

Da responsabilidade civil da pessoa com deficiência e do afastamento da responsabilidade civil subsidiária do curador após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

The civil liability of the person with disabilities and the removal of subsidiary civil liability from the curator after the advent of the Disabled Person Statute.

Edgard Fernando Barbosa¹

Resumo: a presente pesquisa tem como objetivo investigar o lugar da responsabilidade civil na correspondência entre os dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, perpassa a interpretação dos artigos que compõem a Lei 10.406/2002 e a Lei 13.146/2015 com o intuito de delinear as dissonâncias e/ou correspondências presentes nessas legislações para, em seguida, considerar o instituto da Tomada de Decisão Apoiada como um aporte de conexão entre as leis supracitadas. Em decorrência disso é que a TDA será analisada como um processo que se inscreve em ambas as legislações e, por isso, pode auxiliar na garantia, tanto da responsabilidade civil, quanto na da capacidade legal das pessoas que a ela recorrem.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Pessoa com Deficiência, Tomada de Decisão Apoiada, Código Civil, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Abstract: this research aims to investigate the place of civil liability in the correspondence between the provisions of the Civil Code and the Statute of the Person with Disabilities. To this end, the interpretation of the articles that make up Law 10.406 / 2002 and Law 13.146 / 2015 is permeated with the aim of delineating the dissonances and / or correspondences present in these legislations, and then considering the Supported Decision Making Institute as connection between the aforementioned laws. As a result, TDA will be analyzed as a process that falls under both laws and, therefore, can assist in guaranteeing both civil liability and the legal capacity of the people who resort to it.

Keywords: Civil Liability, Person with Disability, Supported Decision Making, Civil Code, Status of Person with Disability.

I. Introdução.

O Código Civil brasileiro passou por reformulações no ano de 2002. Todavia, no ano de 2015, ocorreu à instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a Lei 13.146/2015. Esta legislação, conhecida como

¹ Doutorando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Processual (IBEJ/PUC-PR), em Direito Processual Civil (IBEJ/PUC-PR) e em Direito Civil (IBEJ/Positivo). Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná e advogado. Email: edg@tjpr.jus.br

Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), ao modificar o Código Civil, retirou do regime das incapacidades as pessoas com deficiência e as remeteu ao regime geral da plena capacidade. Entretanto, algumas disposições do Código Civil não foram diretamente alteradas com a instauração do EPD e, por isso, recaem em questionamentos quando confrontadas entre si.

O art. 928 do Código Civil afirma a possibilidade excepcional de responsabilizar o incapaz pelos prejuízos que causar a terceiros e o art. 932 apresenta a responsabilidade subsidiária decorrente da relação entre pais e filhos, tutores e tutelados e curadores e curatelados. É a partir do enunciado desses dois artigos de lei, em perspectiva com a capacidade legal e a relação que esta delinea com a responsabilidade civil, que o presente estudo desenvolve sua investigação.

A princípio, a projeção da responsabilidade civil decorrente do vínculo entre os pais, tutores e curadores para com os filhos, tutelados ou curatelados, presta-se para supervisionar e dar norte em suas correlações. No entanto, como é sabido, com o advento do EPD não mais persiste o antigo regime das incapacidades para a pessoa com deficiência; assim, esta nova determinação legal projeta dúvida quanto ao fato de remanescer ou não uma corresponsabilidade, em especial, do curador em face dos atos de seu curatelado. Isto porque, se a pessoa com deficiência não está mais circunscrita no regime das incapacidades, quais seriam as implicações dessa relevantíssima alteração provocada pelo EPD no Código Civil no que tange à responsabilidade civil? Afinal, essa modificação da lei estaria adequada à realidade?

Propõe-se, com este artigo, estabelecer uma análise do lugar da pessoa com deficiência em relação à superação do regime das incapacidades e como esta mudança estaria a alterar o lugar que ela ocupa na nova interpretação da responsabilidade. A partir dessas delimitações é que o conteúdo estende o debate para o processo da Tomada de Decisão Apoiada e registra o modo como este pode auxiliar na compreensão das dissonâncias entre o EPD e o Código Civil, em particular, no que respeita à responsabilidade civil.

É mediante a investigação do conteúdo da TDA - como um recurso para a compreensão da responsabilidade civil e da conexão entre o EPD e o Código Civil - que a pesquisa se expande para o campo da filosofia do direito. Nesse aspecto, apresenta-se o debate entre Ronald Dworkin, H. L. A. Hart, John Rawls e Amartya Sen com o intuito de compreender quais direitos e quais deveres se estruturam na formulação das leis e como estas são validadas no contexto de interpretação social e na aplicação da prática jurídica para um efetivo exercício da liberdade do indivíduo no âmbito do direito.

II. O Código Civil e a demarcação dos critérios de responsabilidade.

A responsabilidade civil está prevista no Código Civil e compreende em seus pressupostos a segurança jurídica na relação firmada entre as pessoas. O Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar, do Título IX – Da responsabilidade Civil, Do Livro I – Do Direito das Obrigações, da Parte Especial do Código Civil, apresenta diversos alinhamentos a respeito da responsabilidade civil presentes na legislação brasileira.

No art. 928 é estabelecida a possibilidade de o incapaz responder pelos prejuízos que causar a outrem, desde que os seus responsáveis não tenham condições de suportá-los. Com base nessa ressalva legal é que a pesquisa objetiva investigar a extensão dessa exceção no debate entre o Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Portanto, a investigação almeja compreender como a pessoa com deficiência deve responder ante os critérios da responsabilidade civil, agora a partir da sua exclusão do regime das incapacidades por decorrência do EPD.

Como se anunciou alhures, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência promoveu, mediante reformulação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, alteração de ampla repercussão quanto ao regime das incapacidades, uma vez que não se pode mais demarcar como incapazes as pessoas por sua mera condição de deficiente. Desse modo, quando o artigo 928 do Código Civil afirma a possibilidade de responsabilização do incapaz pelos danos que possa vir a causar a outrem, essa ressalva passa a ser vinculada à qualificação das pessoas: se capazes ou incapazes, projetando questionamentos sobre em que medida essas alterações repercutiriam na pessoa com deficiência:

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.

Para Rosália T. V. Ometto, “o fato de que se o agente não tiver consciência de sua conduta não se pode responsabilizá-lo, salvo por esse artigo que excepciona os incapazes e cria a responsabilidade subsidiária ou secundária”². Assim, a responsabilidade civil não se aplicaria à pessoa sem pleno discernimento de sua conduta, exceto na hipótese do art. 928 do Código Civil, que excepciona a possibilidade de demarcar uma responsabilidade subsidiária. Nesse sentido, torna-se possível responsabilizar o incapaz pelos prejuízos causados a terceiros se seus responsáveis não desfrutarem de meios suficientes para responder por aqueles prejuízos.

De acordo com a Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), a incapacidade pode ser compreendida dentro da descrição de dois dispositivos de lei distintos, ou seja, dos absolutamente incapazes³ ou dos relativamente incapazes⁴. O primeiro descreve somente os menores de dezesseis anos e, o segundo, os maiores de dezesseis e menores de dezoito, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que não podem exprimir suas vontades e os pródigos. Sendo assim, com o advento do EPD, não há mais espaço para as pessoas com deficiência dentro do regime das incapacidades previsto pelo Código Civil.

Por outro lado, o inciso II, do art. 932, do Código Civil apresenta a responsabilidade civil subsidiária decorrente da relação entre o curador e o curatelado, ou seja, o curador é corresponsável pela reparação civil dos danos

² Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2018, p. 745.

³ Código Civil. Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

⁴ Código Civil. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

que o seu curatelado possa vir a causar a terceiros⁵. Sendo assim, o inciso II, do art. 932, descreve a responsabilidade civil objetiva subsidiária que existe na relação entre o curador e o seu curatelado. Entretanto, com o advento do EPD, a curatela passa a ser uma medida de excepcionalidade em relação às pessoas com deficiência que, por conseguinte, passa a ser aplicada somente em casos específicos e quando houver comprovada necessidade. Dessa forma, a partir da nova formulação do art. 1.767 do Código Civil, pode ocorrer a exclusão da pessoa com deficiência do aporte legislativo que os sujeitaria a curatela⁶.

Como vimos, a partir da instauração do EPD, as pessoas com deficiência não estão mais enquadradas na descrição de pessoas que necessariamente estarão sujeitas à curatela. No entanto, uma nova relação se apresenta com o EPD, a incorporação do instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) mediante a instituição do art. 1.783-A do Código Civil, o que representa uma nova dinâmica para a relação de auxílio à pessoa com deficiência.

A Tomada de Decisão Apoiada está agora prevista na Parte Especial do Código Civil em seu Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada -, do Título IV – Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada -, do Livro IV – Do Direito de Família. Confira-se:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculo e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade⁷.

A Tomada de Decisão Apoiada (TDA), distintamente da curatela, está pautada em um pedido feito pela pessoa com deficiência que, por fatores diversos, sente a necessidade de requerer para si um apoio para executar atos de sua vida civil. Desse modo, a TDA não é uma medida restritiva da capacidade legal da pessoa com deficiência; ao contrário, é um instrumento de exercício da autonomia e de sua capacidade legal.

Segundo Menezes, a distinção entre a TDA e a curatela está no fato de que a TDA objetiva a “formalização de um acordo de apoio, sem a mitigação da capacidade civil”⁸, enquanto que a curatela representa “uma medida mais agressiva à capacidade civil do beneficiário”⁹. Nestas condições, a TDA se apresenta com a natureza de instituto negocial a ser buscado através de procedimento de jurisdição voluntária sem que, com isso, seja afetada a higidez da plena capacidade da pessoa apoiada.

⁵ CC. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I -II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

⁶ CC. Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; V – os pródigios.

⁷ Código Civil. Lei 10.406/2012.

⁸ MENEZES. Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – 2ª ed. Ver. E ampliada/ Joyceane Bezerra de Menezes (organizadora) – Rio de Janeiro: Processo, 2020. p.696.

⁹ Idem.

Seguindo as palavras de Amartya Sen, a capacidade representa os “poderes para fazer ou deixar de fazer sem os quais não há escolha genuína”¹⁰. Por conseguinte, não há como defender a plena capacidade da pessoa com deficiência se ela não puder estar inscrita na possibilidade de fazer ou não fazer suas próprias escolhas. Todavia, em uma análise de responsabilidade civil da pessoa com deficiência, como essa relação pode ser demarcada? Como ocorre o delineamento da responsabilidade civil na relação entre o apoiador e o apoiado a partir da diferença entre TDA e curatela se essa mudança é marcada justamente pelo fato do reconhecimento da capacidade da pessoa com deficiência?

A compreensão da relação contextual normal entre o enunciado interno de que determinada norma de um sistema é válida e o enunciado factual externo de que o sistema é geralmente eficaz pode contribuir para que se aprecie sob a ótica correta a teoria comum que supõe que afirmar a validade de uma norma implica prever que ela será imposta pelos tribunais ou que, por causa dela, alguma outra providência oficial será tomada¹¹.

Tem-se pois, que de acordo com Hart, deve haver uma aplicação da norma pelos tribunais para que esta norma possa estabelecer sua validade. Desse modo, a validade de uma norma está diretamente vinculada à possibilidade de ser confirmada nas deliberações dos tribunais.

Por sua vez, Amartya Sen observa que as instituições possuem influência na vida das pessoas, mas ressalva que também é preciso observar o “comportamento real dessas pessoas, pelas interações sociais e outros determinantes significativos”¹². Logo, há que se compreender como poderia ocorrer uma conformidade entre o EPD e o Código Civil para que se reconheça a conexão da responsabilidade civil e seus reflexos, não somente em relação à tutela ou a curatela, mas também em face de um procedimento de Tomada de Decisão Apoiada.

III – A responsabilidade civil da pessoa com deficiência na Lei 13.146/2015 (EPD).

A Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, afirma que a pessoa com deficiência “tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”¹³. Essa lei, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), está pautada nas resoluções da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, por sua vez, está incursa no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto 6.949/2009. Cumpre-se anotar que, em ambos os diplomas legais, há ênfase em pronunciar o direito à igualdade das

¹⁰ SEN, A. Desigualdade reexaminada. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Editora Record: Rio de Janeiro – São Paulo, 2001, p.13.

¹¹ HART, H. L. A.. O conceito de direito/ H. L. A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.135.

¹² SEN, A. Desigualdade reexaminada. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Editora Record: Rio de Janeiro – São Paulo, 2001, p. 13.

¹³ Lei 13.146/2015. Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

peças com deficiência em relação aos demais. O mencionado diploma legal assenta expressamente em seu artigo 12 o reconhecimento da igualdade das peças com deficiência perante a lei:

2. Os Estados Partes reconhecerão que as peças com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais peças em todos os aspectos da vida.

3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de peças com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal¹⁴.

Desse modo, o reconhecimento da capacidade legal da pessoa com deficiência em parâmetros de igualdade com as demais peças e a promoção para o exercício dessa capacidade legal são compromissos firmados pelos países integrantes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Peças com Deficiência (CDPD), dentre os quais, o Brasil.

Não obstante, ressumbra o questionamento: afinal, se com o advento do EPD a pessoa com deficiência passa a exercer a sua capacidade legal nos mesmos termos de igualdade que as demais peças, sua responsabilidade civil passa, por força dessa novel legislação, também a ser considerada de modo igualitário?

De acordo com os parágrafos 2º e 3º do art. 84 do EPD, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) passa a ser trabalhado como um instrumento facultativo à disposição da pessoa com deficiência, a qual poderá solicitar – sob o manto do Judiciário – auxílio de terceiros apoiadores para deliberar a respeito dos atos de sua vida civil. Em contrapartida, e como já salientado anteriormente, a curatela passa a ser tratada como medida excepcional e, por isso, não é mais invariavelmente aplicável a todos os casos relacionados às peças com deficiência¹⁵.

Portanto, com esse novo direcionamento traçado pelo EPD, a curatela passa a ser considerada como uma medida protetiva excepcional que deve ser imposta à pessoa do curatelado somente nos casos em que se comprove a sua efetiva necessidade; vale dizer, mediante o reconhecimento da absoluta incapacidade da pessoa e, por que não dizer, mediante a interdição desta.

Por sua vez, a TDA se apresenta como um instrumento de auxílio à pessoa com deficiência, invocável mediante iniciativa da própria pessoa que se qualifica como tal. Desse modo, se a relação entre curador e curatelado se estabelece de forma compulsória e extraordinária e, por sua vez, a relação entre apoiador e apoiado é formada a partir de um requerimento do apoiado e mediante termo de acordo com os apoiadores, como definir um lugar para a responsabilidade civil no contexto das aventadas disposições do Código Civil e do EPD?

Os problemas decorrentes desse debate em torno da responsabilidade civil podem ser inscritos em quatro linhas distintas de raciocínio, a saber:

¹⁴ Decreto 6.949/2009. Art. 12 < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>

¹⁵ Lei 13.146/2015. Art.84. Art. 84. ...

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

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

i) a curatela não estaria mais diretamente vinculada com a responsabilidade subsidiária do curador em face da pessoa com deficiência, uma vez que não mais inscrita – invariavelmente - no regime das incapacidades;

ii) a TDA é uma medida de apoio para o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência requerida pela própria pessoa a ser apoiada que, corolário lógico, pressupõe-se dotar de discernimento. Nestas condições, por deter discernimento, o apoiado reservaria para si a responsabilidade civil;

iii) a curatela apresenta requisitos específicos para a relação entre o curador e o curatelado. Esses critérios poderiam ser eventualmente acomodados ao instituto da TDA; e

iv) a exclusão da pessoa com deficiência do regime das incapacidades permitiria que ela passasse a ser plena e exclusivamente responsável por seus atos.

De acordo com José Fernando Simão, com o advento do EPD a responsabilidade por danos causados a terceiros pelas pessoas com deficiência passa a ser da própria pessoa com deficiência. Para ele, quando se retira a pessoa com deficiência do contexto do regime das incapacidades, a excepcionalidade da responsabilidade subsidiária (pais/tutor/curador) prevista no artigo 928 do Código Civil não possui mais eficácia, uma vez que o incapaz referido no artigo não é mais considerada pessoa com deficiência.

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do CC. Pela sistemática do Código Civil, quem responde precipuamente pelos danos causados pelos incapazes são seus representantes legais (pais, tutores e curadores). Imaginemos uma pessoa que, por problemas psicológicos, tem perda ou séria redução de discernimento e, tendo acessos de fúria, gera graves danos a terceiros. Tal pessoa, sendo interdita por força da doença será cuidada por seu curador. Se causar danos, o patrimônio do curador responderá. O incapaz só responde subsidiariamente. Com o Estatuto, a responsabilidade será exclusiva da pessoa que causou o dano¹⁶.

Nesse contexto, há de se observar as implicações dessa nova postura para a vida da pessoa com deficiência, uma vez que, ao talante de cada interpretação, ela poderia ou não mais poderia assumir a responsabilidade por danos causados a terceiros.

Como se vê, a exceção do artigo 928 sugere interrogações em relação ao lugar das pessoas com deficiência e dos incapazes. É que, se o incapaz estiver enquadrado como relativamente incapaz, nos moldes do inciso III, do art. 4º e do inciso I, do art. 1.767 do Código Civil (“aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”), essa pessoa poderá ou não ser conclamada a responder subsidiariamente por danos que causar a terceiros. Entretanto, caso não se verifique conformação desses

¹⁶ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I) Acesso 01/09/20<<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>

dispositivos do Código Civil, a pessoa com deficiência pode ou não ser chamada a responder por seus atos. Nessa hipótese, uma vez que a pessoa com deficiência não mais se enquadra no regime das incapacidades, não mais estaria submetida à previsão dos citados dispositivos do referidíssimo Código.

No entanto, se a pessoa com deficiência fez o pedido de TDA por se auto-reconhecer vulnerável e inapta para, isoladamente, tomar uma decisão em relação a sua vida, poderia o regime da TDA – ainda que analogicamente - ser inscrito na previsão legal do art. 932 do Código Civil, que estabelece a responsabilidade civil subsidiária do tutor e do curador pelo tutelado ou curatelado?

Como se vê, a novel legislação, ao inovar instituindo o procedimento da TDA, intencionalmente ou não, nada dispôs sobre a episódica responsabilidade civil do apoiador em face dos atos do apoiado.

A Tomada de Decisão Apoiada é um modelo jurídico que se aparta dos institutos protetivos clássicos, tanto na estrutura como na função. É um paradigmático exemplo da influência que o Direito Constitucional exercita sobre o Direito Civil na tão esperada “personalização da pessoa humana”. Cuida-se de medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais. Definitivamente, é figura bem mais elástica do que a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, livre do estigma social da curatela, medida invasiva à liberdade da pessoa¹⁷.

Sendo assim, uma das premissas que fundamenta o instituto da TDA é o fato de que ela objetiva garantir e expandir o exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência. Pode-se, pois, inferir que com a TDA ocorre a valorização da autonomia da pessoa com deficiência em relação às escolhas da sua vida, uma vez que ela é incentivada a exercer as suas vontades. Nesse contexto, o desafio está em se compreender se o processo da TDA permite, ainda que por força do plano de apoio a ser ajustado entre o apoiado e seus apoiadores, uma demarcação da responsabilidade civil na relação que se estruturará entre esses personagens, bem como se essa possível relação de responsabilidade será plena ou meramente subsidiária. De acordo com Nelson Rosenvald:

Em sede de responsabilidade civil, é indiscutível que a pessoa apoiada pratica atos ilícitos, haja vista que em acréscimo à eventual prática de uma conduta antijurídica, preservada sobeja a sua imputabilidade, diversamente do que ocorre nos casos de curatela. Assim, haverá plena incidência do artigo 927 do Código Civil nas hipóteses de danos praticados pelos beneficiários do apoio. Não haverá dificuldade em estender a fundamentação da responsabilidade direta e mitigada das pessoas com concreta

¹⁷ ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoio e de seus Apoiadores. Acesso 01/09/20 <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores>>

vulnerabilidade (art. 927, c/c par. único, art. 928 do CC/02) para o âmbito dos beneficiários do apoio¹⁸.

Assim, para Rosenvald, nos casos de apoio pode ser reconhecida a responsabilidade civil dos beneficiários do apoio na forma prevista no art. 927¹⁹ do Código Civil e, nos casos em que há vulnerabilidade do apoiado, se aplicaria a regra da responsabilidade civil prevista no art. 928²⁰ daquele Código. Desse modo, a pessoa que requer o apoio responde pelos atos ilícitos que cometer posto não se tratar de incapaz. Entretanto, Rosenvald observa a possibilidade de incidir, em casos de comprovada vulnerabilidade, o modo mais flexível de responsabilidade civil descrita no art. 928 do Código Civil.

De acordo com o previsto no § 1º do art. 1.783-A do Código Civil, que versa sobre o procedimento da TDA, o apoio deverá estar pautado em termos específicos do limite e do compromisso resguardado pelo apoio²¹. Assim, a pessoa com deficiência, ao formular o pedido judicial de TDA, estabelece os compromissos que a vincularia com os apoiadores, compromissos esses que têm por objetivo preservar a vontade, os direitos e os interesses da pessoa que pede o apoio.

Cabe, então, questionar se seria possível que o plano de apoio discipline – inclusive - quanto à possível responsabilidade civil de apoiado e seus apoiadores, até mesmo porque o parágrafo 4º do art. 1.783-A do Código Civil estabelece que a TDA terá validade e efeito sobre terceiros, desde que esteja inscrita nos limites estabelecidos pelo apoio²². Por outro lado, pode ocorrer que não haja entendimento entre os apoiadores e o apoiado quanto à responsabilidade civil e, nesse caso, o juiz pode ser chamado a intervir para ajustar essa relação de apoio. Nessa hipótese, como demarcar a responsabilidade civil dos apoiadores e do apoiado, uma vez que o apoiado fez o pedido de TDA por carecer de auxílio em uma decisão da sua vida? Confira-se o disposto no § 6º do art. 1.783-A do Código Civil:

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão²³.

Aqui sobreleva mais uma relevante indagação: pode o juiz disciplinar a responsabilidade civil no âmbito da TDA? Haveria limites ou parâmetros para esse atuar do magistrado? Note-se que legislação de pertinência nada revela.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoio e de seus Apoiadores. Acesso 01/09/20 <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores>>

¹⁹ Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁰ Código Civil. Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar de necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

²¹ Código Civil. Art. 1.783-A.

²² Código Civil. Art. 1.783-A. § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

²³ Código Civil. Art. 1.783-A.

Considerando que a TDA é um processo judicial que visa expandir e assegurar o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência, a perspectiva de emergir alguma litigiosidade entre o apoiado e seus apoiadores – no âmbito desse procedimento de jurisdição voluntária – desconstruiria toda a validação e eficiência visada para o auxílio à pessoa com deficiência mirada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

Não se pode olvidar que sempre estará presente o risco de os apoiadores agirem com negligência e/ou não corresponderem às projeções do apoio, circunstância essa que poderá afastá-los da Tomada de Decisão Apoiada. É o que estabelecem os §§ 7º usque 9º do art. 1.783-A do Código Civil:

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada²⁴.

Em situações como esta, seria possível repercutir alguma responsabilização aos apoiadores por sua aventada negligência ou ineficiência no cumprimento de seus compromissos como apoiadores? Seria o caso de aplicação das regras da responsabilidade civil objetiva e/ou subjetiva reguladas pelo capítulo específico do Código Civil no campo obrigacional²⁵? Ou, como se aventou alhures, incidiria a responsabilidade civil subsidiária dos apoiadores por aplicação analógica dos fundamentos da curatela previstos nos já invocados arts. 1.728 e 1.732 do Código Civil?

Neste ponto do debate, cabe convocar Dworkin:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo²⁶.

A prerrogativa de pensar o direito para além das demarcações impositivas do processo legislativo pode corroborar uma solução flexível dentro dos próprios conflitos que a própria lei lega, intencionalmente ou não. Não obstante, propiciar segurança jurídica, em especial, para as pessoas que se encontram em estado de deficiência ou mesmo de vulnerabilidade, é desafio e missão que se apresenta ao profissional do Direito.

²⁴ Código Civil. Art. 1.783-A.

²⁵ Código Civil. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁶ DWORKIN, R. *O império do direito*/ Ronald Dworkin; tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p.492.

De acordo com Hart, a posição que se destacou de Dworkin quanto à doutrina dos direitos, incorre em erro justamente por relativizar os aspectos impositivos do direito que estariam a fundamentar a própria eficácia da lei.

Os direitos e os deveres jurídicos são elementos através dos quais o direito, com seus recursos coercitivos, respectivamente protege e limita a liberdade individual, e confere ou nega aos indivíduos o poder de utilizarem eles próprios a máquina coercitiva do direito. Assim, sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos exigem atenção como pontos focais no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe de méritos morais²⁷.

Portanto, ao se investigar da demarcação da responsabilidade civil da pessoa com deficiência no contexto de debate que se estabelece – como aqui se procurou demonstrar – entre os dispositivos de lei presentes no Código Civil e no EPD, há que se conferir se a lei está sendo efetivamente delineada com a ampla visão do contexto social, nomeadamente, o contexto das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, o debate perpassa dois pontos dissonantes: por um lado, a legislação não apresenta especificações a respeito de (1) se e (2) como se projetaria a episódica responsabilidade civil do apoiado ou de seus apoiadores no processo de Tomada de Decisão Apoiada. Por outro lado, em disciplinando detalhadamente sobre responsabilidade civil dos atores da TDA, poderia incorrer essa mesma legislação em afronta à autonomia da vontade da pessoa com deficiência, instituto especialissimamente valorado no EPD e, corolário disso, forçar um movimento contrário ao regime das incapacidades implementado por esse novel Estatuto.

IV – A Lei 13.146/2015 (EPD) e a reformulação do Código Civil quanto ao regime das incapacidades.

A instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) em julho de 2015 implicou na incorporação de alterações importantes no Código Civil de janeiro de 2002. Todavia, essas alterações não refletem um debate findado a respeito da demarcação da responsabilidade civil da pessoa com deficiência. E, com a inscrição do instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) pelo EPD, exsurtem questões controversas que perpassam a relação entre o apoiado e seus apoiadores em um contexto de análise distinto daquele entre o curador e o curatelado, como procurou-se aqui demonstrar

Uma outra questão que se apresenta em face do instituto da Tomada de Decisão Apoiada é se esse procedimento estaria restrito às pessoas com deficiência ou se comportaria invocação por uma pessoa que, episodicamente, possa ser qualificada como vulnerável.

De acordo com Menezes, qualquer pessoa que precise de auxílio para o exercício da sua capacidade legal pode ajuizar uma TDA:

²⁷ HART. H. L. A.. O conceito de direito/ H. L. A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.347.

Embora inclusão da TDA no Código Civil seja fruto de alteração proposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, poderá ser utilizada por qualquer pessoa maior que sinta necessidade de apoio para o exercício de sua capacidade legal, tais como: idosos, drogaditos ou alcoólicos, pessoas que tenham dificuldade para locomoção, limitadas por seqüelas de acidente vascular cerebral ou aquelas que estão nas fases iniciais de doença de Alzheimer, além daquelas que tem alguma deficiência física, psíquica ou intelectual²⁸.

Portanto, nas palavras de Menezes, outro ponto que demarca o instituto da TDA é que ele não estaria restrito ao pedido de uma pessoa com deficiência, mas ao pedido de qualquer pessoa que, por motivos diversos, se encontre em estado de vulnerabilidade e se sinta compelida a pleitear apoio.

Na Itália, o *amministratore di sostegno*²⁹ representa uma alternativa de apoio à pessoa por deficiência ou a pessoa que apresenta alguma doença, mesmo que temporária, e que possa vir a precisar de assistência para exercer os atos da vida civil. A aplicação do *amministratore di sostegno* requer a identificação do apoiador e as justificativas pelas quais o apoio é necessário, observando, sempre, as necessidades e interesses da pessoa sobre proteção³⁰. A remoção do *amministratore di sostegno* ocorre oficialmente pelo juiz quando se constata que a proteção não está suprindo os objetivos para a qual foi estabelecido e, por isso, ocorre à remoção do apoiador e à nomeação de um curador temporário³¹.

A Argentina apresenta o instituto de *apoyo al ejercicio de la capacidad*³² e destaca a ideia de que ele pode ser reivindicado por qualquer pessoa que

²⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – 2ª ed. Ver. E ampliada/ Joyceane Bezerra de Menezes (organizadora) – Rio de Janeiro: Processo, 2020, p.688.

²⁹ Codice Civile. Artt. 404 - Amministrazione di Sostegno. La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio<<https://www.brocardi.it/codice-civile/>>

³⁰ Codice Civile. Artt. 407. Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno deve indicare le generalità del beneficiario, la sua dimora abituale, le ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno, il nominativo ed il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, degli ascendenti, dei fratelli e dei conviventi del beneficiario.

Il giudice tutelare deve sentire personalmente(1) la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa.

³¹ Codice Civile. Artt. 413. Quando il beneficiario, l'amministratore di sostegno, il pubblico ministero o taluno dei soggetti di cui all'articolo 406, ritengono che si siano determinati i presupposti per la cessazione dell'amministrazione di sostegno, o per la sostituzione dell'amministratore, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare.

L'istanza è comunicata al beneficiario ed all'amministratore di sostegno.

Il giudice tutelare provvede con decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori.

Il giudice tutelare provvede altresì, anche d'ufficio, alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario. In tale ipotesi, se ritiene che si debba promuovere giudizio di interdizione o di inabilitazione, ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda. In questo caso l'amministrazione di sostegno cessa con la nomina del tutore o del curatore provvisorio ai sensi dell'articolo 419, ovvero con la dichiarazione di interdizione o di inabilitazione.

³² Código Civil y Comercial de la Nación Artículo 43. – Concepto. Función, Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la

conclame por apoio para tomar decisões em sua vida. Dessa forma, o *apoyo al ejercicio de la capacidad* objetiva facilitar a vida da pessoa que necessita de auxílio para deliberar sobre seus interesses mediante respeito aos interesses da pessoa a ser apoiada. Sendo assim, *apoyo al ejercicio de la capacidad* destaca a importância de nomear e fixar as medidas de apoio daquele que irá prestar o auxílio, como forma de resguardar os direitos da pessoa apoiada, inclusive para prevenir possíveis conflitos futuros.

Nessa mesma linha de posicionamento, Portugal instituiu recentemente o regime do “*maior acompanhado*”³³, o que fez com o propósito de propiciar uma maior inclusão das pessoas que apresentam alguma forma de vulnerabilidade e/ou deficiência. Nesse sentido, o auxílio do “*maior acompanhado*” independe de deficiência, uma vez que ele pode ser aplicado por questões de saúde ou de comportamento. O regime do “*maior acompanhado*” está disponível em Portugal para qualquer pessoa que se sinta impossibilitada de exercer plenamente os seus direitos ou de cumprir os seus deveres.

Constata-se, pois, da comparação com as mencionadas legislações estrangeiras, que há uma significativa e importante diferença na formulação da TDA brasileira, eis que por aqui o pedido de TDA ficou, ao menos nos termos rígidos da lei, restrito às pessoas com deficiência³⁴. Ou seja, a possível incorporação a outros casos de apoio, que não para as pessoas que se intitulem como deficientes, estará condicionada à uma interpretação ampliada da doutrina e o referendo do Judiciário, caso a caso.

Como se vê, a interrogação a respeito do lugar da responsabilidade civil no processo da TDA se inscreve em debates para além daquele estabelecido para as pessoas com deficiência.

Sempre que uma sociedade decide maximizar a soma dos valores intrínsecos ou o saldo líquido de satisfação dos interesses, corre-se o risco de descobrir que a negação da liberdade para alguns se justifica em nome desse objetivo único. As liberdades de cidadania igual estão inseguras quando fundadas em princípios teleológicos. A argumentação a favor delas se apóia em cálculos tão precários quanto controversos, e em premissas incertas³⁵.

De acordo com Rawls, quando a sociedade acaba por exaltar em demasia certos interesses em detrimentos de outros, ela acaba por negar a

comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Persona. < <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>>

³³ Decreto-Lei nº. 49/2018. Art.138. Acompanhamento. O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código. < <https://dre.pt/home/-/dre/115553662/details/maximized>>

³⁴ Código Civil. Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

³⁵ RAWLS. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000. p.229.

liberdade de uns em benefício do alcance de um objetivo comum. Todavia, para esse extraordinário jurista, essa justificativa pautada na correspondência direta para cumprir um fim específico dentro da sociedade incorre na insegurança dos fundamentos de uma liberdade igualitária. Desse modo, se as mudanças no processo da TDA ocorrem para comportar toda a pessoa que a ela recorra, poderá ocorrer à dissolução do seu propósito inicial que é promover a autonomia da pessoa com deficiência.

No entanto, também pode ocorrer que a falta de atenção para ampliar o apoio deixe de observar as necessidades de outras pessoas que prescindem de auxílio para tomar decisões e, se não receberem essa assistência, acabam sendo negligências e, por conseguinte, poderão ter sua liberdade cerceada.

Segundo o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal³⁶, o tratamento isonômico representa a perspectiva de tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais; vale dizer, em condições de diferenças é preciso observar essas diferenças para proporcionar um nivelamento que equipare as desigualdades. No caso do processo da TDA, as diferenças precedem o próprio processo da TDA, mas a sua aplicação deve cumprir com a sua premissa maior que é a de propiciar a exercício autônomo da capacidade legal da pessoa apoiada.

Para John Rawls, a significado da igualdade pode ser analisado em um debate com o princípio da justiça. Nesse sentido, ele observa uma correlação entre a participação das pessoas em relação às determinações estabelecidas pelas instituições que as regulam e, por conseguinte, a possibilidade de acesso à igualdade³⁷. Desse modo, seria possível demarcar a existência da igualdade a partir da abdicação da singularidade; ou seja, haveria acesso à igualdade no momento em que a liberdade é suprimida pelas regras que são comuns a todos.

Nestas condições, pode-se inferir que o procedimento brasileiro da Tomada de Decisão Apoiada pode ser caracterizado por um contrassenso na sua própria formulação, uma vez que aquele que a invoca deve se qualificar na petição inicial como deficiente que busca o apoio para exercer sua capacidade civil. Vale dizer, aquele que não se qualifica como deficiente, mas se sente vulnerável, não estaria habilitado para vindicar essa providencial alternativa de apoio para o exercício de seus direitos.

A seu turno, Amartya Sen não exclui a importância das instituições para a estrutura da sociedade e destaca a relevância de considerar os indivíduos e suas relações de modo independente.

O princípio organizador que monta todas as peças em um todo integrado é a abrangente preocupação com o processo do aumento das liberdades individuais e o comprometimento social de ajudar para que isso se concretize³⁸.

Na esteira do pensamento de Sen, a preocupação com a expansão da liberdade deve estar inscrita dentro de uma sociedade. Com isso, não se afirma que a liberdade se aplica de forma irrefletida, mas que ela deve ser

³⁶ Constituição Federal. Art.5º.

³⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000. p. 561.

³⁸ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. 2010, p.378.

considerada dentro da formação estrutural das instituições que orientam a sociedade.

Portanto, mais do que demarcar uma solução final para o debate entre o processo da TDA e o reconhecimento da responsabilidade civil, é necessário observar em que medida a formulação da TDA garante o exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência, assim como das pessoas que necessitem dessa modalidade de suporte judicial, mas que não estão referidas na correlativa legislação.

V. Considerações Finais.

A razão de ser da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) funda-se no suporte que esse procedimento judicial pode proporcionar à pessoa com deficiência que se sinta insegura para deliberar sobre atos de sua vida civil. Todavia, a partir de uma interpretação ampliada, pode ser reconhecida como alternativa de apoio extensível a toda a pessoa que se encontre em estado de vulnerabilidade.

Outrossim, inequívoca a dificuldade que se apresenta na demarcação da responsabilidade civil decorrente da Tomada de Decisão Apoiada, justamente pela omissão a respeito, intencional ou não, da legislação que a instituiu, notadamente porque instituto claramente inconfundível com a curatela que, por sua vez, detém regras específicas sobre a responsabilidade civil do curador e do curatelado.

A promoção do exercício de direitos deve manter sua primazia, evitando-se o risco de retomar discriminações já superadas. Por outro lado, ante excepcionalidades, estas devem ser tratadas como tal – de modo excepcional, pautando-se na investigação das singularidades e não das generalidades, sob pena de incidir em rejeição da sagrada liberdade da pessoa enquanto um ser de direito, daí porque a importância de clareza da regulamentação no que respeita à responsabilidade civil dos atores da curatela, assim como da Tomada de Decisão Apoiada.

Acobertado pelas tocantes palavras de Amartya Sen, “Não é tanto uma questão de ter regras exatas sobre como exatamente devemos agir, e sim reconhecer a relevância de nossa condição humana comum para fazer as escolhas que se nos apresentam”³⁹.

³⁹ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.360.