Civil prevê a responsabilidade objetiva dos “donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e

⁴⁹¹ No caso de danos em escola pública, há uma tendência de imputar a responsabilidade ao Estado, e não ao professor. Sobre essa tendência no Direito italiano, fruto do artigo 61 da Lei n. 312 de 11 de agosto de 1980: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 69; e VENCHIARUTTI, Angelo. *La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 420-421. Sobre esta tendência no Direito alemão: VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 185-186.

⁴⁹² “À responsabilidade do preceptor pode acrescentar-se uma responsabilidade do próprio menor, capaz de entender e querer, bem como dos pais deste menor com fundamento em culpa *in educando*.” (ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 69). No mesmo sentido: VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 184-185; e VENCHIARUTTI, Angelo. *La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 407-409.

⁴⁹³ Também no ordenamento francês há doutrina que admite a responsabilidade conjunta dos pais e da instituição privada de ensino por culpa na educação: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 35-36.

⁴⁹⁴ A despeito da preponderância pela taxatividade do mencionado rol, o STJ no REsp n. 1074937/MA, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 1/10/2009, *DJe* de 19/10/2009, reconheceu a responsabilidade objetiva da avó paterna, que realizava a guarda fática de menor que gerou danos a terceiro, ainda que a avó não esteja expressamente abrangida no artigo 932, inciso I, do Código Civil. Não foi expressamente tratado no acórdão que o rol seria exemplificativo, sendo certo que considerar avós como responsáveis pelos atos de seus netos faz surgir responsabilidade objetiva por fato de terceiro sem expressa previsão legal, interpretação esta que não é consentânea com o ordenamento jurídico. É possível a responsabilização avoenga, mas por culpa própria ou por outras hipóteses de responsabilidade objetiva (como a decorrente da propriedade do veículo utilizado pelo menor), mas não por aplicação do artigo 932, inciso I, do Código Civil.

educandos”, de modo que instituições de ensino, hospitais psiquiátricos e casas de cuidado poderiam ser incluídos em tal previsão legal⁴⁹⁵.

O artigo 942, parágrafo único, prevê a solidariedade das pessoas descritas no artigo 932 do Código Civil, a revelar que, numa possível primeira perspectiva, os curadores (assim como os pais e tutores) e tais estabelecimentos poderiam ser considerados como responsáveis solidários⁴⁹⁶.

Ocorre que, quando o guardião legal entrega o incapaz para tais estabelecimentos, estes deixam de estar em sua companhia, e passam a ser vigiados e cuidados pelos educadores ou profissionais de saúde, de sorte que não estaria mais presente o requisito “em sua companhia” do artigo 932, incisos I e II, do Código Civil. Nessas circunstâncias, tais estabelecimentos passariam a ser responsáveis objetivamente pelo ilícito, afastando-se a responsabilidade dos curadores⁴⁹⁷, ou dos pais⁴⁹⁸, que são partes ilegítimas para responder por tais danos, ao menos por aplicação da responsabilidade objetiva por fato de terceiro.

⁴⁹⁵ “Há ainda que se considerar a hipótese de a pessoa curatelada estar sob os cuidados de centros de atenção especializados ou residências inclusivas, que, por assumirem a guarda legal, atraem a responsabilidade indireta e objetiva prevista no artigo 932, IV, e 933 do Código Civil, e a responsabilidade subsidiária da pessoa curatelada prevista no artigo 928.” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista do IBERC*, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan.-abr./2021. p. 15).

⁴⁹⁶ Nesse sentido, em relação a ações envolvendo *bullying*: DINIZ, Maria Helena. “Bullying: responsabilidade civil por dano moral. *Revista Argumentum*, v. 17, p. 17-43, jan.-dez. 2016. p. 30-36; e BITENCOURT, Luís Flávio Rangel. *Bullying: qual é a responsabilidade das escolas privadas?* São Paulo: Dialética, 2021. p. 65-68. Em pesquisa junto ao STJ e STF, com o termo “bullying”, não foi encontrado nenhum precedente a respeito. Em pesquisa no site do TJSP com os parâmetros “dano moral”, “bullying” e “genitores”, foram encontrados 151 resultados, dos quais somente 4 reconheceram a ocorrência de *bullying*, com a responsabilidade dos genitores do agressor: TJSP; Apelação Cível 1004604-37.2014.8.26.0344; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2019; Data de Registro: 02/08/2019 (perseguições na escola, e envio de mensagens no período noturno); TJSP; Apelação Cível 1002052-90.2014.8.26.0347; Relator (a): Dimitrios Zarvos Varellis; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Matão – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2018; Data de Registro: 11/04/2018 (agressão realizada em ambiente escolar); TJSP; Apelação Cível 0003468-30.2009.8.26.0495; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Registro – 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 12/08/2014; Data de Registro: 12/08/2014 (adolescentes que circularam manuscrito ofensivo em sala de aula); e TJSP; Apelação Cível 9136878-66.2006.8.26.0000; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André – 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 22/12/2010; Data de Registro: 06/01/2011 (criação de *blog* ofensivo por colega de escola).

⁴⁹⁷ “Com maior intensidade se revelará, sem dúvida, a responsabilidade do curador, quando não tomar providências para internar o interdito em estabelecimento adequado, sendo evidente a necessidade de tal medida. Cessa, entretanto, a sua responsabilidade, providenciada a internação, transferida que fica a quem o interdito tenha sido confiado.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 151). No mesmo sentido: “Se a coabitação falta por culpa dos pais ou do tutor, estes respondem, pois é por culpa deles que falta a coabitação. Mas, se o filho ou tutelado é colocado num instituto idôneo de educação, cessa o requisito (coabitação) da presunção de culpa dos pais ou tutor” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.85, p. 381-444. abr./1959. p. 380).

⁴⁹⁸ Nessa linha, Carlos Roberto Gonçalves colaciona precedentes reconhecendo a ilegitimidade do genitor quando há responsabilidade de vigilância de terceiro, inclusive do empregador. Cabe destacar o seguinte trecho: “Quando o titular da guarda ou o responsável pelo menor é terceiro, a ilegitimidade passiva do pai para

Ainda que adotado o regime da responsabilidade objetiva do curador por fato de terceiro, exige-se que o incapaz esteja sob a sua autoridade e em sua companhia, circunstâncias que são restritivas de incidência dessa responsabilidade objetiva. Nessa toada, no caso de a vigilância ser regularmente exercida por estabelecimento de ensino ou de saúde, afasta-se a responsabilidade objetiva do curador, porque foi excluída a noção de companhia, ínsita a tal modalidade de indenização⁴⁹⁹, de modo que será o estabelecimento de ensino ou de saúde que responderá pelo dano, sendo viável cumular essa responsabilidade solidariamente com o professor ou cuidador. Nessa hipótese, somente será possível a responsabilização cumulativa dos pais ou curadores, caso seja demonstrada culpa, em especial a *in educando*, ou seja, relevante omissão na educação do agressor, de modo que a responsabilidade será subjetiva, e por fato próprio (omissão nesse dever).

Há ainda doutrina⁵⁰⁰ que defende uma terceira causa de exclusão de responsabilidade do curador, dessa vez lastreada no caso fortuito ou força maior⁵⁰¹, a afastar a responsabilidade do guardião, que seria desarrazoada nessas circunstâncias⁵⁰². Essa causa de exclusão mira

ser demandado não pode deixar de ser reconhecida. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que ‘responde solidariamente pelo dano causado por menor a pessoa que, não sendo seu pai, mãe, tutor, tem, como encarregada de sua guarda, a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente, o traz em seu poder ou companhia’ (2^ªT., RE 76.876-MG, j. 16-11-1976, rel. Ministro Leitão de Abreu, DJU, 31-12-1976, p. 11238).” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 146). Na mesma direção: FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986. p. 113-114 e 127-128; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 125; e TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 135-154, out.-dez. 2018. p. 149.

⁴⁹⁹ É possível restringir essa interpretação caso os serviços educacionais sejam prestados no lar do curador, ou em ambiente controlado por este, como no caso deste ser dono da escola respectiva, já que, nesses casos, permaneceria a noção jurídica de “companhia” do guardião. Nesse sentido: VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 190-193. Ademais, prevalece que não há indenização pelos professores universitários, em função de os alunos serem maiores e capazes: LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52.

⁵⁰⁰ ABREU, Celia Barbosa. Aspectos constitucionais da responsabilidade civil do incapaz. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.11, p. 257-277, jan.-jun./2012, p. 263; e SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 177-186.

⁵⁰¹ Há relevante discussão doutrinária acerca dos conceitos de caso fortuito e força maior, havendo ao menos seis teorias diversas para sua distinção: MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4, p. 373-373; e MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 131-136. Contudo, como o legislador tratou esses fatores como sinônimos, e observando que os conceitos são funcionais, empregados para determinado objetivo desenhado pela norma, e não um fim em si mesmo, desnecessário aprofundar em suas diferenças, bastando o conceito legal do artigo 393 do Código Civil, ou seja, o “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial, direito das obrigações (relações jurídicas obrigacionais, transferência de créditos)*. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 23, p. 158-159.

⁵⁰² “A responsabilidade imputada de forma inadequada, desnecessária ou que, de qualquer modo, revele-se arbitrária, caprichosa ou irracional, não merece a chancela jurídica, violando a um só tempo o Estado de

efetivamente a conduta do guardião, e não a conduta do incapaz causador do dano⁵⁰³. Nessa visão, o julgador deveria investigar se o guardião não tinha elementos para evitar o dano, quando a responsabilidade estaria afastada, como no caso do curador que, por culpa da fábrica de medicamentos, deu placebo ao incapaz, e diante da ineficácia do fármaco, o incapaz tem um surto psicótico e gera danos a terceiros; e o caso do genitor que trancou a chave do carro na gaveta de sua residência, que foi arrombada pelo menor, e, em posse do carro, causou o acidente. Portanto, seria possível uma terceira hipótese de afastamento da responsabilidade do curador, quando o dano ocorreu em razão de fato que interrompeu o nexo causal, hipótese em que permaneceria a responsabilidade subsidiária do incapaz. Nessa visão, há uma dupla investigação de nexo causal: entre o dano e a conduta do incapaz; e entre o dano e a supervisão do guardião.

Em sentido oposto a essa visão, lastreados nos ensinamentos da doutrina que diferencia o nexo de causalidade do nexo de imputação⁵⁰⁴, seria possível considerar a responsabilidade por fato de terceiro como causa legal de responsabilidade, independentemente do nexo causal⁵⁰⁵. Em outras palavras, a responsabilidade do curador decorre de opção legislativa, inexistindo apuração de nexo de causalidade com a sua conduta de supervisão. Logo, haveria a apuração do nexo causal em fase única, entre o ato do incapaz

Direito, a segurança jurídica, a propriedade, o devido processo e a legalidade em sua dimensão substancial, bem como os já mencionados ditames da proporcionalidade e da razoabilidade.” (DAVID, Tiago Bitencourt de. Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 87-104, out.-dez. 2018. p. 95).

⁵⁰³ A avaliação da conduta do incapaz é objeto da segunda fase de análise sucessiva supramencionada, ou seja, na avaliação da conduta do incapaz e sua confrontação ao padrão de conduta esperado da sociedade (bom pai de família ou *reasonable man*). Nessa hipótese, o caso fortuito ou a força maior têm ampla relevância, pois afastariam o nexo causal com a conduta do incapaz, motivo pelo qual a responsabilidade subsidiária deste, e dos próprios guardiães, seria afastada, já que o dano não decorreu da ação do incapaz, mas sim do fato necessário que não era possível evitar ou impedir, como no caso de o dano ser causado por um evento da natureza, e não pela ação do incapaz. Logo, o dano teria como causa a força maior, e não a conduta do incapaz, inexistindo controvérsia doutrinária sobre o fato de que a ausência de nexo causal impede por completo a indenização, seja por parte daquele, seja de seu curador.

⁵⁰⁴ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 329-330; GODOY, Claudio Luiz Bueno. Responsabilidade civil pelo risco da atividade e nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um Colóquio Brasil-Portugal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 1, n. 1, 2015. p. 21-43; e MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2, p. 196-197.

⁵⁰⁵ “Outro exemplo flagrante de imputação desconectada do nexo causal, presente no Código Civil atual e remanescente do anterior, é a responsabilidade pelo fato de terceiro (art. 932).” (PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, a. 3, p. 185-206, abr.-jun./2016. p. 188). No mesmo sentido: DAVID, Tiago Bitencourt de. Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 87-104, out.-dez. 2018. p. 93; e SOUZA, Wagner Mota Alves de. Effusum et Deiectum: Entre a Causalidade e a Imputação. *Migalhas*, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330738/effusum-et-deiectum-entre-a-causalidade-e-a-imputacao>. Acesso em: 19 abr. 2022.

e o dano, inexistindo investigação de nexos de causalidade entre o guardião e o dano, já que a responsabilidade seria realizada por uma imputação legal.

Referida visão fortalece a responsabilidade do curador e nega a terceira hipótese de exclusão de responsabilidade supramencionada. O limite da responsabilidade do curador seria filtrado tão somente pelas hipóteses legais: autoridade ou companhia. Desse modo, em qualquer hipótese em que haja autoridade e companhia, ainda que o dano seja absolutamente imprevisível e inevitável, como um surto psicótico decorrente do placebo, ainda assim há responsabilidade do guardião, pois não há averiguação de nexos causal da conduta de supervisão, mas tão somente nexos de imputação.

Além disso, cabe também pontuar que nos casos do placebo e do arrombamento da gaveta, supramencionados, o que acaba sendo avaliada é a qualidade da supervisão ou do cuidado, e não a viabilidade de seu exercício. Como dito, na absoluta inviabilidade do exercício do dever de cuidado, como no coma do curador ou no seu sequestro por terceiros, há causa externa com características de força maior, o que afasta por completo a autoridade do curador, impedindo a sua responsabilidade. Referida causa externa (coma ou sequestro) atinge diretamente o filtro da responsabilidade do curador, consubstanciado na autoridade, impedindo a sua responsabilidade. Já nas hipóteses em lume, a supervisão era possível, havendo autoridade e companhia, de modo que é irrelevante apurar a qualidade da supervisão.

É importante enfatizar que tais filtros, da autoridade e companhia, não são exigidos para outras modalidades de responsabilidade por fatos de terceiros, como no caso do empregador pelos atos de seus prepostos. Nesses casos, ainda que o empregador esteja em coma, os atos praticados por seus prepostos podem a ele ser imputados, por opção legislativa que previu nexos de imputação lastreado no risco. A única hipótese aventada pela doutrina para afastar a responsabilidade do patrão é a ação do preposto alheia às suas funções⁵⁰⁶, não tendo sido localizados escritos que afastariam a responsabilidade do patrão na impossibilidade de supervisão por causa externa.

⁵⁰⁶ Trata-se de interpretação da expressão “no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”, constante do inciso III do artigo 932 do Código Civil, com redação semelhante ao artigo 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916. A respeito do tema “[...] o comitente pode eximir-se da responsabilidade do dano ocasionado pelo preposto, demonstrando ter este agido fora do âmbito jurídico da relação de dependência, isto é, fora das suas funções, assim também o proprietário pode afastar de si a responsabilidade do dano ocasionado pelo condutor, demonstrando que a circulação do veículo se verificou contra a sua vontade” (LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 129). No mesmo sentido: PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro – dever de indenizar dos pais e dos patrões. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito de obrigações e direito negocial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 599-600; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 833-835.

Por opção legislativa, mesmo que o curador empregue cuidado extraordinário e superior à média, com zelo excepcional, ainda assim responderá pelos danos causados pelas pessoas sob seus cuidados, fruto do risco-cuidado, ou risco-dependência, de modo que não é possível afastar a responsabilidade nesses casos, já que a responsabilidade é objetiva⁵⁰⁷. Permitir a avaliação da previsibilidade do dano e a possibilidade de evitá-lo no processo indenizatório configuraria uma maior dificuldade na responsabilização em favor da vítima, circunstância que foi afastada pelo legislador ao optar pelo sistema de responsabilidade objetiva, substituindo o sistema da culpa⁵⁰⁸.

Em síntese, em relação à figura do curador⁵⁰⁹, foram abordadas as principais causas de exclusão de sua responsabilidade, quais sejam, não ter autoridade sobre o incapaz, seja no caso da prodigalidade, seja pela fixação dos limites da curatela na sentença de interdição, seja por causa externa que impeça absolutamente o exercício do encargo; ou o curador não estar em companhia do incapaz, nos casos de curatela fracionada, e nos casos em que o dever de vigilância foi legitimamente conferido a terceiros, tendo estes a responsabilidade pelo evento danoso, com exclusão da responsabilidade do curador; cabendo ainda citar o posicionamento daqueles que admitem a exclusão de responsabilidade do curador, quando não lhe seria possível evitar o dano⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ “O Código Civil de 2002, ao contrário do de 1916, que simplesmente presumia a culpa dos pais, deduzindo-a do dever de vigilância, instituiu expressamente a sua responsabilidade objetiva (art. 933). Não lhe bastaria, pois, a alegação de que tomaram as cautelas normais, e que o filho traiu a sua vigilância para que se exima do dever legal. Sua obrigação é ressarcir o dano causado pela culpa do filho menor. E somente se livra forro provando a juridicidade do comportamento do filho.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3, p. 557).

⁵⁰⁸ Para os sistemas que adotam a culpa presumida, a indenização seria afastada se comprovado que o vigilante cumpriu o seu dever, porque o guardião não poderia evitar o dano, inserindo tal investigação na culpa *in vigilando* do guardião: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 227-255; VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 119-140; e VENCHIARUTTI, Angelo. La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d’arte. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 432-438. Em síntese, a avaliação da previsibilidade do dano no ordenamento jurídico brasileiro seria empregar hipóteses de exclusão da culpa presumida, o que é incompatível com o sistema pátrio de responsabilidade objetiva.

⁵⁰⁹ No caso da responsabilidade dos genitores por filhos menores, que escapa dos limites deste trabalho, há ainda a emancipação como causa de exclusão da responsabilidade civil objetiva por fato de terceiro, observada a tendência de reconhecer o genitor como responsável solidário, conforme o Enunciado 41 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil”, que foi revogado pela IX Jornada de Direito Civil. Sobre o tema: SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 171-177. Abordando a emancipação no Direito italiano, francês e português: SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.85, p. 381-444. abr./1959. p. 393-395.

⁵¹⁰ Há também a viabilidade de adotar a relevância negativa da causa virtual, ou seja, na hipótese fática em que o dano acorreria de todo modo. Contudo, em tal caso, a responsabilidade total seria afastada, seja a do incapaz, seja a do guardião, atingindo o próprio nexos causal (ou o dano), de sorte que tal circunstância melhor se

Cabe também pontuar que o afastamento da incidência do artigo 932 do Código Civil não resulta, necessariamente, a irresponsabilidade do curador. O que é afastada, nesses casos, é a responsabilidade objetiva por fato de terceiro, motivo pelo qual remanesce, ao curador, a possibilidade de ser responsabilizado subjetivamente, por ato próprio, o que deverá ser comprovado pelo lesado. Por exemplo, se o curador tiver atuação exclusivamente patrimonial, mas tenha compelido, ou mesmo incentivado, o incapaz a praticar o ato ilícito, será viável a sua responsabilidade subjetiva, e, inexistindo reconhecimento da incapacidade incidental, como ambos são causadores do dano, será aplicada a solidariedade do artigo 942 do Código Civil; havendo o reconhecimento da incapacidade, a responsabilidade do lesante é subsidiária e equitativa, o que leva a concluir que, havendo responsável culpado, o seu patrimônio será ativado em primeiro lugar.

É essencial enfatizar que a redação do artigo 928 do Código Civil remete a “pessoas por ele responsáveis”, e não somente às pessoas descritas no artigo 932 do Código Civil, ou seja, pais, tutores, curadores, empregadores e estabelecimentos que alberguem por dinheiro, mesmo para fins de educação. Propõe-se uma interpretação ampla da palavra “responsáveis”, para abarcar situações não expressamente previstas no artigo 932 do Código Civil, o que envolveria o caso do curador subjetivamente responsável, quando afastada a responsabilidade objetiva por fato de terceiro. Logo, permanecerá a subsidiariedade do incapaz e a imputação primária do responsável, mesmo em hipóteses alheias ao artigo 932, como, por exemplo, o atendente pessoal, definido no artigo 3º, inciso XII, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial quando assumiu a obrigação de cuidado por ato negocial⁵¹¹.

Referida perspectiva permite a inclusão de situações de responsabilidade por vigilância alheias aos limites do artigo 932 do Código Civil, autorizando a indenização do incapaz somente de forma subsidiária e equitativa, caso essas pessoas não tenham recursos para a indenização, dado que se presume que teriam o dever de indenizar, pois, caso contrário, sequer seriam tidas como “responsáveis”.

enquadra nos próprios requisitos da responsabilidade do incapaz, observado que o tema já foi abordado neste capítulo.

⁵¹¹ Não é incluída, nessa hipótese legal, a função de apoiador na Tomada de Decisão Apoiada, já que aquele apenas fornece elementos e informações necessárias ao apoiado, não sendo, verdadeiramente, pessoa responsável pelos atos deste, sendo certo que o apoiado permanece com a sua capacidade, como visto no item 2 do capítulo anterior. Contudo, isso não impede eventual responsabilização do apoiador quando esse atuar com culpa, seja perante o apoiado, seja diretamente à vítima, como responsável solidário, conforme artigo 942 do Código Civil. Acerca da responsabilidade do apoiador, que é contratual e subjetiva: SAHYOUN, Najla Pinterich; SAHYOUN, Nacoul Badoui. A responsabilidade civil do apoiador na tomada de decisão apoiada. *Revista dos Tribunais*, v. 997, p. 381-393, nov./2018. p. 384-387.

Contudo, vale enfatizar, tão somente às pessoas descritas no artigo 932 do Código Civil será imputada a responsabilidade objetiva por fato de terceiro, conforme artigo 933 do mesmo código. Dessa forma, nos casos de pessoas não especificadas naquele artigo, se não existir outra norma que impute responsabilidade objetiva, prevalecerá a regra geral da responsabilidade subjetiva, com prova da culpa inicialmente à cargo da vítima⁵¹². Assim, tais pessoas serão os responsáveis principais, somente sendo possível atingir o patrimônio do incapaz de forma subsidiária, conforme delimitado no artigo 928 do Código Civil, o que atende ao equilíbrio equitativo desenhado pelo legislador, quando criou a aludida responsabilidade subsidiária e mitigada.

Em suma, foram abordadas as principais causas de exclusão de responsabilidade do curador que integram a expressão “se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo”, primeira hipótese para a responsabilidade subsidiária do incapaz, sendo identificadas três principais circunstâncias: 1. se o curador não tiver autoridade sobre o incapaz, nos atos ilícitos extracontratuais cometidos pelo pródigo, nos atos cometidos pelo incapaz que não estão no âmbito da atuação do curador, ou se o exercício da supervisão esteja impossibilitado por causa externa; 2. se o curador não tiver a companhia do incapaz, no caso da curatela fracionada, ou se a vigilância do incapaz estiver a cargo de terceiros, que assumiram o dever de vigilância, alheio ao controle do curador; 3. nas hipóteses de caso fortuito e força maior em relação ao dever de vigilância do curador, observada a divergência doutrinária sobre a sua incidência no sistema brasileiro. Finalmente, essas hipóteses não impedem o reconhecimento da responsabilidade pessoal do curador, mas dessa vez lastreada na culpa própria, conforme artigo 927 do Código Civil, e não no sistema de responsabilidade objetiva por fato de terceiro do artigo 932 desse código.

2.6 A insuficiência do patrimônio do responsável

Uma vez reconhecida a responsabilidade do curador, ou seja, que existiam no caso as exigências do artigo 932, incisos I e II, do Código Civil, ou que o curador responderia por culpa de sua parte, este será devedor primário, e os atos constrictivos judiciais atingirão o seu patrimônio. Contudo, se tais atos constrictivos forem insuficientes, nasce a responsabilidade subsidiária do incapaz, pelo segundo fundamento do artigo 928 do Código Civil.

⁵¹² Nesse sentido: GARCIA, Filipe Rodrigues. A responsabilidade civil pelos atos dos menores de idade: comentários ao Recurso Especial n. 1.074.937/MA. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, p. 1-36, 2016, p. 12-13. Disponível em: <http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-pelos-atos-dos-menores-de-idade>. Acesso em: 16 jun. 2022.

Dessa forma, a incidência da hipótese de insuficiência patrimonial do curador ou do responsável pressupõe que lhes tenha sido atribuído o dever de pagar a indenização, já que, reconhecido que não estão presentes os requisitos da responsabilidade civil, ou mesmo a obrigação de indenizar por fato de terceiro, não haverá qualquer medida contra o patrimônio do guardião. A hipótese de insuficiência patrimonial é averiguada somente num segundo momento, quando já reconhecido o dever de indenizar pelo vigilante.

Aludida análise patrimonial pode ser realizada na própria sentença, observando-se as provas existentes no momento de sua prolação⁵¹³, como no caso de a vítima postular diretamente a responsabilidade do lesante, comprovando a incapacidade financeira dos guardiães; mas também pode ser apurada na fase de cumprimento de sentença, após realizadas as tentativas de bloqueio patrimonial em nome dos responsáveis principais, segundo a capacidade financeira dos executados no momento das contrições. Portanto, não será apurado o patrimônio do curador no momento do ilícito, mas sim as suas condições financeiras atuais.

Em relação à interpretação da expressão “não dispuserem de meios suficientes” do artigo 928 do Código Civil, três principais métodos de cálculo são possíveis⁵¹⁴. O primeiro, tido como objetivo, leva em consideração a expressão “meios” como sinônimo de bens penhoráveis, excluídos somente aquele patrimônio tido por impenhorável, conforme artigo 833 do Código de Processo Civil, bem como outras previsões em leis esparsas, como a Lei 8.009/1990, que regula o bem de família⁵¹⁵. Dessa forma, não será considerada a integralidade do patrimônio do guardião para permitir a indenização subsidiária do incapaz, mas tão somente os bens penhoráveis, ou seja, são excluídos aqueles bens que integram o patrimônio mínimo do devedor⁵¹⁶.

⁵¹³ “Em relação às condições económicas, o juiz deve considerar como decisivo o momento da sentença. Entretanto, em relação ao grau de desenvolvimento intelectual do agente, deverá ser considerado o momento em que ocorreu o fato danoso.” (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 146).

⁵¹⁴ Critérios delineados por SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 186-192.

⁵¹⁵ Acerca dos conceitos, inclusive no Direito comparado, requisitos e interpretação da proteção legal da impenhorabilidade do bem de família: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família Internacional (necessidade de unificação). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan.-dez. 2007. p. 101-111.

⁵¹⁶ “A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além da mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores.” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1).

Na avaliação desses bens penhoráveis, é viável contabilizar o seguro de responsabilidade civil realizado, dado que, considerando a posição atual do Superior Tribunal de Justiça no sentido da solidariedade da seguradora e viabilidade da vítima atingir diretamente o patrimônio daquela⁵¹⁷, o ofendido será devidamente ressarcido, entendendo-se tal cobertura como parte do patrimônio do responsável, impedindo a responsabilidade subsidiária do causador do dano⁵¹⁸.

Uma segunda interpretação, chamada subjetiva, mais protetiva ao devedor, assegura um patrimônio suficiente para uma vida digna a ele e à sua família, evitando-se uma situação de pobreza extrema, ou de insolvência civil. Dessa forma, o juiz avaliará não somente a indenização e os bens do devedor, mas também a sua situação pessoal, afastando constrições caso seja identificado que a execução causará grave prejuízo à sobrevivência do curador.

Por conseguinte, a aplicação dessas duas teorias resultaria respostas únicas: ou o guardião adimplirá a indenização integral, pois possui patrimônio suficiente, seja pelo padrão objetivo, consistente nos bens penhoráveis, seja no padrão subjetivo, considerando as suas condições pessoais e afastando-se o estado de penúria; ou não pagará a indenização, por não dispor de meios suficientes, quando o incapaz passaria a responder, de forma equitativa.

A vantagem da primeira teoria é a facilidade de identificação do patrimônio, o que confere segurança jurídica e operabilidade ao sistema. Já a vantagem da segunda teoria é melhor amoldar-se às circunstâncias pessoais do devedor, em prol da socialidade e da proteção da dignidade do devedor⁵¹⁹.

Já a terceira solução permite indenização parcial, incidindo no patrimônio do curador até o limite de suas capacidades, e, o restante, ao lesante, se assim recomendar a equidade. Em suma, não haverá resposta única, mas sim parcial: o patrimônio do curador será ativado até o limite de sua capacidade financeira, e, após, caso haja saldo indenizatório, será investigado o

⁵¹⁷ Trata-se da Súmula 537 do E. Superior Tribunal de Justiça: “Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denúncia ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice”. Acerca do tema: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153-154; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 477-478.

⁵¹⁸ Também nesse sentido há precedentes dos tribunais alemães (BGHZ 76, 279; BGH NJE 1958, 1630; BGH NJW 1962, 2201), citados por MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts: a comparative treatise*. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002. p. 711.

⁵¹⁹ Dignidade essa que também é tutelada pelo princípio da economia da execução, descrita no artigo 805 do CPC: “O art. 805 do NCPC dispõe que, ‘quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado’. É fácil compreender o espírito do legislador, sempre preocupado em resguardar o devedor de vexames e sacrifícios desnecessários. Essa orientação pode ser entrevista quando se outorga ao executado o direito de nomear bens à penhora, quando se estabelece a impenhorabilidade de certos bens, quando se veda a penhora inútil etc.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3, p. 502).

patrimônio do incapaz, quando se procederá a uma avaliação equitativa, e, sendo possível e recomendável a indenização, esta incidirá no patrimônio do causador do dano, até o limite fixado pelo julgador, que pode ou não coincidir com a indenização originalmente fixada.

Essa terceira solução convive tanto com o critério objetivo, quanto com o critério subjetivo. Pode o juiz, mirando o patrimônio penhorável do curador, imputar-lhe parcela da indenização, e o restante, após a apuração equitativa, ser direcionado aos bens do lesante. Logo, enquanto as teorias objetivas e subjetivas se preocupam com o critério de identificação do patrimônio mínimo ao devedor, a terceira teoria se preocupa com a viabilidade da repartição da indenização entre o curador e o incapaz.

A factibilidade de incidência parcial no patrimônio do guardião, e do restante no incapaz, atende ao interesse primordial da reparação da vítima, bem como à efetividade da decisão judicial, já que deixa à disposição mais de um devedor para o cumprimento da obrigação, ainda que um deles subsidiariamente. Desse modo, recomendável a adoção desse critério, permitindo atingir o patrimônio do curador na sua máxima extensão, preservando a sua dignidade, para então atingir o lesante, se assim recomendar a equidade.

De outro lado, a despeito da posição preponderante pelo emprego do critério subjetivo⁵²⁰, avaliando as condições pessoais do devedor, parece-nos que citada interpretação concede ao devedor um benefício de proteção patrimonial para além da impenhorabilidade, sem previsão legal, e de forma desigual aos demais executados. A esses executados, como num contrato bancário, ou mesmo em outras modalidades indenizatórias por fatos de terceiros, os limites da execução são pautados no interesse do credor, atingindo o patrimônio do devedor da forma menos gravosa possível, conforme artigo 805 do Código de Processo Civil. Em suma, os parâmetros para o respeito do patrimônio mínimo são delineados pelas causas de impenhorabilidade que são, como regra geral, suficientes para a proteção da dignidade do devedor, de sorte que conferir benefícios adicionais ao executado, sem balizas legais ou critérios claros, resultaria decisionismo, que conferiria a esse o direito de não adimplir a indenização fixada em prol da vítima.

Portanto, defende-se a utilização do critério objetivo, ativando todo o patrimônio penhorável do guardião, ressalvadas as diversas hipóteses legais de impenhorabilidade para a garantia de seu patrimônio mínimo, temperada pela terceira teoria que admite a indenização

⁵²⁰ Nesse sentido, há o Enunciado 39 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.”

parcial, devendo a indenização atingir o máximo possível de seu patrimônio, admitindo-se, caso este seja insuficiente, que o saldo da indenização seja quitado por meio de persecução do patrimônio do incapaz, caso assim recomende a equidade.

2.7 Critérios para a indenização equitativa

O objeto deste item será avaliar a incidência da indenização equitativa, bem como os critérios para a sua fixação. Num primeiro momento, necessário investigar as hipóteses de incidência dessa indenização, ou seja, quando essa técnica jurídica de arbitramento da indenização será empregada.

Conforme já defendido no item 2 deste capítulo, a indenização equitativa foi moldada como hipótese de indenização ao incapaz, ou seja, admite-se, excepcionalmente, que ele arque com a indenização, a despeito de não ter discernimento entre o certo e o errado, de modo que é inviável a imputação moral essencial para a sua responsabilidade. Por outro lado, como permitiu-se o seu sacrifício patrimonial motivado pela solidariedade social e pela dignidade da pessoa humana da vítima, a indenização não será arbitrada nos mesmos moldes daquelas fixadas aos demais cidadãos, numa solução equilibrada do legislador que objetiva tutelar a vítima, mas sem causar relevante prejuízo ao incapaz.

Desse modo, a norma não foi delineada como causa geral de indenização equitativa aos vulneráveis patrimoniais⁵²¹, podendo ser aplicada a toda e qualquer modalidade de dano, mas sim é norma de equilíbrio entre o interesse da vítima e do incapaz, razão pela qual a indenização será fixada integralmente, será reduzida ou dispensada, a depender das circunstâncias pessoais do lesante e do ato ilícito⁵²².

⁵²¹ Em posição contrária, defendendo que há viabilidade de interpretação extensiva do artigo 928, parágrafo único, ou do artigo 944, parágrafo único, para aqueles com vulnerabilidade patrimonial, independentemente de incapacidade ou inimputabilidade: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista do IBERC*, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan.-abr./2021. p. 7-12; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 824. Defendendo a viabilidade dessa interpretação à pessoa com deficiência, ainda que capaz e imputável: 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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 726-728.

⁵²² Essa conclusão também é adotada pela doutrina italiana, que afirma que o conhecimento da capacidade econômica do autor do dano é autorizado de forma excepcional, exigindo leitura restritiva, a revelar que se o juiz não quiser se comportar como legislador, deve reprimir o impulso de seu próprio sentimento. Nesse sentido: CUPIS, Adriano de. Dei fatti illeciti: art 2043-2059. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. *Commentario del codice civile*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1971. v. 4, p. 55.

Em outras palavras, a indenização equitativa prevista no artigo 928 do Código Civil não foi moldada como norma protetiva ao causador do dano, considerando a sua vulnerabilidade, mas sim surgiu como hipótese de indenização ao incapaz, quando pela aplicação geral da culpa dos artigos 186 e 927 desse código seria dispensada. Logo, converter a previsão da indenização equitativa, que tem como objetivo tutelar a vítima⁵²³ e permitir a indenização ao incapaz, em cláusula geral para a proteção de causadores de ilícitos imputáveis corresponde a inversão de valores⁵²⁴, em prejuízo da vítima, que não receberá a indenização integral.

Além disso, a invocação da dignidade da pessoa e do respeito ao patrimônio mínimo deveria se relacionar com a fase de cumprimento de sentença, e não com o valor da indenização, que deve, como regra geral, corresponder exatamente ao valor do dano, nem mais, nem menos⁵²⁵. Um exemplo paradigmático reforça tal tese: se o causador do ilícito era pobre no momento do dano e da sentença, mas ganhe na loteria no decorrer da execução, pela normativa do patrimônio mínimo da fase executiva, a vítima teria o seu dano integralmente indenizado, e o causador do dano ainda teria patrimônio considerável após a penhora. Contudo, se a técnica da equidade foi utilizada para o arbitramento do dano, mesmo que fato superveniente torne o devedor rico, não haverá possibilidade de atingir o seu novo patrimônio, pois o dano já foi arbitrado, a revelar que execução suplementar ofenderia a coisa julgada⁵²⁶.

Utilizar-se da equidade que foi cunhada aos incapazes, como uma cláusula geral de redução de indenização para todo e qualquer vulnerável patrimonial resultaria um sacrifício

⁵²³ “[...] não se duvida que a norma reparadora do artigo 489.º possui natureza especial, tratando-se de um remédio (uma espécie de segunda garantia) destinado a favorecer os lesados, e a comprimir, assim, a esfera do *casum sentit dominus*.” (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 534). No mesmo sentido: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, p. 135-154, out.-dez. 2018. p. 150-151.

⁵²⁴ Mesmo considerando a perspectiva do Direito Civil Constitucional, como corolário da dignidade da pessoa humana, devem ser afastados critérios “[...] próprios do juízo de punição ou de retribuição, isto é, as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa. Tais elementos dizem respeito ao dano causado, e não ao dano sofrido.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 332-333).

⁵²⁵ “Decompondo-se o conteúdo do princípio da reparação integral, podem-se identificar as suas três funções fundamentais: a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação de enriquecimento injustificado do lesado (função indenitória); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora).” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57). Uma das consequências da função compensatória é que o lesado tem direito à reparação do dano sofrido, mas nada além disso. Nesse sentido: STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 113-115.

⁵²⁶ Também defendendo a inviabilidade de indenização suplementar, em respeito à coisa julgada: FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a indenização equitativa por danos causados por incapazes: tendência ou excepcionalidade no sistema da responsabilidade civil no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 93-115, jul./set. 2017. p. 111-112.

excessivo à vítima do evento, ela própria efetivamente vulnerada pelo dano⁵²⁷. Ainda, essa solução atua na contramão da tendência de fortalecimento da posição jurídica da vítima, além de gerar certo incentivo à realização de danos pela parcela mais pobre da população, que teria a indenização reduzida e dispensada, tão somente pela sua condição de vulnerabilidade patrimonial, mesmo com pleno discernimento da ilicitude de sua conduta⁵²⁸.

Cabe pontuar que a indenização equitativa não será aplicada nas hipóteses em que o causador do dano é capaz na seara extracontratual, como no caso do pródigo, ou mesmo na incapacidade relativa com curatela exclusivamente negocial, com preservação de autonomia do interdito. Nessa hipótese, o causador do dano, em realidade, é pessoa capaz nesse ponto, respondendo regularmente pelo sistema do artigo 927 do Código Civil, ou seja, lastreada na culpa, e com indenização fixada com base no dano, conforme princípio da reparação integral⁵²⁹, salvo se houver declaração de incapacidade incidental, conforme anteriormente abordado neste estudo.

Outrossim, dita indenização equitativa não será utilizada caso haja responsável pelo ilícito causado pelo incapaz, e o seu patrimônio seja suficiente para a indenização integral à vítima. A responsabilidade do incapaz é subsidiária e mitigada, de modo que, havendo responsável primário, não será ativada a indenização equitativa, prevalecendo a reparação integral realizada pelo devedor principal.

Dessa forma, duas são as principais hipóteses de exclusão do sistema de indenização equitativa: 1. se havia responsável pelo dano causado pelo incapaz, e o seu patrimônio for

⁵²⁷ “Observe-se, aqui, que embora seja louvável a concepção acima exposta, ela não possui pleno amparo legal, na medida em que pretende ampliar a finalidade protetiva do artigo 928, abrangendo a reserva patrimonial também aos responsáveis pelo incapaz, o que pode restringir desmesuradamente a possibilidade de ressarcimento para a vítima do dano e causando a este um duplice questionamento, na medida em que terá de superar a alegação dos responsáveis acerca da extensão do seu patrimônio e, posteriormente, enfrentar o mesmo argumento por parte do incapaz.” (FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a indenização equitativa por danos causados por incapazes: tendência ou excepcionalidade no sistema da responsabilidade civil no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 93-115, jul./set. 2017. p. 108).

⁵²⁸ Acerca da taxatividade da indenização, conhecida é a situação do cidadão romano Lucius Veratius, (contada por Aelius Gellius, *Attic Nights*, 20.1.1) que, em razão do tabelamento da indenização por danos pessoais em somente 25 asses pela Lei das XII Tábuas, estapeava pessoas que caminhavam pela rua, e seu escravo imediatamente lhe pagava a taxa fixada. Nesse sentido: RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. *American University Law Review*, n. 42, p. 1269-1333, jan./1993. p. 1286. Referida parábola pode também ser utilizada para a dispensa total de indenização por pessoas imputáveis, que poderiam utilizar dessa interpretação como uma cláusula aberta para causar danos, sem qualquer consequência, ou com consequências mitigadas ou reduzidas, com verdadeira malícia própria daqueles que têm discernimento.

⁵²⁹ Da mesma forma, o benefício não é aplicado se a incapacidade é superveniente ao dano, pois, na época do ilícito, o causador tinha pleno discernimento. Nesse sentido: CORSARO, Luigi. *L'imputazione del fatto illecito*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 138-141.

suficiente para a indenização; 2. se o dano for cometido por pessoa com plena autonomia na área extracontratual (*cura rei*), de modo que é capaz no cometimento do ilícito.

Por sua vez, conforme já avaliado neste estudo, a hipótese de incidência da indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil exige a reunião de dois requisitos: 1. dano causado por pessoa incapaz, em situação fática na qual um imputável responderia pela indenização; 2. ativação do patrimônio do incapaz, seja porque não havia pessoa responsável pela vigilância; seja porque esta não tinha o dever de indenizar, nos casos em que não havia autoridade ou companhia, seja, por fim, na insuficiência patrimonial do guardião.

Uma vez reunidos os requisitos de incidência da indenização equitativa, o julgador deve então passar para um segundo momento, consistente no arbitramento da indenização, apreciando os critérios para a extração do valor que será destinado à vítima do evento lesivo.

Inicialmente, é de se indagar se há necessidade de construção de critérios objetivos e genéricos, ou se a autorização legal formou permissão para o juiz decidir conforme os princípios de justiça, como *bonus vir*, como cidadão probo e honesto⁵³⁰. A despeito do importante papel da apreciação humana e razoável na solução dos casos concretos, delegar a fixação da indenização exclusivamente ao arbítrio de terceiro é solução simplista que ignora a necessidade da doutrina de construir critérios que auxiliem o adjudicador no exercício da difícil função de julgar⁵³¹, bem como abre portas para decisionismos indesejados, gerando insegurança jurídica.

Portanto, a autorização legal para o exercício da equidade não corresponde à permissão para arbitramentos desarrazoados e não sistemáticos⁵³², a revelar que é necessária a fixação de balizas mínimas que regulem a atuação judicial, tal qual uma moldura define os limites de um quadro⁵³³.

⁵³⁰ “Vemos que o art. 924, em sua aplicação às hipóteses, repele quaisquer critérios genéricos. Ao invés, o juiz deve recorrer aos princípios de justiça, ou ainda, deve decidir como *bonus vir*, como cidadão honesto e probo. Sua tarefa no caso, é eminentemente individualizadora.” (SILVEIRA, Alípio. *Conceito e função da equidade em face do direito positivo (especialmente no direito civil)*. São Paulo: [s.e.], 1943. p. 220). Também nesse sentido: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 89.

⁵³¹ Acerca das funções exercidas pela doutrina: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 65-106, jan./2010. p. 76.

⁵³² “A construção da regra de equidade não deve ser sentimental ou arbitrária, mas o fruto de uma elaboração científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema e especialmente com os princípios que informam o instituto objeto da decisão.” (FRANÇA, Rubens Limongi. Verbete “Aplicação do direito positivo”. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7, p. 205). Na mesma trilha: ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 52.

⁵³³ A metáfora da moldura é invocada por KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 390-391.

A partir dessa premissa, é necessário identificar quais são os critérios que devem ser observados no arbitramento da indenização equitativa ao incapaz. Importante enfatizar que o ordenamento jurídico prevê duas⁵³⁴⁻⁵³⁵ principais hipóteses de indenização equitativa, a do artigo 944, parágrafo único, e a do artigo 928, parágrafo único, ambas do Código Civil. Contudo, além das hipóteses distintas de incidência, já que o primeiro exige reduzido grau de culpa que tenha gerado um dano desproporcional, os critérios para o arbitramento da indenização também são diversos, razão pela qual o intérprete não deve utilizar, por analogia, os critérios específicos da indenização equitativa do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil para a indenização equitativa ao incapaz.

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil foi moldado para circunstâncias em que o causador do dano agiu com reduzido grau de culpa, mas as consequências foram de grandes proporções. É o caso de uma pessoa que se encosta na vidraça de um prédio, e essa se desprende e cai, matando um chefe de família, em que o causador do dano cometeu simples inadvertência, mas poderá ser condenado ao pagamento de indenização milionária⁵³⁶.

Para melhor entendimento da indenização equitativa desse artigo, pertinente é a repartição da culpa em graus sucessivos: grave, leve e levíssima⁵³⁷. A culpa grosseira é aquele ato cometido de tal modo que o homem mais descuidado teria evitado, de modo que alguns a equiparam ao dolo⁵³⁸. A culpa leve ou ligeira é o ato que poderia ter sido evitado se adotadas

⁵³⁴ Além dessas duas hipóteses, a doutrina ainda identifica as hipóteses dos artigos 953 e 954 do Código Civil. Ocorre que essas previsões de equidade vêm sendo interpretadas de forma preponderante como hipóteses regulares de danos morais, e não de danos materiais presumidos, atraindo a sistemática própria do arbitramento daquela indenização, sem qualquer alteração substancial que recomende a utilização de critérios diferenciados lastreados na equidade integrativa. Nesse sentido: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 79-87.

⁵³⁵ O artigo 945 do Código Civil admite a redução da indenização considerando a concorrência de culpa da vítima para o evento danoso, formando critério de arbitramento da indenização, mas que não envolve claramente avaliação equitativa, razão pela qual tal previsão não foi incluída neste ponto. Ademais, há doutrina que sustenta a atecnia desse artigo ao se referir à culpa, quando o correto seria a relação com o nexa causal, considerando o grau de participação da vítima no evento. Nessa linha: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 341-344. Contudo, a questão não é pacífica, havendo posicionamento doutrinário tanto pela viabilidade da redução por ato do inimputável (inclusive utilizando a indenização equitativa como analogia), quanto pela indenização exclusiva pelo causador, ignorando a conduta do inimputável, por uma visão protecionista e por influência do chamado princípio do tratamento igualitário das culpas, pelo qual a culpa do lesante e daquele que contribuiu para o dano devem ser apreciadas da mesma forma. Acerca do tema: PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 527-559.

⁵³⁶ Exemplo invocado por RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 188.

⁵³⁷ Nessa trilha: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37; e RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880. t. 2, p. 432-435. Mas a tripartição é criticada, havendo doutrina que defenda a exclusão da culpa levíssima, por inexistir parâmetro adequado de comparação e por incentivar a vitimização social: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 107-119.

⁵³⁸ Equiparação decorrente do jurisconsulto Nerva: *latiorem culpam dolum esse*, colacionada por RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880. t. 2, p. 432. Também é

diligências mínimas que seriam empregadas por um homem razoável. E a culpa levíssima é aquela que só poderia ser evitada com um cuidado maior, com uma atenção extraordinária, por uma pessoa diligentíssima, mas ainda assim gera o dever de indenizar, já que mesmo essa modalidade de culpa é suficiente para a responsabilidade aquiliana (brocardo *in lege Aquilia et levissima culpa venit*).

Essa construção teórica clássica tripartite dos graus de culpa, bem como a distinção entre culpa e dolo, foi aos poucos sendo superada pelo Direito Civil brasileiro, seguindo a linha da tradição germânica⁵³⁹, que admitia a indenização em qualquer modalidade, sem distinção do valor da indenização⁵⁴⁰, lastreada unicamente no princípio da reparação integral. Ocorre que, com o artigo 944, parágrafo único, Código Civil de 2002, de inspiração portuguesa e suíça⁵⁴¹, novamente os olhos da doutrina voltaram-se para a pertinência dos graus de culpa, bem como para a abrangência daquele artigo, ou seja, se haveria incidência somente nos casos de culpa levíssima, ou se também atingiria a culpa leve⁵⁴².

realizada equiparação entre culpa grave e dolo pelas Súmulas 229 do STF (“A indenização acidentária não exclui a do direito comum em caso de dolo ou culpa grave do empregador”) e 145 do STJ (“No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”). Contudo, a citada equiparação é criticada, por confundir atos premeditados com ações de boa-fé, o que contraria os ditames da justiça, de modo que a equiparação é excepcional, e somente pode ser realizada pelo legislador. Nesse sentido: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 112-115.

⁵³⁹ VIOLA, Rafael. Indenização equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do Código Civil. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 1, p. 214-248, 2013. p. 226.

⁵⁴⁰ Discute-se sobre a possibilidade da adoção dos danos punitivos no Brasil, fruto da função sancionatória do dano moral. Admitindo investigar a intensidade da culpa como elemento do arbitramento da indenização: CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 144-145; e MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p. 181-207, mar. 2001. p. 204-207. Negando a viabilidade dos danos punitivos no Brasil, já que o artigo 944 do Código Civil apenas admite avaliar o grau de culpa para reduzir a indenização: TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 109-111; e 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. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, p. 3-34, jan.-mar. 2007. p. 17-18.

⁵⁴¹ “Em verdade, o Código Civil de 2002 parece ter se inspirado em seu congênere português de 1966 ou, um pouco mais recuado no tempo, no Código Federal Suíço da Obrigações de 1911.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. O estatuto jurídico do patrimônio mínimo e a mitigação da reparação civil. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 497). Na mesma direção, trazendo a tradução do artigo 44 daquele código suíço: “quando o prejuízo não tenha sido causado nem intencionalmente, nem por efeito de uma grave negligência ou imprudência, e se a sua reparação expuser o devedor a sacrifício, o juiz pode, equitativamente, reduzir as perdas e danos” (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. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, p. 3-34, jan.-mar. 2007. p. 10).

⁵⁴² Em relação à responsabilidade objetiva, também há divergência. De um lado, há aqueles que sustentam a inaplicabilidade da norma à responsabilidade objetiva, fruto da exigência da avaliação dos graus de culpa, o que gerou a redação original do Enunciado 46 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”. Nesse sentido:

Dessa forma, duas principais vertentes doutrinárias se consolidaram acerca da interpretação do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil: aqueles que restringem sua aplicação exclusivamente para a culpa levíssima⁵⁴³; e os defensores da incidência da indenização equitativa também para a culpa leve⁵⁴⁴. Defende-se a prevalência da primeira vertente, dando primazia ao princípio da reparação integral, restringindo a incidência da previsão normativa somente para aqueles casos em que o dano não teria ocorrido se fosse empregada diligência muito superior ao homem razoável.

Além de se exigir culpa levíssima, também é necessária manifesta desproporção entre a conduta e o dano, ou seja, o prejuízo deve ser de alta magnitude, formando conceito aberto a ser preenchido pelo intérprete, conforme as circunstâncias do caso concreto, inexistindo parâmetro prévio para a identificação dessa desproporcionalidade⁵⁴⁵.

Há parcela da doutrina⁵⁴⁶ que indica que deveria ser considerada a capacidade financeira do causador do ilícito, preservando o seu patrimônio mínimo, inclusive havendo aqueles que sustentam a necessidade do contraste com o patrimônio do lesado⁵⁴⁷, afastando o benefício da redução equitativa se o lesante for rico, e a vítima pobre. Contudo, não há previsão legal que autorize considerar o patrimônio do lesante e do lesado como parâmetro

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, v. 2, n. 1, p. 15-26, jan.-fev. 2006. p. 20; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 864-865. Por outro lado, há aqueles que sustentam ser viável a aplicação dessa redução equitativa para a responsabilidade objetiva, interpretando o comando como modalidade de causalidade, bem como para preservar o princípio da igualdade, já que pessoas que atuaram com culpa teriam benefício, enquanto aqueles que não tinham culpa alguma não seriam beneficiados, o que levou à supressão da parte final “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva” na IV Jornada de Direito Civil do CJF. Nessa direção: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 299-326; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, a. 7, n. 1, p. 1-25, 2018. p. 22-23. Disponível em: <http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral>. Acesso em: 16 jun. 2022; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 121-126.

⁵⁴³ DANTAS BISNETO, Cicero. Aplicação e alcance do instituto da redução equitativa da indenização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 79, p. 139-165, jan.-jun./2014. p. 153.

⁵⁴⁴ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 99.

⁵⁴⁵ “Contudo, não é qualquer desproporção que autoriza a intervenção equitativa do juiz, mas apenas aquela que se revela excessiva. Somente em casos de dano de alta ou altíssima magnitude causados por condutas levíssimas ou levemente culposas poderá ocorrer o arrefecimento do dever de indenizar.” (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. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, p. 3-34, jan.-mar. 2007. p. 21).

⁵⁴⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. O estatuto jurídico do patrimônio mínimo e a mitigação da reparação civil. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 101-103; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 503-508; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120-121.

⁵⁴⁷ DANTAS BISNETO, Cicero. Aplicação e alcance do instituto da redução equitativa da indenização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 79, p. 139-165, jan.-jun./2014. p. 155-157.

para a redução equitativa⁵⁴⁸, sendo certo que o legislador brasileiro optou por redação distinta dos ordenamentos suíço e português. Além disso, repita-se, o patrimônio mínimo é objeto de preocupação do legislador em sede de execução, preservando bens mínimos para a vida digna do devedor, de modo que antecipar referida proteção para a fase do arbitramento da indenização corresponderia à proteção indevida ao lesante, em desfavor da vítima, que terá que arcar com parcela do dano não indenizado, sem autorização legal.

Portanto, em relação ao artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, os critérios acima delineados podem assim ser sistematizados: 1. a equidade deve ser utilizada para reduzir o dano, e não para majorá-lo; 2. é necessário apurar o grau de culpa do causador do dano, aplicando o benefício caso seja levíssima; 3. essencial que o dano experimentado seja desproporcional, de magnitude considerável se comparada ao grau de culpa do lesante.

De outro lado, em relação à indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil, os critérios são diversos, afastando a noção de que a equidade formaria uma liberdade ao juiz, que fixaria a indenização conforme o seu prudente critério.

Em primeiro lugar, o artigo 928 do Código Civil autoriza não só reduzir a indenização, como também afastá-la por completo. Trata-se de ponto relevantíssimo que favorece o incapaz: caso a indenização for privá-lo do sustento, ou de pessoas que dele dependem, a indenização subsidiária deve ser excluída. Logo, a amplitude do benefício legal é superior, concedendo ao lesante não somente a viabilidade de redução da indenização, como a sua dispensa.

Além disso, o critério para a fixação do *quantum* indenizatório também é diverso. Para o benefício do artigo 928 do Código Civil, o critério basilar é a capacidade financeira do lesante, conforme expressamente previsto pelo legislador, enquanto para o artigo 944, parágrafo único, desse código, o critério basilar é a manifesta desproporção entre a culpa e o dano sofrido pela vítima, ainda que parcela da doutrina, como visto, também invoque a proteção do patrimônio mínimo como fundamento da proteção desse artigo.

Em relação aos critérios específicos do artigo 928 do Código Civil, três principais dificuldades surgem: 1. qual é o momento da avaliação patrimonial? A época do dano, ou a época da decisão? 2. somente o patrimônio do lesante deve ser levado em conta, ou é

⁵⁴⁸ “Se, de fato, a finalidade do legislador era, com base nos princípios da solidariedade social e da dignidade humana, proteger o patrimônio mínimo do causador do dano por meio da mitigação do dever de reparação que o levaria à penúria, andou mal ao redigir a lei.” (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. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, p. 3-34, jan.-mar. 2007. p. 23).

necessário investigar a capacidade financeira da vítima? 3. o parâmetro a ser utilizado pelo julgador é a impenhorabilidade?

Quanto ao primeiro critério, o patrimônio a ser considerado é o atual, ou seja, aquele existente na época da sentença, ou da decisão proferida na fase de cumprimento de julgado que reconhece a insuficiência do patrimônio do guardião e permite atingir os bens do incapaz⁵⁴⁹. O benefício em comento não tem relação com os requisitos da responsabilidade civil, que miram para o ato ilícito e as circunstâncias que geraram o dano, mas sim a redução equitativa tem como objetivo proteger a dignidade e o bem-estar do causador do dano no momento mais atual possível. Se o lesante era rico no momento do dano, mas empobreceu-se, o benefício será aplicado, com a redução equitativa, inclusive com eventual exoneração da responsabilidade. De outro lado, se ele se enriqueceu no decorrer do processo, a redução não deverá ocorrer⁵⁵⁰, ou será em patamar mínimo, já que não incidirá a razão que gerou o benefício.

Acerca da avaliação patrimonial, duas soluções são possíveis. A primeira, lastreada numa ótica de “ajustamento de patrimônios”⁵⁵¹, indica que o juiz deverá perquirir não somente o patrimônio do incapaz, mas também a capacidade financeira da vítima. Caso a vítima seja muito abastada, e o causador do dano de classe média, a indenização não terá lugar, afastando-se a indenização equitativamente, conforme autoriza o artigo 928, parágrafo único, do Código Civil.

Essa solução é adotada, entre outros, pelo ordenamento jurídico peruano⁵⁵² e italiano⁵⁵³ que preveem que o juiz deve considerar o patrimônio de ambas as partes, ou seja, do causador do dano e da vítima.

⁵⁴⁹ “Em relação às condições económicas, o juiz deve considerar como decisivo o momento da sentença.” (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 146). No mesmo sentido: “O momento em que se apreciam a indenizabilidade e o quanto é o da sentença definitiva (cf. J. CHR. SCHWARTZ, *Das Billigkeitssurteil des § 829 BGB.*, 20,1.).” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (fatos ilícitos absolutos, ...)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 352). A expressão sentença deve ser interpretada de forma ampla, para incluir a decisão proferida na fase de execução, que direcione o processo contra o incapaz.

⁵⁵⁰ O artigo 928 do Código Civil não é de aplicação obrigatória, e a redução equitativa poderá ser dispensada se vultoso for o patrimônio do imputável. Nesse sentido, há o Enunciado 449 da V Jornada de Direito Civil do CJF: “A indenização equitativa a que se refere o art. 928, parágrafo único, do Código Civil não é necessariamente reduzida sem prejuízo do Enunciado n. 39 da I Jornada de Direito Civil”.

⁵⁵¹ “Sempre que não há diferença patrimonial entre o que compõe a fortuna do responsável excepcionalmente e o que compõe a do lesado, a equidade não justificaria que se tirasse de um para se dar ao outro. [...] É de se considerar o que tem de patrimônio o agente incapaz ou mentalmente perturbado e o que tem o lesado, no momento da sentença.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (fatos ilícitos absolutos, ...)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 352-353).

⁵⁵² “Art. 1.140. Em caso de dano causado por incapaz privado de discernimento, se a vítima não pôde obter a reparação da pessoa que tenha sua guarda, o juiz pode, em vista da situação das partes, condenar o próprio

De outro lado, há a solução portuguesa⁵⁵⁴, que não exige a avaliação do patrimônio da vítima como critério para o arbitramento da indenização.

Dessa forma, caso a vítima do evento seja pessoa abastada, na primeira hipótese, a indenização do incapaz será afastada ou reduzida, enquanto, no segundo critério, a fortuna do lesado será irrelevante, bastando perquirir sobre a capacidade financeira do causador do dano. A despeito dessa diferença na redação do dispositivo, parcela da doutrina portuguesa sustenta a necessidade de investigação do patrimônio da vítima⁵⁵⁵.

A redação do artigo 928, parágrafo único, do Código Civil é muito semelhante à redação portuguesa, não adotando a opção italiana e peruana, de conferir ao juiz poderes para apreciar o patrimônio da vítima. Ademais, vigora em nosso ordenamento o sigilo fiscal e de capacidade financeira, conforme artigo 198 do CTN, e realizar investigação da capacidade financeira da vítima, sem expressa previsão legal, configuraria ofensa a referenciado sigilo.

Conforme já abordado, o fundamento da indenização do incapaz é lastreado na equidade, fruto da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, circunstâncias essas que não perpassam pelo patrimônio da vítima. A vítima, ainda que rica, seria indenizada pelo guardião, em razão da responsabilidade objetiva, pela reparação integral; bem como seria indenizada se o causador do dano fosse imputável. Logo, a sua capacidade financeira não é determinante para a hipótese de incidência legal, que objetiva tutelar exclusivamente o patrimônio do incapaz, assegurando sua saúde financeira, com patrimônio mínimo para a sua dignidade.

autor do dano a uma indenização equitativa.” Tradução realizada por CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 94. Atualmente a matéria é regulada no artigo 1977, com redação semelhante.

⁵⁵³ Conforme artigo 2047 do Código Civil italiano, já colacionado neste capítulo, que faculta ao juiz, levando em consideração as condições econômicas das partes, condenar o autor do prejuízo a uma indenização equitativa. Nesse sentido: CUPIS, Adriano de. *Dei fatti illeciti: art 2043-2059*. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. *Commentario del codice civile*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1971. v. 4, p. 55-56.

⁵⁵⁴ O Artigo 489 do Código Civil português, já transcrito neste capítulo, regula que a indenização equitativa será calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos.

⁵⁵⁵ “[...] quando por razões de equidade assim o imponham: porque o agente tenha bens bastantes por onde responder, porque o lesado tenha ficado em difícil situação econômica, porque seja acentuada a diferença de condição econômica entre um e outro, e porque seja avultado o montante do prejuízo, porque seja particularmente grave a conduta do agente, porque seja bastante séria a violação cometida, etc.” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 564-565). Em posição contrária, invocando exclusivamente a análise do patrimônio do causador do dano, conforme literalidade do artigo 489 do Código Civil português: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 729-730.

Portanto, a despeito das vozes em sentido contrário⁵⁵⁶, diante da adoção do sistema português pelo legislador pátrio, distanciando-se dos modelos peruano e italiano, é irrelevante a apuração do patrimônio da vítima, devendo o juiz investigar exclusivamente o patrimônio do causador do dano.

A indenização equitativa do artigo 928 do Código Civil cria sistema de arbitramento judicial distinto da sistemática do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, facultando ao juiz reduzir ou afastar a indenização, caso o patrimônio do incapaz, considerando as suas circunstâncias pessoais, não seja suficiente para a sua vida digna, em patamar de proteção superior às causas de impenhorabilidade, garantindo a proteção de um patrimônio mínimo mais intenso, como resultado da solução legislativa pela equidade ao contrastar o interesse de duas pessoas tidas como inocentes: a vítima e o incapaz.

O critério de apuração do patrimônio do lesante, por opção do legislador, não é mera aplicação das causas de impenhorabilidade, mas sim uma proteção mais vigorosa, garantindo ao incapaz o necessário para a sua sobrevivência, bem como das pessoas que dele dependem. Se a regra geral para a tutela do patrimônio mínimo dos devedores é aplicada por meio das causas de impenhorabilidade⁵⁵⁷, ao incapaz foi cunhada proteção mais consistente, de modo que o juiz deve assegurar recursos suficientes para a sua vida digna.

Assim, não são circunstâncias objetivas e genéricas, pré-fixadas pelo legislador para a proteção do patrimônio mínimo⁵⁵⁸, como o limite de 40 salários mínimos das contas-poupanças, ou a proteção aos instrumentos de trabalho⁵⁵⁹, mas sim corresponde a uma cláusula aberta conferida ao juiz, que deverá preenchê-la conforme as circunstâncias do caso concreto, garantindo ao incapaz não só os bens impenhoráveis, mas também um patrimônio confortável para a sua vida digna, além das pessoas que dele dependem⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 95-96.

⁵⁵⁷ “Jurisprudência e legislação vão, progressivamente, reconhecendo que a base dos valores nucleares do sistema jurídico suscita soluções diferenciadas no tratamento do acervo patrimonial. A noção de impenhorabilidade é um desses traços contemporâneos. Sem invalidar o legítimo interesse dos credores, a impenhorabilidade desloca do campo dos bens a tutela jurídica, direcionando-a para a pessoa do devedor, preenchidas as condições prévias necessárias.” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219-220).

⁵⁵⁸ “Essa limitação à penhorabilidade encontra explicação em razões diversas, de origem ético-social, humanitária, política ou técnico-econômica. A razão mais comum para a impenhorabilidade de origem não econômica é a preocupação do Código de preservar as receitas alimentares do devedor e de sua família.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3, p. 575).

⁵⁵⁹ Acerca das causas legais de impenhorabilidade: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3, p. 574-605.

⁵⁶⁰ Pode o juiz afastar a indenização ainda que o bem seja penhorável, desde que preserve o mínimo existencial do incapaz. Nesse sentido: FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a indenização equitativa por danos causados por incapazes: tendência ou excepcionalidade no sistema da

Em síntese, na avaliação do valor da indenização, o juiz deverá investigar o patrimônio do lesante, considerando eventual parcela já adimplida à vítima pelo guardião, e afastar ou reduzir a indenização até um patamar que garanta a vida com dignidade do causador do dano, conforme as suas circunstâncias pessoais. A título de exemplo, um incapaz que exija cuidados mais intensos de saúde, com sessões de psiquiatria e medicamentos, poderá ter sua indenização reduzida em patamar diverso de uma pessoa que não tenha altos gastos médicos para tratamento, ainda que ambos exerçam a mesma profissão, e tenham a mesma renda mensal.

Dessa forma, a equidade integrativa realizada pelo juiz corresponde a uma autorização do legislador para que o magistrado cunhe a norma diante das circunstâncias do caso concreto, levando em consideração o patrimônio do autor do dano e suas circunstâncias pessoais, sem limites pré-fixados, mas em condições jurídicas que vão além dos limites objetivos da impenhorabilidade, garantindo remuneração suficiente ao incapaz e às pessoas que dele dependam, ainda que, com isso, possa sacrificar o interesse da vítima, que não terá o dano integralmente ressarcido.

Além disso, é de se pontuar que a regra do artigo 928 do Código Civil não afasta a incidência do artigo 944, parágrafo único, desse código, já que tem como fundamento causas distintas, bem como pela aplicação do princípio da isonomia, dado que, nesse ponto, não há motivos para discriminação⁵⁶¹. Caso um incapaz realize um ato que, na ficção judicial de considerá-lo como apto para a culpa, seja tido como culpa levíssima, gerando um dano desproporcional, a indenização principal poderá ser reduzida equitativamente, conforme o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, o que inclusive favorecerá o próprio guardião. É o caso da queda da janela do vigésimo andar por simples apoio de uma pessoa, quando esse causador é uma criança, por exemplo. Após, caso o guardião não tenha patrimônio suficiente, será possível uma nova avaliação equitativa, quando o juiz poderá reduzir ou afastar a indenização, dessa vez considerando não o grau da culpa, mas sim o patrimônio do incapaz.

Não há, nesse campo, viabilidade de adoção de padrões objetivos e apriorísticos, mesmo porque o legislador optou por assim não fazer, delegando o exercício da concretização da equidade ao julgador. Dessa forma, não é possível identificar padrões uniformes de atração

responsabilidade civil no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 93-115, jul./set. 2017. p. 108.

⁵⁶¹ “Por uma questão de isonomia, de tratamento igual das pessoas iguais, se há responsabilidade pessoal e direta do incapaz, nada impede que o *quantum* da indenização seja reduzido quando há culpa da vítima também incapaz. [...] A não-possibilidade de redução geraria situação em que a pessoa capaz que, em princípio, deve ressarcir integralmente, poderia ver a indenização reduzida e o incapaz, que nada deveria pagar em razão da imputabilidade, pagaria integralmente o dano.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 196).

da regra da equidade, a ser seguido por todos os juízes, sob pena de deficiência de fundamentação.

Contudo, é viável a construção de parâmetros doutrinários para a concretização da equidade, auxiliando na difícil tarefa de julgar, de modo que se propõe a adoção de quatro vetores principais em referida análise: a. a proporção da indenização em relação ao patrimônio do incapaz, ou seja, qual proporção do patrimônio deste será atingida pela indenização: quanto maior for o patrimônio atingido, mais intensa deverá ser a redução pela equidade; b. a renda mensal recebida pelo agente, em especial, se superior ou inferior ao padrão utilizado para atendimento perante a Defensoria Pública (comumente fixado em três salários mínimos): se a renda mensal do lesante for elevada, a equidade poderá ser afastada, e, sendo pessoa pobre, a redução da indenização deverá ser mais intensa; c. verificação do padrão de vida do causador do dano, e o impacto que a indenização gerará em referido padrão: para além do patrimônio do lesante, mira-se o padrão de vida, e o impacto que a indenização causará a essa classe, reduzindo a indenização caso impacte de forma determinante o padrão do substrato social do lesante (classe alta, média ou baixa); d. existência de pessoas que dependam do incapaz: a quantidade de pessoas, suas condições pessoais (se vulneráveis⁵⁶² ou não) e o seu grau de dependência ao patrimônio e/ou à renda do lesante, reduzindo a indenização caso haja alto grau de dependência de terceiros vulneráveis.

Se o incapaz é pessoa abastada, recebendo centenas de salários-mínimos, sem nenhum dependente, a indenização não atingirá parcela significativa de seu patrimônio e em nada afetará o seu padrão de vida, é evidente que a indenização deverá ser integral. De outro lado, sendo pessoa com deficiência que recebe somente o benefício estatal (LOAS), que favorece o núcleo familiar composto por crianças e idosos, sem qualquer patrimônio pessoal, é certo que a indenização poderá inclusive ser afastada para a proteção da dignidade do lesante e de seus dependentes.

Em suma, não é possível moldar critérios abstratos para o exercício da equidade, já que o legislador optou por delegar esse exercício ao julgador, mas os critérios da remuneração mensal, patrimônio afetado pela indenização, padrão de vida e existência de dependentes formam mecanismos úteis no exercício da tarefa de concretizar o mandamento da equidade.

⁵⁶² A doutrina consumerista aponta a existência de vulnerabilidade agravada, ou de hipervulnerabilidade, nos casos em que os consumidores possuam condições pessoais que recomendem uma intervenção ainda mais intensa, como no caso das crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, além de eventual inclusão nessa categoria de analfabetos, doentes e pessoas submetidas a contratos cativos e de longa duração. Acerca do tema: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 361-389; e MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 127-141.

Cabe pontuar também que a fundamentação jurisdicional correta é a de arbitrar a indenização integral, como se o causador do dano fosse pessoa capaz, para então, num segundo momento, reduzi-la pela equidade, conforme os parâmetros do julgador, que pode utilizar os quatro critérios supramencionados, como também pode levar em consideração outros, que somente a riqueza do caso concreto poderá apontar. Isso porque a vítima poderá apresentar recurso contra os critérios de arbitramento da indenização global e/ou contra o critério de redução pela equidade, faculdade que seria excluída caso o julgador apenas enunciasse a equidade no momento da fixação da indenização. Dessa forma, por exemplo, no arbitramento de uma indenização por dano moral, caberia ao julgador fixar a indenização, seguindo o critério bifásico⁵⁶³ apontado pelo Superior Tribunal de Justiça, e, após exarar o valor que seria devido, numa próxima fase, apurar as circunstâncias pessoais do causador do dano, indicando com clareza os critérios apontados para a redução equitativa, e a sua proporção, ou seja, se não haverá redução, se a redução será proporcional (de 1/3, 1/2, 2/3, etc.), ou se a integralidade da indenização será afastada.

Em suma, a aplicação da indenização equitativa causa dificuldades ao intérprete, e se defendeu a sua utilização exclusivamente ao incapaz, afastando uma interpretação ampliativa para favorecer todo e qualquer vulnerável. Ademais, pontuou-se que os critérios de apuração são distintos do artigo 944 do Código Civil, ainda que eventualmente possam ser cumuláveis em etapas distintas, bastando apreciar o patrimônio do lesante e suas condições pessoais no momento da decisão judicial, podendo o juiz reduzir ou afastar a indenização se privar a vida digna do incapaz ou das pessoas que dele dependam, sendo sugerido quatro principais vetores na avaliação da incidência da equidade: o impacto da indenização no patrimônio do causador, a renda mensal deste, o seu padrão de vida e a existência de dependentes.

2.8 Direito de regresso do curador e do incapaz

Uma vez realizado o pagamento da indenização para a vítima, ainda que de forma parcial, em razão de eventual aplicação da equidade, é necessário investigar se aquele que a pagou poderá postular tal verba em regresso. Aludida obrigação desdobra-se em duas

⁵⁶³ STJ, REsp 1152541/RS, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 13/9/2011, *DJe* 21/9/2011: “Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”. Ainda que as condições pessoais do lesante possam ser levadas em consideração na segunda fase do arbitramento bifásico, recomenda-se que a incapacidade seja avaliada exclusivamente na fase da redução equitativa, para evitar-se a utilização do mesmo critério de forma dobrada (*bis in idem*).

hipóteses: o curador arcou com a indenização, e quer ser ressarcido pelo incapaz, causador do dano; e o lesante realizou o pagamento, e postula a indenização ao curador, lastreado na culpa deste, que não exerceu regularmente a vigilância.

A primeira hipótese é regulada pelo artigo 934 do Código Civil, nos seguintes termos: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.” Da leitura desse artigo extrai-se uma regra geral, aplicável a todos os casos de responsabilidade por ato de terceiro, autorizando o regresso, salvo se for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Duas perspectivas são possíveis da parte final do dispositivo: a primeira, restritiva, considera que a incapacidade qualifica a descendência, a revelar que não haverá regresso se o causador do dano for descendente incapaz; já a segunda é ampliativa, considerando que as causas são diversas, razão pela qual o regresso seria afastado se o lesante for descendente, ou se for absoluta ou relativamente incapaz.

Para a identificação da melhor interpretação, necessário realizar uma retomada histórica, já que a matéria era regulada pelo artigo 1.524 do Código Civil de 1916, nos seguintes termos: “O que ressarcir o dano causado por outros, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago”. Os fundamentos para essa opção legislativa eram considerações de ordem moral, em razão da organização econômica da família, e solidariedade do ascendente para com o descendente⁵⁶⁴. Contudo, essa fundamentação era criticada se o descendente fosse maior e capaz, quando a isenção do direito de regresso formaria, em realidade, enriquecimento sem causa de sua parte.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 manteve a redação original, mas quis limitá-la, para excluir as situações em que o causador do dano, ainda que descendente do responsável, seja capaz. Portanto, a opção legislativa foi de reduzir o alcance da exoneração de

⁵⁶⁴ "O direito regressivo, de quem teve de ressarcir o dano causado por outrem, é de justiça manifesta, é uma consequência natural da responsabilidade indireta. Mas, se o autor do dano for descendente de quem teve de o ressarcir, não haverá regresso, declara o art. 1.524. É uma particularidade do nosso Código, que se justifica, perfeitamente, por considerações de ordem moral, e pela organização econômica da família. Na verdade, nenhuma das pessoas que têm de ressarcir o dano causado por outra, se acha na situação especial de aproximação afetiva, de dever de vigilância, de solidariedade moral e, até certo ponto, econômica, do ascendente para com o descendente. São razões essas mais que suficientes para dar apoio sólido à exceção restritiva do Código Civil brasileiro." (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957. v. 5, p. 234). No mesmo sentido: MELO, Albertino Daniel de. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 139-140; e SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5, p. 251.

responsabilidade pelo regresso, exigindo, não só que o lesante seja descendente daquele que pagou a indenização, bem como que seja incapaz.

Nessa toada, é viável o direito de regresso do responsável pelo fato de outrem contra o causador do dano, salvo se este for seu descendente e for incapaz⁵⁶⁵. Nos demais casos, prevalece a responsabilidade do causador do dano, que deve ressarcir os gastos efetuados pelas pessoas descritas no artigo 932 do Código Civil, como o empregador ou o dono do hotel.

Contudo, a questão do direito de regresso em relação aos incapazes que não são descendentes traz dificuldade adicional: esses não atuaram com culpa ao cometer o delito, a revelar que, pela regra geral do artigo 927 do Código Civil, não poderiam ser responsabilizados. Assim, é de se indagar se haverá direito de regresso do curador em desfavor da pessoa com deficiência mental incapaz que não é seu descendente.

A questão não é pacífica⁵⁶⁶, havendo respostas distintas, sendo possível organizá-las em três principais soluções: 1. o direito de regresso é admitido, conforme previsto pela lei⁵⁶⁷; 2. somente será viável a ação regressiva se não privar o lesante do mínimo existencial, com aplicação do artigo 928, parágrafo único, do Código Civil⁵⁶⁸; 3. não se admite o direito de regresso, pois este pressupõe culpa do autor do ilícito, que é inexistente⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ Nessa hipótese de limitação do direito de regresso, a doutrina defende que é possível colacionar a verba na sucessão, observada a regra do artigo 1.793 do Código Civil de 1916, atual artigo 2.010: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 515; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228-229; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos,)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 218-219.

⁵⁶⁶ “(a) Há o direito regressivo contra os menores de dezesseis anos? (b) Há contra os loucos e surdos-mudos a que se refere o art. 5.º? No Chile, não. No sistema do Esboço, também não. No direito argentino, a questão ficou para a doutrina. Tal a situação, no Brasil. Se bem que o direito regressivo não se estenda aos ascendentes, a questão da imputabilidade ou capacidade delitual conserva toda a sua delicadeza e gravidade. Porque os tutores o têm. Os curadores, também. Os empregadores, pelos empregados menores.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos,)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 217). Também no Direito argentino há discussão semelhante, sem posicionamento pacífico: ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 371.

⁵⁶⁷ É a posição de ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 311; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 733-734; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos,)*. Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 214-219; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 840.

⁵⁶⁸ “Fica, assim, excluída somente a possibilidade de haver ação regressiva dos pais contra os filhos menores e dos tutores, curadores e educadores contra os incapazes que não puderem privar-se do necessário.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228).

⁵⁶⁹ PORTO, Mário Moacyr. O ocaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 504; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito*

A despeito dos fundamentos invocados pelas duas primeiras correntes, correta está a inviabilidade de regresso do responsável contra o incapaz, pois este não atuou com culpa, por lhe faltar o seu aspecto subjetivo: a imputabilidade⁵⁷⁰. Logo, a conduta do agente não é sancionável pelo Direito, sendo devidamente justificada pela sua falta de discernimento, de modo que não estão presentes os requisitos da responsabilidade civil para que o curador possa ativar o curatelado, em especial pela ausência de culpa. Admitir a ação de regresso configuraria hipótese de responsabilidade objetiva pelo incapaz, sem previsão legal, e favorecendo justamente a pessoa responsável por sua vigilância.

Ademais, se nem à vítima é autorizada a responsabilidade direta ao incapaz⁵⁷¹, que tem responsabilidade subsidiária, permitir que se presuma integralmente a culpabilidade na demanda movida pelo guardião corresponderia à concessão de benefício relevante em prol de pessoa não vulnerável.

De todo modo, caso se entenda pela possibilidade do direito de regresso, do guardião não ascendente ao incapaz, ainda assim tal indenização não deverá ser concedida se o guardião efetivamente tenha agido com culpa, seja por dar instruções ao causador do dano, seja por deficiência no dever de vigiar⁵⁷². Por conseguinte, para aqueles que admitem o direito de regresso, inescapável será avaliar a culpa do vigilante, para extrair com clareza que o dano tenha como origem exclusiva o ato do incapaz.

De outro lado, também é necessário apurar a viabilidade de regresso do incapaz em relação ao guardião, inexistindo norma expressa em nosso ordenamento, de modo que

Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5, p. 251; e VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 148-156.

⁵⁷⁰ Também no Direito alemão não se admite a responsabilidade do incapaz na ação de regresso, conforme dispõe a parte final do item 2 do §840, que prevê que nos casos previstos no já abordado § 829, a pessoa com dever de vigilância é obrigada sozinha, afastando-se o direito de regresso. Acerca do tema: “Segundo o Código alemão, se o vigiado for também responsável, respondem ambos solidariamente para com o lesado (§840.º, alínea 1), mas, na relação interna, só o vigiado, que causou o dano, é responsável (§ 840.º, alínea 2). Se, porém, além do obrigado a vigilância, responde, por motivos de equidade e só nos termos do §829.º, uma pessoa não-imputável, apenas aquela é, na relação interna, responsável (§840.º, alínea 2).” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.85, p. 381-444. abr./1959. p. 421). Outrossim, no Direito italiano também prevalece que não se admite a ação de regresso, se o causador for inimputável, o que foi reconhecido pelo Tribunal de Roma em 28 de maio de 1987 (RGCT, 1988, 635), conforme lição de VENCHIARUTTI, Angelo. La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d’arte. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 405, nt. 23.

⁵⁷¹ “Se o autor imediato do dano não teve culpa, não há contra ele direito de regresso, visto que, não sendo então responsável para com o prejudicado, não o pode ser também para com o autor mediato que tenha pago a indemnização” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.85, p. 381-444. abr./1959. p. 423).

⁵⁷² “O que justamente se deve decidir é que não cabe a ação regressiva: a) no caso de ordens do civilmente responsável, executadas pelo autor do dano sem culpa igual; b) no caso de ser a culpa do responsável a verdadeira causa.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações (atos ilícitos absolutos,). Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 216).

aplicável a regra geral de responsabilidade por ato ilícito, conforme artigos 186 e 927 do Código Civil.

Nessa hipótese, caberá ao incapaz comprovar a culpa do guardião, não formando, em relação a este, caso de responsabilidade objetiva, sendo certo que tal modalidade de responsabilidade favorece exclusivamente a vítima do evento. No direito de regresso, a pretensão é lastreada na culpa do guardião, inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, presunção de culpa deste.

Em relação às hipóteses em que viável o regresso, Henrique Sousa Antunes⁵⁷³ diferencia a impossibilidade jurídica da impossibilidade de fato, sendo a primeira a hipótese dos artigos 489 e 491 do Código Civil português, ou seja, nos casos em que o responsável demonstra que exerceu regularmente a vigilância ou que não tinha esse dever; já a fática corresponde à ausência de patrimônio do guardião. Nessa segunda hipótese, prevaleceria o dever de vigilância, mal cumprido por culpa do guardião, ainda que com culpa presumida, razão pela qual o inimputável poderá postular em regresso ao guardião a soma que tenha adimplido ao lesado.

Da mesma forma, na responsabilidade contratual, se o incapaz for obrigado a arcar com pagamentos, fruto da mora imputável a seu representante, será possível regressar contra a pessoa do curador, já que o inadimplemento decorreu de sua má administração⁵⁷⁴.

Como a indenização é lastreada na culpa do guardião, a princípio a responsabilidade fixada pelo juiz deverá corresponder à integralidade da quantia paga pelo incapaz. Contudo, havendo concorrência de causas, sendo determinante a conduta do próprio incapaz, é possível realizar ficção de culpa deste, para a aplicação do comando do artigo 945 do Código Civil, reduzindo a indenização na medida da influência do incapaz para o delito⁵⁷⁵. O reembolso poderá ser integral ou parcial, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Anota-se, outrossim, que se foi ativada a responsabilidade equitativa da pessoa com deficiência mental, é porque não havia guardião responsável, quando seria impensável o direito de regresso, ou na hipótese de o guardião não ter patrimônio. Dessa forma, dificilmente será verificado na prática referido regresso do incapaz ao guardião, pois houve o

⁵⁷³ ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 305-306.

⁵⁷⁴ “Se tais providências se revelarem insuficientes, e, não obstante tudo, o incapaz se sentir prejudicado, tem ele, ou seus sucessores, ação contra o representante, suspenso o curso da prescrição enquanto durar a incapacidade, o que é outro benefício.” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 247).

⁵⁷⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 192-197. No mesmo sentido: SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.85, p. 381-444. abr./1959. p. 422.

afastamento de sua responsabilidade pela deficiência patrimonial, salvo nos raros casos de enriquecimento superveniente.

Em suma, o direito de regresso subdivide-se em duas hipóteses: 1. ação movida pelo guardião contra o incapaz, hipótese em que se sustentou a inviabilidade do regresso, em virtude de não haver conduta culposa pelo causador do dano, em seu aspecto subjetivo, sem prejuízo de se admitir o regresso em outras hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, salvo se o causador do dano for descendente e incapaz; 2. ação movida pelo incapaz contra o guardião, quando aquele deverá demonstrar a culpa deste, fruto do dever de vigilância, podendo o reembolso ser integral ou parcial, a depender das circunstâncias do caso concreto, por aplicação do artigo 945 do Código Civil.

CONCLUSÃO

A teoria geral das incapacidades tem importante papel na aplicação e interpretação do Direito, já que identifica justamente aqueles sujeitos aos ditames legais, com deveres e obrigações ali estabelecidos.

Assim, é relevante entender a capacidade em suas diversas figuras, dado que é palavra polissêmica, sendo recomendável sistematizar a matéria em círculos concêntricos: num primeiro momento, há a distinção entre capacidade de direito e a capacidade de fato; num segundo momento, dentro da capacidade de exercício, a distinção entre capazes e incapazes; e, finalmente, dentro do grupo de incapazes, há a divisão entre incapacidade relativa e absoluta.

Nessa toada, as diversas previsões legais acerca da incapacidade, absoluta e relativa, miram sempre a capacidade de exercício ou de fato, e jamais limitam a capacidade de direito, que é sempre plena, ampla e completa, ou seja, toda pessoa, independentemente de qualquer deficiência física ou mental, é sujeito de direitos, de forma íntegra. A construção do sistema de incapacidades de exercício é realizada como mecanismo de proteção de pessoas sem discernimento, para evitar prejuízos de terceiros aproveitadores e de seu próprio juízo, jamais formando sistema depreciativo ou contrário aos seus direitos.

Por sua vez, a incapacidade não se confunde com figuras próximas, como o poder, que é exercido em nome de terceiros, enquanto aquela é verificada para atos próprios. Igualmente, em relação à personalidade, concluiu-se que esta é predominantemente conceito extrajurídico, de modo que o sistema de incapacidades é um atributo, um escudo para proteger a personalidade, observadas as diversas acepções desse último instituto. Ainda, na incapacidade, o agente tem sua liberdade de contratar reduzida, por normas de ordem pública que objetivam tutelar o seu próprio interesse, de modo que, ao realizar contratos, estes serão nulos ou anuláveis, a depender do grau da incapacidade, para a sua própria proteção. Já na ilegitimidade, o contratante é impedido de realizar determinado ato por condições subjetivas, fruto da proteção do interesse de terceiros, razão pela qual o negócio por ele celebrado será nulo ou anulável, conforme a escolha do legislador ao criar a hipótese de ilegitimidade. Finalmente, na legitimação, o agente não detém o objeto que resulta o negócio jurídico e, na falta deste, o negócio será ineficaz, pois todos os elementos de existência e requisitos de validade estão presentes.

Em razão de longo processo histórico, observou-se que houve sensível alteração do modo pelo qual as pessoas com deficiência mental eram vistas, de um modelo discriminatório

para um modelo inclusivo, do modelo moral para o modelo social, de modo que foram reduzidas, de forma significativa, tanto a abrangência, ou seja, as hipóteses de incidência de incapacidade de exercício, quanto a intensidade do sistema de proteção aos incapazes, isto é, a amplitude das funções do curador, que eram múltiplas, e foram limitadas somente a relações negociais, como regra geral.

Ademais, em razão de interpretação equivocada da Convenção de Nova Iorque de 2007, para além dos termos daquele tratado, foi realizada alteração legislativa no sentido de se impedir o modelo de substituição de vontade, por meio da representação, o que é nominado de incapacidade absoluta em nosso sistema.

Contudo, defendeu-se a inconstitucionalidade dessa opção, por afrontar o artigo 4, item 4 (proibição ao retrocesso), e artigo 12, item 3 (salvaguardas apropriadas e proporcionais), da Convenção de Nova Iorque de 2007, além do artigo 5º, *caput* (princípio da igualdade), da Constituição Federal e o princípio da proporcionalidade, em especial em razão da proibição de proteção deficiente. Ainda, a exclusão da incapacidade absoluta é contrária às razões legislativas e ao próprio espírito da lei. Assim, foi proposta a viabilidade de declaração de inconstitucionalidade da exclusão da incapacidade absoluta, com repriminção da redação original do artigo 3º do Código Civil, permitindo a tutela adequada e proporcional das pessoas com deficiência, desde que o caso concreto efetivamente recomende essa intervenção mais incisiva.

Admitir-se a declaração de incapacidade relativa com representação formaria solução que é altamente prejudicial à pessoa com deficiência, pois há subtração de sua autonomia, em razão da representação, mas sem que ela seja beneficiada pelas normas que objetivam tutelar a pessoa absolutamente incapaz, como a obstrução do prazo prescricional, a nulidade dos contratos por ela realizados e a aceitação automática da doação pura.

Em relação à incapacidade relativa, as alterações da Lei Brasileira de Inclusão pretenderam extirpar do ordenamento o critério do discernimento como identificador dessa incapacidade, o que gerou uma pluralidade de critérios, inclusive com um aumento da incidência da interdição nos casos de vício em álcool e outras drogas. A partir dessa sistemática, numa noção literal, seria possível concluir que pessoas com pleno discernimento seriam incapazes, mas pessoas sem qualquer discernimento seriam capazes, interpretação ilógica. Desse modo, foi proposta a retomada do critério do discernimento, medida adequada para diferenciar os tipos legais da capacidade e da incapacidade, abandonando-se o critério da simples manifestação de vontade e o “teste de *status*”.

Outrossim, foram abordados os perfis de curatela, envolvendo a “*cura rei*”, curatela exclusivamente patrimonial, e a “*cura persona*”, em que o curador tem o dever de cuidado e educação do incapaz, realizando supervisão semelhante a que realizada pelos genitores, conforme autorizam os artigos 1.781 c/c 1.740 e 1.590 do Código Civil. Cabe ao juiz fixar com clareza a modalidade da curatela na sentença, numa verdadeira “curatela sob medida”, por força do artigo 755, inciso I, do CPC, ainda que a redação do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência não possibilitasse com clareza essa modulação. No silêncio da sentença de interdição, defendeu-se que, na realização de curatela por representação, o perfil de curatela seria integral, envolvendo os cuidados com a pessoa do incapaz, enquanto, na curatela com simples assistência, prevaleceria a curatela exclusivamente patrimonial, o que terá relevante consequência na responsabilidade civil do curador.

Quanto à responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental e de seu curador, observou-se da evolução histórica que diversas respostas foram fixadas no tempo e no espaço, havendo sistemas que preveem a responsabilidade do guardião mediante culpa ou por culpa presumida, mas o Código Civil brasileiro optou pela responsabilidade objetiva dos curadores. Por sua vez, em relação à responsabilidade do incapaz, foram organizadas três principais respostas: a irresponsabilidade do lesante (solução romana pós-clássica e francesa clássica), responsabilidade direta do causador (solução francesa atual e inglesa) e responsabilidade subsidiária e mitigada (solução portuguesa, alemã, italiana e prevista originalmente no Código Civil de 2002).

Em razão das profundas alterações no sistema de incapacidades com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a responsabilidade civil da pessoa com deficiência mental gera dificuldades ao intérprete, que poderá concluir por respostas diversas, a depender do método interpretativo, tanto da causa de incapacidade dos artigos 3º e 4º, quanto do sistema próprio de responsabilidade equitativa do artigo 928, todos do Código Civil.

Pela doutrina preponderante, havendo causa que atinja o discernimento da pessoa, esta será declarada como relativamente incapaz, por interpretação ampliativa do artigo 4º, inciso III, do Código Civil, autorizada pelo artigo 84, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e a sentença de interdição fixará os limites da curatela, que poderá ser por assistência ou por representação, bem como poderá envolver cuidados com a pessoa do curatelado (*cura persona*), ou meramente administração patrimonial (*cura rei*). A modalidade da curatela é fundamental para extrair a responsabilidade do curador, que somente responderá nos limites de sua atuação, não sendo viável imputar responsabilidade em atos que são alheios ao seu encargo, já que, nesse campo, prevalece integralmente a autonomia e liberdade do interdito.

Nesse sentido, realizado um ato ilícito danoso dentro dos limites de curatela, e estando o interdito em companhia do curador, como no caso de *cura persona* com representação, o guardião será responsável primário, por força do artigo 932, inciso II, do Código Civil, e o causador do dano poderá ser responsável subsidiariamente, se assim recomendar a equidade, observada a proteção de um patrimônio para a sua dignidade, bem como das pessoas que dele dependem.

De outro lado, caso o ato tenha sido cometido para além dos limites da curatela, como numa agressão física com fixação de *cura rei*, não haverá responsabilidade do curador, e o incapaz responderá diretamente à vítima.

Assim, para melhor sistematização da matéria, foi proposta a divisão em quatro grupo de casos, divididos em dois critérios: a existência de ação para a instituição de curatela (processo de interdição) e a existência de dever de cuidado por terceiros.

Na hipótese de incapacidade com dever de cuidado (*cura persona* ou guarda), haverá a aplicação típica do artigo 928 do Código Civil, de modo que responderá primordialmente o curador, e, somente no excepcional caso de ausência de autoridade ou companhia, ou na falta de patrimônio suficiente para a indenização, que haverá a responsabilidade do incapaz, caso a equidade indique essa resposta.

Já nos casos em que não houver declaração de incapacidade, mas haja pessoas com o dever de cuidado, será possível a invocação da existência de curatela de fato e de negligência daqueles que deveriam cuidar da pessoa com doença mental, em especial nos casos de alta agressividade e na reiteração de condutas danosas, de modo que será viável responsabilizar os pais, descendentes e/ou cônjuge ou companheiro do lesante, por culpa própria, em razão da omissão do dever de cuidado. Por sua vez, o causador do dano responderá de forma subsidiária e equitativa, fruto da declaração incidental de sua incapacidade.

O terceiro grupo de casos é daqueles que não são curatelados e não há terceiros com dever de cuidado, como nos casos em que os sintomas iniciaram na ocorrência do dano. Nesse caso, como regra geral, haverá a responsabilidade do causador nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Contudo, de forma excepcional, será viável o reconhecimento de incapacidade incidental, como admitido na esfera contratual e no Direito processual, permitindo a aplicação da indenização equitativa, conforme artigo 928 do Código Civil, em razão de prova idônea de falta de discernimento do causador do dano, ainda que a pessoa não seja interditada no momento do ilícito.

Finalmente, o quarto grupo de casos envolve as pessoas declaradas incapazes, mas com a fixação de curatela patrimonial (*cura rei*), como é o caso dos pródigos e daqueles

declarados incapazes conforme a literalidade do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesse grupo de casos, a responsabilidade será pessoal do causador do dano, já que não há dever do curador de vigiar o curatelado, inexistindo autoridade, nem companhia. Logo, o causador do dano responderá conforme artigos 186 e 927 do Código Civil, salvo se demonstrado, de forma excepcional, que haveria uma alteração substancial do discernimento do causador do dano, ou outra doença que afete a sua liberdade, razão pela qual se permitirá a declaração incidental de incapacidade, autorizando a aplicação do artigo 928 do Código Civil. Ainda, foi esclarecido que essa declaração incidental é absolutamente excepcional, pois a situação dessa pessoa já foi avaliada na ação que fixou a curatela.

Uma vez delineados os critérios de incidência do artigo 928 do Código Civil, concluiu-se que a resposta legal é pela responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz, em prevalência sobre a responsabilidade solidária do artigo 942 do Código Civil, fruto da especialidade, sem prejuízo da aplicação da solidariedade deste artigo quando houver mais de um curador, ou mais de um causador do dano incapaz.

Em adição, este trabalho concluiu que a responsabilidade do incapaz na esfera extracontratual é subjetiva, em razão da adoção da culpa ficcional ou técnica, com posterior recurso da imputação objetiva para a indenização equitativa ao incapaz. Dessa forma, não há responsabilidade objetiva pura nos casos em que o incapaz é chamado a responder, dado que a vítima deverá comprovar a culpa do causador do dano, em uma investigação ficcional, como se o lesante fosse imputável. Isso não quer dizer que o incapaz não possa responder objetivamente, nas hipóteses em que a lei o permita, como na responsabilidade por fato do animal e das coisas, quando prevalecerá a regra do artigo 928 do Código Civil, respondendo primariamente o curador (se houver relação com a sua atividade), e subsidiariamente o incapaz, de forma equitativa.

Em relação às hipóteses em que o curador não responderá pelo dano, três principais hipóteses foram invocadas: 1. se o curador não tiver autoridade sobre o incapaz, nos atos ilícitos extracontratuais cometidos pelo pródigo, nos atos cometidos pelo incapaz que não estão no âmbito da atuação do curador, ou se o exercício da supervisão esteja impossibilitado por causa externa; 2. se o curador não tiver a companhia do incapaz, no caso da curatela fracionada, ou se a vigilância do incapaz estiver a cargo de terceiros, que assumiram o dever de vigilância, fora do controle do curador; 3. nas hipóteses de caso fortuito e força maior em relação ao dever de vigilância do curador, observada a divergência doutrinária sobre a sua incidência no sistema brasileiro. Finalmente, essas hipóteses não impedem o reconhecimento da responsabilidade pessoal do curador, mas dessa vez lastreada na culpa própria, conforme

artigo 927 do Código Civil, e não no sistema de responsabilidade objetiva por fato de terceiro do artigo 932, II, desse código.

Em continuação, em relação às hipóteses de insuficiência patrimonial do curador, foi proposta a viabilidade da adoção do critério objetivo, considerando exclusivamente os bens penhoráveis do guardião, no momento mais atual, ou seja, na sentença ou na decisão na fase de execução, sendo viável repartir o dano na maior extensão possível ao curador, para só então passar para o patrimônio do incapaz, equitativamente.

No tocante à indenização equitativa, defendeu-se sua utilização exclusivamente ao incapaz, afastando uma interpretação ampliativa para favorecer todo e qualquer vulnerável patrimonial. Ademais, pontuou-se que os critérios de apuração são distintos do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, ainda que eventualmente possam ser cumuláveis em etapas distintas, bastando apreciar o patrimônio do lesante e suas condições pessoais no momento da decisão judicial, podendo o juiz reduzir ou afastar a indenização se privar a vida digna do incapaz ou das pessoas que dele dependam, sendo sugerido quatro principais vetores na avaliação da incidência da equidade: o impacto da indenização no patrimônio do causador, a renda mensal deste, o seu padrão de vida e a existência de dependentes.

Quanto à viabilidade de regresso do guardião contra o incapaz, sustentou-se a inviabilidade desse pedido, pois não há conduta culposa pelo causador do dano, em seu aspecto subjetivo, sem prejuízo de se admitir o regresso em outras hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, salvo se o causador do dano for descendente e incapaz, conforme prevê o artigo 934 do Código Civil. De outro lado, no pedido de regresso do incapaz contra o guardião, aquele deverá demonstrar a culpa deste, fruto do dever de vigilância, podendo o reembolso ser integral ou parcial, a depender das circunstâncias do caso concreto, por aplicação do artigo 945 do Código Civil.

Em síntese, objetivou-se delinear com clareza os critérios atuais para a responsabilidade civil das pessoas com deficiência mental após a revolução na teoria das incapacidades causada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, permitindo-se uma resposta justa e segura, conforme os padrões de eticidade, socialidade e operabilidade cunhados pelo legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Celia Barbosa. Aspectos constitucionais da responsabilidade civil do incapaz. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.11, jan.-jun./2012. p. 257-277.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Filipe I*. Brasília: Senado Federal, 2012.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

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

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Trad. por Leysser L. León. Lima: El Jurista, 2006.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação. Elementos para o discurso jurídico*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1935. v. 1.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. Uma vez mais sobre a forma humana no direito romano. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. v. 25, n. 35, jul.-dez. 2009. p. 135-141.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANGELIN, Karinne Ansileiro. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARNAUD NETO, Raphael Carneiro. Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos emancipados no ambiente virtual. *Migalhas*, 5 maio 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/365279/responsabilidade-dos-pais-pelos-filhos-emancipados-no-ambiente-virtual>. Acesso em: 13 mai. 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família Internacional (necessidade de unificação). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan.-dez./2007. p. 101-111.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista de Direito Privado*, v. 83, nov./2017. p. 229-236.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, jan.-dez./1994. p. 183-194.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese (Titularidade). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. *Revista de Processo*. n. 43, a. 11, jul.-set./1986, p. 14-18.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Brasília: Senado Federal, 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Torino: Utet Giuridica, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XIV, 1960, p. 1342-1363.

BERLINI, Luciana; AMARAL, Paloma Francielly do. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo Código de Processo Civil. *Revista Themis*, v. 15, n. 2, jul.-dez. 2017. p. 125-155.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940. v. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957. v. 5.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.

BITENCOURT, Luís Flávio Rangel. *Bullying: qual é a responsabilidade das escolas privadas?* São Paulo: Dialética, 2021.

BONFANTE, Pietro. *Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1976.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1946.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. *PL 6960/2002*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. *PL 7699/2006*. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. *PL 7119/2017*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2125584>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. IBGE. Biblioteca. Catálogo. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=73097>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. IBGE. Censo Demográfico. Principais Resultados. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/quadro_DEC.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 266/2015. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. *Diário do Senado Federal*. Brasília, v. 70, n. 83, jun. 2015. p. 55-75.

BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de Direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 1.

BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BUNAZAR, Maurício. Responsabilidade Civil do Incapaz: objetivação da culpa ou responsabilidade civil objetiva? *Cadernos de Direito*, v. 9 (16-17), jan.-dez./2009. p. 175-197.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

CALIXTO, Marcelo Junqueira; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. O estatuto jurídico do patrimônio mínimo e a mitigação da reparação civil. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 495-510.

CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coords.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARAMELLI, Paulo; BARBOSA, Maira Tonidandel. Como diagnosticar as quatro causas mais frequentes de demência? *Revista Brasileira de Psiquiatria.*, v. 24, supl. 1, abr./2002. p. 7-10.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, out.-dez./2017. p. 199-229.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 1 e 3.

CARVALHO, Luiz Gonzaga de. *Dos insanos mentais: nulidade do negócio jurídico, conflito jurisprudencial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CASALS, Miquel Martín. La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate. In: RESINA, Judith Sole (coord.). *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*. Barcelona: Atelier, 2022. p. 61-80.

CASTO, William R. The Tort Liability of Insane Persons for Negligence: A Critique. *Tennessee Law Review*. n. 39, 1972. p. 705-723.

CATTANEO, Carolina. Vereadora com síndrome de Down toma posse em Santo Ângelo. *GI*. 22 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/03/22/vereadora-com-sindrome-de-down-toma-posse-em-santo-angelo-pretendo-lutar-pela-inclusao-pela-acessibilidade-para-todos.ghtml>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1925. t. 2.

CHIRONI, Giampietro P. *La colpa nel diritto civile odierno*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1903, v. 1 e 2.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998.

CORDEIRO, Antonio Barreto Menezes. *Direito inglês dos contratos: Formação, conteúdo, vícios*. Lisboa: AAFDL, 2017. v. 1.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3.

CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Conjur*, 03 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CORSARO, Luigi. *L'imputazione del fatto illecito*. Milano: Giuffrè, 1969.

COSTA, Gilberto; QUINTIERE, Andréa. Sistema faz pessoas com deficiência motora se comunicarem pela pálpebra. *EBC*, 03 nov. 2012. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/2012/11/cientista-portugues-cria-sistema-para-facilitar-a-comunicacao-de-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 27 jul. 2021.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUPIS, Adriano de. Dei fatti illeciti: art 2043-2059. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. *Commentario del codice civile*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1971. v. 4.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. por Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

CURATELA compartilhada para filho interditado não é obrigatória, decide STJ. *IBDFAM Notícias*, 3 ago. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8754/Curatelacompartilhadaeparafilhointerditadonãoeobrigatoria,decideSTJ>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CURY, Augusto Jorge. Capacidade civil das pessoas com deficiência e ação de interdição: uma proposta de sistematização. *Revista dos Tribunais*, v. 108, jan. 2019. p. 67-104.

DANNEMANN, Gerhard; SCHULZE, Reiner. *German Civil Code (BGB): Books 1-3*. München: C.H. Beck; Nomos, 2020. v. 1.

DANTAS BISNETO, Cicero. Aplicação e alcance do instituto da redução equitativa da indenização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 79, jan.-jun./2014. p. 139-165.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Da culpa ao nexu causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, out.-dez. 2018. p. 87-104.

DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEPARTMENT OF FIELD SUPPORT. GEOSPATIAL INFORMATION SECTION. *CRPD and Optional Protocol Signatures and Ratifications*. Map n. 4496. Rev. 8 United Nations. Novembro de 2017. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/documents/maps/enablemap.jpg>. Acesso em: 02 mai. 2023.

DEVOTO, Luigi. *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. Trad. por Pedro Maia Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 5, n. 8, jun./2008. p. 43-59.

- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1 e 2.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.
- DINIZ, Maria Helena. “Bullying”: responsabilidade civil por dano moral. *Revista Argumentum*, v. 17, jan.-dez. 2016. p. 17-43.
- DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. *Revista Thesis Juris*, v. 5, n.2, mai.-ago./2016. p. 263-288.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
- DINIZ, Souza. *Código civil alemão: traduzido diretamente do alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Trad. por Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935. t. 2, v. 2.
- EXPÓSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.
- FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a indenização equitativa por danos causados por incapazes: tendência ou excepcionalidade no sistema da responsabilidade civil no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, jul.-set./2017. p. 93-115.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 3, 1963. p. 29-38.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso completo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, 2020. p. 1-22. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo>. Acesso em: 20 nov. 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCIA, Filipe Rodrigues. A responsabilidade civil pelos atos dos menores de idade: comentários ao Recurso Especial n. 1.074.937/MA. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, 2016. p. 1-36. Disponível em: <http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-pelos-atos-dos-menores-de-idade>. Acesso em: 16 jun. 2022.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. *Dever de proteção nas relações contratuais*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 61, mai.-out./2008. p. 93-111.

GEFFROY, Claire. *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*. Paris: Librairies techniques, 1974.

GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. Responsabilidade civil pelo risco da atividade e nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um Colóquio Brasil-Portugal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 1, n. 1, 2015. p. 21-43.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, 2 e 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRANGER, Edgar Herbert. Aristotle on Genus and Differentia. *Journal of the History of Philosophy*, v. 22, n. 1, 1984. p. 1-23.

GUTTMACHER, Manfred S.; WEIHOFEN, Henry. Mental Incompetency. *Minnesota Law Review*, v. 36, n. 3, 1952. p. 179-212.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *The Yale Law Journal*, v. 26, n. 8, jun./1917. p. 710-770.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. t. 251.

JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA UMinho, 2015.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. por Raul Lima. *Revista Forense*, v. 86, n. 454, abr./1941. p. 52-63.

JUSTINIANO. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. por José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

KASER, Max. *Roman Private Law*. Trad. por Rolf Dannenbring. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, v. 2, n. 1, jan.-fev. 2006. p. 15-26.

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. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, jan.-mar. 2007. p. 3-34.

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

KUNKEL, Wolfgang. *An introduction to roman legal and constitutional history*. Trad. por J.M. Kelly. Oxford: Clarendon Press, 1966.

LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 19, jan.-mar. 2019. p. 39-61.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Trad. por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2.

LE GALL, Jean-Pierre. Liability for Persons Under Supervision. In: DROBNIG, U. [et al.] (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law Online*. v. 11 (Torts), 1976. p. 3-39.

LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 51, 2010. p. 101-120.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *Conjur*, 16 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 26 jul. 2021.

LUSH, Denzil. Guardianship in England and Wales. In: DAYTON, A. Kimberley (Ed.). *Comparative perspectives on adult guardianship*, Durham: Carolina Academic Press, 2014. p. 137-152.

MACHADO, João Baptista. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iurídica, 1991. v. 1.

MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul.-set. 2013. p. 289-306.

MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts: a comparative treatise*. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTIN, Wayne; MICHALOWSKI, Sabine; JÜTTEN, Timo; BURCH, Matthew. Achieving CRPD Compliance: Is the Mental Capacity Act of England and Wales compatible with the Un Convention on the Rights of Persons with Disability? If not, what next? *Report for the Uk Ministry of Justice*. Essex: Essex Autonomy Project, University of Essex, 2014.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almedina, 2001.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: apontamentos*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.) *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23-66.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, mar. 2001. p. 181-207.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 93, 1991. p. 29-52.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2.

MARUM, Mariana Garcia Duarte. *O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting: podem os pais serem responsabilizados civilmente à luz do Direito Civil português?* Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. v. 1.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 14, n. 2107, 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12584>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Albertino Daniel de. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. t. 1.

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 a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. O princípio da equidade: por uma nova exegese. *Revista SERVIAM JURIS*, v. 3, n. 3, jun./2018. p. 45-57.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *A personalidade jurídica dos grandes primatas*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. a. 7, n. 1, 2018, p. 1-25. Disponível em: <http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018.

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

MORENO MARÍN, María Dolores. La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica. *Diario La Ley*, nº 10107, 2022, p. 1-15.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). *Direitos da Personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri: Manole, 2019.

MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1 e 2.

NEVES, António Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade. *Revista portuguesa de ciência criminal*, a. 6, jan.-mar./1996. p. 9-43.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas Constituições Brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, a. 17, v. 68, ago./2016. p. 225-240.

NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, v. 11, 1929. p. 13-43.

NONATO, Orozimbo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. *Revista Forense*, v. 83, a. 37, jul./1940. p. 371-377.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Curatela de Pessoas Vulneráveis e as Diretivas de Curatela: fragilidades legais e sugestões de aprimoramento à luz do princípio da vontade presumível*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2023.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. A teoria das pessoas no esboço de Teixeira de Freitas: superação e permanência. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, a. 11, n. 40, abr.-jun./1987. p. 7-28.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Trad. por Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPCD, 2012. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf?sequence=4. Acesso em: 27 jun. 2022.

ÖRÜCÜ, Esin. *The enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Cinca, 2007.

PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, a. 3, abr.-jun./2016. p. 185-206.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. O conceito de capacidade legal na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 3, 2018. p. 948-969.

PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Trad. por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, a. 6, jan.-mar./2019. p. 169-214.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 2.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C, 1928.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral* (Introdução: pessoas físicas e jurídicas). Atual. por Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral* (Validade, Nulidade, Anulabilidade). Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial, direito das obrigações* (relações jurídicas obrigacionais, transferência de créditos). Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 23.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações* (representação,). Atual. por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 44.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, direito das obrigações* (atos ilícitos absolutos,). Atual. por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53.

PORCHAT, Reynaldo. Direito Romano. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 19, 1911. p. 9-52.

PRESTON, Cheryl B.; CROWTHER, Brandon T. Infancy Doctrine Inquiries. *Santa Clara Law Review*, n. 47, 2012. p. 47-80.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.

PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt: [s.e.], 1749. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 13 ago. 2021.

PUGGINA, Ana Cláudia Giesbrecht; SILVA, Maria Júlia Paes da. Sinais vitais e expressão facial de pacientes em estado de coma. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 62, n. 3, mai.-jun./2009. p. 435-441.

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, jun./1998, p. 22-30. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020.

REGAN, Tom. *The Case for Animal Rights*. Berkeley: University of California Press, 1983.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880. t. 1 e 2.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, jan./2010. p. 65-106.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum*, v. 5, n. 2, jul.-dez./2010. p. 13-52.

RODRIGUES, Nina. *O alienado no Direito Civil brasileiro: apontamentos médico-legais ao projeto de Código Civil*. Bahia: Prudêncio de Carvalho, 1901.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

ROSEVALD, Nelson. A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta. IBDFAM. 03 jul. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1225/A+caixa+de+Pandora+da+incapacidade+absoluta>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ROSEVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. *Revista do IBERC*, v. 1, n. 1, nov.-fev./2019. p. 01-43.

ROSEVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 731-798.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. *American University Law Review*, n. 42, jan./1993. p. 1269-1333.

SAHYOUN, Najla Pinterich; SAHYOUN, Nacoul Badoui. A responsabilidade civil do apoiador na tomada de decisão apoiada. *Revista dos Tribunais*, v. 997, nov./2018. p. 381-393.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista do IBERC*, v. 4, n. 1, jan.-abr./2021. p. 1-18.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade de pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 32, out.-dez. 2012. p. 1-35.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. v. 1.

SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. por Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1888. v. 2.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, n. 22, 2005. p. 45-69.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Fundamento da Responsabilidade Civil: em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 90, nov./1959.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.85, abr./1959. p. 381-444.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade do Devedor pelos Factos dos Auxiliares, dos Representantes Legais ou dos Substitutos. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 72, jan./1958, p. 5-49.

SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*. Trad. por Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. *E-book*.

SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indenizar*. Lisboa: [s.e.], 1944. v. 1.

SILVEIRA, Alípio. *Conceito e função da equidade em face do direito positivo (especialmente no direito civil)*. São Paulo: [s.e.], 1943.

SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. Responsabilidade parental em tempos digitais. *Migalhas*, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/333668/responsabilidade-parental-em-tempos-digitais>. Acesso em: 16 jun. 2022.

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil brasileiro. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 3, 2013. p. 165-181.

SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do Direito Civil. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, v. 4, a. 3, 2017. p. 897-911.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Conjur*, 06 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 12 jul. 2021.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Conjur*, 07 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 12 jul. 2021.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

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

SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas: 2003.

SIMÃO, José Fernando; PAVINATTO, Tiago (coords.). *Liber Amicorum Teresa Ancona Lopez: estudos sobre responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2021.

SLOVENKO, Ralph. *Psychiatry in law: law in psychiatry*. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2009.

SMITH, Marília de Arruda Cardoso. Doença de Alzheimer. *Revista Brasileira de Psiquiatria*. v. 21, supl. 2, out./1999. p. 03-07.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. n. LXXI, 1995. p. 403-468.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Effusum et Deiectum: Entre a Causalidade e a Imputação. *Migalhas*, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330738/effusum-et-deiectum--entre-a-causalidade-e-a-imputacao>. Acesso em: 19 abr. 2022.

STEINBERG, Stacey B. Sharenting: children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, v. 66, 2017. p. 839-884.

STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. Tese (Doutoramento). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, mai.-set./2004. p. 223-251.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC (Partes I e II). *Migalhas*, 26 ago. 2015. Disponível em: www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/225871/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13-146-2015--estatuto-da-pessoa-com-deficiencia---repercussoes-para-o-direito-de-familia-e-confrontacoes-com-o-novo-cpc--parte-ii. Acesso em: 12 jul. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

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

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil: direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, a. 5, out.-dez. 2018. p. 135-154.

TERRA, Aline Miranda Valverde; TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil por fato de terceiro na experiência brasileira. *Revista de direito da responsabilidade*, a. 1, 2019, p. 1077-1104.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (coord.). *Os Direitos civis da pessoa com deficiência*. São Paulo: Almedina, 2021.

TUHR, Andreas von. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Trad. por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946. v. 1.

TUHR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. 1 e 2.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General comment No. 1. Geneva, 2014.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Concluding observations on the initial report of Brazil. Geneva, 2015.

UNITED NATIONS. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em: 16 mar. 2021.

VALLE, Carlos Pérez del. *Imputabilitas e imputatio*. Disponível em: https://viadialectica.com/conferencias/imputabilitas_imputatio_perez_del_valle.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VASCONCELOS, Beatriz Avila. O escravo como coisa e o escravo como animal: da Roma antiga ao Brasil contemporâneo. *Revista UFG*, a. XIII, nº 12, jul./2012. p. 137-153.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito Comercial e Natureza das Coisas. *Revista de Direito Comercial*. Lisboa, dez./2017. p. 784-800.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela: arts. 1.694 a 1.783*. São Paulo: Atlas, 2003.

VELOSO, Zeno. Estatuto da Pessoa Com Deficiência: uma nota crítica. *IBDFAM*. 12 mai. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1111/Estatuto+da+Pessoa+Com+Deficiencia+uma+nota+critica>. Acesso em: 13 jul. 2021.

VENCHIARUTTI, Angelo. La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VICENTE, Dario Moura. *Direito Comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. 1.

VILLELA, João Baptista. Incapacidade Transitória de Expressão. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (orgs.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: homenagem a Túlio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 349-362.

VINEY, Geneviève. Responsabilidade Civil por Ato Ilícito. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (orgs.). *Introdução ao direito francês*. Trad. por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIOLA, Rafael. Indenização equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do Código Civil. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 1, 2013. p. 214-248.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 2.

WATTS, Peter. Contracts made by agents on behalf of principals with latent mental incapacity: the common law position. *The Cambridge Law Journal*, v. 74, mar. 2015. p. 140-154.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. por A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Julgados citados**Brasil**

STF, RE 466343, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008, *D.* 04-06-2009, p. 29-165.

STF, RE 76876, Rel. Ministro Leitão de Abreu, Segunda Turma, j. 16/11/1976, *DJ* 31-12-1976, p. 11240.

STJ, REsp n. 1.943.699/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 13/12/2022, *DJe* de 15/12/2022.

STJ, REsp n. 1.969.217/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 8/3/2022, *DJe* de 11/3/2022.

STJ, REsp 1927423/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 27/04/2021, *DJe* 04/05/2021.

STJ, REsp 1281594/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 15/05/2019, *DJe* 23/05/2019.

STJ, AgInt no AREsp 675.784/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 19/02/2019, *DJe* 14/03/2019.

STJ, REsp 1729615/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 02/10/2018, *DJe* 27/11/2018.

STJ, REsp 1694984/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 14/11/2017, *DJe* 01/02/2018.

STJ, REsp 1436401/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02/02/2017, *DJe* 16/03/2017.

STJ, REsp 1101324/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 13/10/2015, *DJe* 12/11/2015.

STJ, REsp 1206805/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 21/10/2014, *DJe* 07/11/2014.

STJ, REsp 1.251.728/PE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 14.05.2013, *DJe* 23.05.2013.

STJ, REsp 1.152.541/RS, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 13/9/2011, *DJe* 21/9/2011.

STJ, REsp n. 1.074.937/MA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 1/10/2009, *DJe* 19/10/2009.

STJ, REsp 296.895/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 06/05/2004, *DJ* 21/06/2004, p. 214.

STJ, REsp 38.353/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 01/03/2001, *DJ* 23/04/2001, p. 158.

STJ, AgRg no Ag 99.834/MG, rel. Ministro Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 10.06.1996, *DJ* 5.8.1996, p. 26358.

STJ, REsp 13.403/RJ, rel. Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 6.12.1994, *DJ* 20.2.1995, p. 3186.

TJSP; Apelação Cível 1067602-92.2017.8.26.0002; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/07/2020; Data de Registro: 20/07/2020.

TJSP; Apelação Cível 1004604-37.2014.8.26.0344; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2019; Data de Registro: 02/08/2019.

TJSP; Apelação Cível 0003020-19.2011.8.26.0291; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaboticabal – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2018; Data de Registro: 24/10/2018.

TJSP; Apelação Cível 1002052-90.2014.8.26.0347; Relator (a): Dimitrios Zarvos Varellis; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Matão – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2018; Data de Registro: 11/04/2018.

TJSP; Apelação Cível 0000148-52.2013.8.26.0229; Relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 10ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Hortolândia – 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 26/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018.

TJSP; Apelação Cível 0003468-30.2009.8.26.0495; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Registro – 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 12/08/2014; Data de Registro: 12/08/2014.

TJSP; Apelação Cível 9136878-66.2006.8.26.0000; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André – 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 22/12/2010; Data de Registro: 06/01/2011.

Estados Unidos da América

Breunig vs. American Family Ins. Co., 173 N. W. 2d 619, 624 (Wis. 1970).

Guardianship of Meyer, 218 Wis. 381, 261 N.W. 211 (1935).

Inglaterra

Mullin v. Richards [1998] 1 WLR 1304 CA.

Imperial Loan Co v. Stone [1892] 1 QB 599 CA.

Itália

Corte di Cassazione, 28 gennaio 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 496.

Corte di Cassazione, 28 maggio 1941, in *Foro it.*, 1941, I, 804.

Tribunale di Roma, 28 maggio 1987, RGCT, 1988, 635.