

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Direito

David Salim Santos Hosni

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE
ENVOLVA TRANSTORNO MENTAL**

Belo Horizonte
2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Direito

David Salim Santos Hosni

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE
ENVOLVA TRANSTORNO MENTAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Direito, Poder e Liberdade

Orientador: Prof. Dr. Brunello Stancioli

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

H827r Hosni, David Salim Santos
A responsabilidade civil da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental [manuscrito] / David Salim Santos Hosni. - 2022.
189 f.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 180-189.

1. Direito civil - Teses. 2. Pessoas com deficiência - Teses. 3. Equidade (Direito) - Teses. 4. Responsabilidade (Direito) - Teses. 5. Doenças mentais - Teses. I. Stancioli, Brunello. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.51-056.26



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO

DAVID SALIM SANTOS HOSNI

Realizou-se, no dia 22 de agosto de 2022, às 13:00 horas, Virtual / Online, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE ENVOLVA TRANSTORNO MENTAL*, apresentada por DAVID SALIM SANTOS HOSNI, número de registro 2018652740, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Brunello Souza Stancioli - Orientador (UFMG), Prof(a). Leandro Martins Zanitelli (UFMG), Prof(a). Mariana Alves Lara (UFMG), Prof(a). Flavia Portella Püschel (FGV-SP), Prof(a). Daniel Amaral Carnaúba (UFJF-GV).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 99.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Beio Horizonte, 22 de agosto de 2022.

Prof(a). Brunello Souza Stancioli (Doutor) nota 100.

Prof(a). Leandro Martins Zanitelli (Doutor) nota 95.

Prof(a). Mariana Alves Lara (Doutora) nota 100.

Prof(a). Flavia Portella Püschel (Doutora) nota 100.

Prof(a). Daniel Amaral Carnaúba (Doutor) nota 100.

RESUMO

O presente trabalho busca responder à questão acerca de qual a justificativa mais adequada para a responsabilização civil da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental (PCD). Partindo de concepções de capacidade legal universal e de sistema de suportes, preferidas às noções tradicionais de capacidade civil do direito brasileiro, e de uma justificativa não consequencialista para a responsabilização civil com base na teoria de Arthur Ripstein, preferida em relação às diversas noções consequencialistas e não-consequencialistas discutidas, foi possível avaliar como a responsabilização civil da PCD não se diferencia, substancialmente, da responsabilização das pessoas que não possuem deficiências que envolvam transtorno mental. Interpretações normativas adequadas e objetivantes das noções de culpa, avaliada a partir do parâmetro da pessoa razoável, de causalidade, considerado o papel dos deveres de cuidado em sua avaliação, e de previsibilidade, e considerado o significativo papel da sorte nas relações de responsabilidade civil, permitem concluir que a responsabilização da PCD não é mais ou menos injusta em razão da deficiência que envolva transtorno mental. Essa justiça na responsabilização da PCD, entretanto, depende da adequada compreensão e aplicação das demais regras de avaliação da responsabilidade disponíveis em nosso direito, sendo elas as regras de subsidiariedade, equidade e de avaliação da culpa concorrente da vítima. Sobre aquela primeira, foi possível avaliar que não há benefícios para a PCD em sua responsabilização subsidiária tal qual estabelecida para o incapaz no Código Civil, sendo o ônus integralmente transferido, sem justificativa, para sua responsável legal, a qual, na maior parte das vezes, é também sua cuidadora primária. Sobre a equidade, argumentou-se que é preciso melhor compreendê-la para ampliar as possibilidades de sua aplicação, fazendo valer o benefício da análise casual contra as regras gerais da legislação. Enfim, quanto à avaliação da culpa da vítima, argumentou-se pela possibilidade de atualização da figura da pessoa razoável para poder considerar, nessa pessoa hipotética, o conhecimento a respeito da neurodiversidade em sociedade, gerando deveres de cuidado ampliados quando em relação, ainda que não intencional, com as PCDs, considerada a previsibilidade do caso.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Transtornos mentais. Responsabilidade civil. Capacidade Civil. Capacidade legal universal. Paradigma de suportes. Culpa objetiva. Pessoa razoável. Responsabilidade subsidiária e mitigada. Equidade. Culpa concorrente.

ABSTRACT

This thesis investigates the justification for the tort liability of the person with disability diagnosed with a mental disorder. It starts from the conceptions of universal legal capacity and a support paradigm, which are more suitable to the issue than the traditional Brazilian legal conceptions of civil competence, and from Arthur Ripstein's non-consequentialist justification of tort law, considered the other consequentialist and non-consequentialist alternatives. Given these underpinnings, the tort liability of the persons with disabilities diagnosed with a mental disorder is no different from the tort liability of the persons with no disabilities. Taking account of a normative and objective conception of fault, evaluated from the perspective of the reasonable person, a conception of causality, considering the importance of the duties of care in its definition, and a conception of foreseeability, and bearing in mind the significant role of luck in the regime of tort law, it is possible to justify the tort liability of the person with disabilities diagnosed with a mental disorder. For this conclusion to hold, however, it depends on the correct comprehension and use of the other liability rules in Brazilian law, such as the subsidiarity liability of the incompetent person, the possibility of the use of equity by the Court, and the rules of comparative negligence. About the subsidiarity, it is put forward an argument against its supposed benefits, for the onus is integrally and unjustifiably transferred to the legal guardian, who is in general her primary carer in Brazil. About the equity rule, it is necessary to better comprehend it to seize its possible benefits against the general rules of the legislation. Finally, about the comparative negligence, I adhere to the argument that it is necessary to update the reasonable person parameter to consider the knowledge about the neurodiversity in the society, giving bases to broaden the duty of care of persons with no disabilities in relation to the persons with disabilities, taking account of the foreseeability of the condition of the other person in the situation.

Keywords: Person with disability. Mental disorder. Tort law. Legal competence. Right to legal capacity. The paradigm of supported decision-making. Objective fault. Reasonable person. Subsidiarity liability of the incompetent person. Equity. Comparative negligence.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Salim e Eleida, pelo amor e pelo apoio incondicionais.

Agradeço à Larissa, por ter me acompanhado com amor, acolhimento e compreensão por todo este percurso do doutorado e pelo que vier adiante.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Brunello Stancioli, por mais uma vez confiar em meu trabalho e em minhas escolhas.

Agradeço ao Prof. Leandro Zanitelli e à Profa. Mariana Lara por enriquecerem de forma inestimável este trabalho com os indispensáveis debates.

Agradeço a todas e todos os demais professores e colegas da pós-graduação na figura dos amigos Daniel, Henry e Lucas, com os quais compartilhei angústias, projetos, esperanças e, principalmente, o amor pela pesquisa.

Agradeço, enfim, a todas as amizades que de alguma forma estiveram comigo, ajudando nas dificuldades com a leveza das diversões partilhadas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O AGENTE JURÍDICO	23
1.1. O ARTIGO 12: SUA CONSTRUÇÃO E SEU CONTEÚDO	27
1.2. A CAPACIDADE LEGAL UNIVERSAL E O MODELO DE DIREITOS HUMANOS DA DEFICIÊNCIA	33
1.2.1. <i>As principais características do regime de suportes</i>	37
1.2.2. <i>Os fundamentos teóricos do regime de suportes</i>	48
1.2.3. <i>Direito à capacidade legal e suportes: uma distinção necessária</i>	54
1.3. A TENSÃO ENTRE PROMOÇÃO DE DIREITOS E SEGURANÇA JURÍDICA	57
2. JUSTIFICANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL	60
2.1. AFASTANDO A JUSTIFICAÇÃO OFERECIDA POR TEORIAS INSTRUMENTALISTAS	60
2.1.1. <i>Teorias nacionais</i>	61
2.1.2. <i>A necessidade da justiça corretiva na explicação da relação limitada de responsabilidade civil</i>	69
2.2. TEORIAS FUNDADAS NA JUSTIÇA CORRETIVA	75
2.2.1. <i>Ripstein: a justiça corretiva da responsabilidade civil em uma abordagem política</i>	79
2.2.1.1. <i>Direito, filosofia política e ação</i>	79
2.2.1.2. <i>Termos justos de cooperação, razoabilidade e teoria histórica de justiça</i>	84
2.2.1.3. <i>Normatividade e a definição dos termos justos de interação</i>	89
2.2.1.4. <i>Riscos</i>	92
2.2.1.5. <i>Parâmetro objetivo de conduta e previsibilidade</i>	95
2.2.1.6. <i>As capacidades exigidas</i>	97
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE ENVOLVA TRANSTORNO MENTAL	98
3.1. HÁ RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA?	101
3.2. DA RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA.....	104
3.2.1. <i>A neutralidade da justiça corretiva: o papel da sorte na definição da justiça dos resultados danosos das interações sociais</i>	106
3.2.2. <i>Dos fatores subjetivos irrelevantes na análise da conduta</i>	107
3.2.3. <i>Previsibilidade</i>	112
3.2.4. <i>Novamente as capacidades mínimas</i>	114
3.3. A PESSOA RAZOÁVEL: CRÍTICAS E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS	118
3.4. A DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS OBJETIVOS DISTINTOS PARA VÍTIMAS E AGENTES	130
3.5. CONCLUSÕES PARCIAIS	134

4. SUBSIDIARIEDADE, EQUIDADE E CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA.....	137
4.1. SUBSIDIARIEDADE E EQUIDADE	138
4.1.1. <i>Dependência, obrigação de cuidado e trabalho de dependência</i>	<i>142</i>
4.1.2. <i>Subsidiariedade na responsabilização civil do incapaz</i>	<i>152</i>
4.1.3. <i>Equidade e a avaliação ampla das circunstâncias do caso e das partes</i>	<i>154</i>
4.2. CULPA CONCORRENTE	166
4.3. CONCLUSÕES PARCIAIS	173
CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	180

INTRODUÇÃO

Qual a justificativa mais adequada para a responsabilização civil da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental?

Esta é a pergunta principal que este trabalho busca responder, analisando as demais questões necessárias para se chegar a uma conclusão satisfatória sobre esse tema. A sua relevância, portanto, é múltipla: em primeiro plano, é desenvolvido um importante aparato de justificação de um dos pontos mais complexos e pouco compreendidos do instituto da responsabilidade civil, aclarando a justa prática de responsabilização dessas pessoas com deficiência. Procura-se, assim, dar um passo a mais no ajuste das instituições e da própria sociedade para a inclusão e integração desse grupo historicamente excluído. Esse objetivo atende não só a atual legislação sobre os direitos dessas pessoas, mas, principalmente, os anseios da sua luta por reconhecimento.

Em segundo plano, mas não menos importante, a compreensão desse tema central exige uma discussão a respeito de diversos aspectos gerais da responsabilidade civil. Há, portanto, a oportunidade de melhor explorar e compreender características e conceitos centrais do instituto, como a relação entre responsabilidade civil e responsabilidade moral, aspectos referentes à sua estrutura e sua relação com justificações consequencialistas e não-consequencialistas, questões referentes à relação da noção de justiça corretiva com o problema da sorte na vida das pessoas em sociedade, a questão dos elementos da pessoa razoável e do critério de previsibilidade, além de permitir explorar matéria atinente às regras secundárias de avaliação das circunstâncias do caso e da culpa das pessoas envolvidas.

Outro aspecto importante dos temas cujo enfrentamento é necessário nesta tese é a possibilidade de estudar a relação das pessoas com deficiência com aquelas que delas cuidam quando há necessidade de suportes. Dar a devida atenção a esta relação possibilita a revisão de percepções arraigadas no senso comum a respeito da proteção dessas pessoas em nosso direito e de quais as melhores conformações jurídicas para que sua inclusão e integração seja promovida.

Apesar dessas amplas oportunidades oferecidas na exploração do tema central, pode-se dizer que ele é relativamente limitado, de forma que precisa ser melhor explanada a sua abrangência. Não existe, em nossa prática, uma concepção própria da responsabilização, genericamente falando, de pessoas com deficiência. Há as regras gerais de responsabilização, subjetiva e objetiva, além de regimes específicos de

responsabilização por fato de terceiro e, enfim, regras próprias para a responsabilização direta da pessoa considerada incapaz, conforme delimitadas no art. 928 do Código Civil. Neste cenário, a escolha mais simples para essa tese seria, a princípio, aquela por se trabalhar com a responsabilização da pessoa considerada incapaz.

Essa escolha, entretanto, possui inconvenientes que devem ser evitados. O primeiro deles é teórico-conceitual: após a promulgação da Lei nº. 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – a partir daqui, apenas EPD –, o termo *incapacidade* passou a ter uma significação muito distinta daquela incapacidade da teoria tradicional que informa a construção inicial do referido art. 928 do Código Civil. Como, no presente trabalho, optou-se por desenvolver a noção de capacidade legal universal, a incapacidade e a curatela, nesse paradigma, são bastante diferentes das acepções tradicionais, fazendo pouco sentido em se falar, genericamente, em incapacidade jurídica e, logo, em *responsabilidade do incapaz*.

Ademais, a *incapacidade* abrange questões que vão além daquelas afetas às pessoas com deficiência que envolva transtorno mental, abrangendo, também, as pessoas menores de idade: crianças e adolescentes. Estas, apesar de incluídas no mesmo bojo da incapacidade, possuem um lugar bastante distinto no trânsito jurídico. Sua situação deve ser compreendida muito mais a partir da ótica da família e da proteção do amadurecimento para a fase adulta da vida. No caso das pessoas com deficiência que envolva transtorno mental, por outro lado, é necessário enfrentar questões muito mais complexas e profundas que partem do próprio questionamento, mesmo quando já adulta, de existência e do grau da sua capacidade (moral) de agir. Mesmo no caso da criança ou adolescente com deficiência, o seu desenvolvimento ou acompanhamento, muitas vezes, é uma questão contínua, que se desenrola ao longo de sua vida, não se encerrando no marco mais ou menos definido da maioridade. Portanto, compreende-se que não é adequado tratar como uma questão única o tema da incapacidade jurídica, devendo ser separados, ao menos, os temas relativos à infância e à adolescência e os temas relativos aos transtornos mentais.

Quanto a essa expressão escolhida, pessoa com deficiência que envolva transtorno mental, é preciso igualmente aclará-la. Em primeiro lugar, é preciso remeter à compreensão do conceito não etiológico das deficiências que informa tanto a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas – a partir daqui, apenas Convenção – quanto o EPD. Esse conceito, desenvolvido pela Organização Mundial de Saúde na Classificação

Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF),¹ compreende a deficiência como um fenômeno interacional, não etiológico, cujas causas não podem ser definidas com exatidão. Neste sentido, não se poderia dizer que determinada deficiência é *causada* por uma patologia específica. O que se compreende por deficiência, nesse conceito, é uma avaliação de funcionalidade, englobando o desempenho de atividades e participações em sociedade, considerada a situação total de saúde da pessoa, fruto da interação dinâmica dos diversos elementos descritos na CIF, quais sejam: as funções e estruturas do corpo, incluindo as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos (inclusive as psicológicas) e as partes anatômicas do corpo, como órgãos e membros; e os fatores contextuais, englobando os fatores ambientais, que são externos à pessoa, considerados elementos dos ambientes físico, social e atitudinal, e os fatores pessoais, verificados no histórico de vida, estilo de vida e outros elementos ligados ao sujeito.²

Neste conceito de deficiência, as funções corporais e, logo, os processos patofisiológicos não possuem precedência sobre os fatores contextuais na definição da deficiência. Esta surge da interação dinâmica entre diversos elementos da vida, sendo, portanto, inadequado reduzi-la ao processo patofisiológico como sua causa primeva. Dessa forma, em vez de se utilizar expressões corriqueiras, como deficiências mentais e intelectuais, optou-se por indicar que a situação de deficiência apenas envolve, em sua complexa avaliação, algum tipo de transtorno mental. Essa última expressão, inclusive, foi escolhida dada a sua abrangência e seu caráter técnico: é a nomenclatura genérica utilizada pela 5ª edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM V para se referir tanto a transtornos psicopatológicos, quanto a distúrbios e transtornos do desenvolvimento quanto a outros processos patofisiológicos adquiridos, conforme a seguinte definição:

Um transtorno mental é uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de um indivíduo que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental. Transtornos mentais estão frequentemente associados a sofrimento ou incapacidade significativos que afetam atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes. Uma resposta esperada ou aprovada

¹ Organização Mundial da Saúde. *CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Trad. Amélia Leitão. Lisboa: 2004.

² HOSNI, David Salim Santos. 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, F.; MORAIS, L.; LARA, M. (Orgs.). *A Teoria das Incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, p. 35-58, 2018.

culturalmente a um estressor ou perda comum, como a morte de um ente querido, não constitui transtorno mental. Desvios sociais de comportamento (p. ex., de natureza política, religiosa ou sexual) e conflitos que são basicamente referentes ao indivíduo e à sociedade não são transtornos mentais a menos que o desvio ou conflito seja o resultado de uma disfunção no indivíduo, conforme descrito.³

Feita essa justificativa, faz-se o registro de que, em razão de ser extensa a expressão, a pessoa com deficiência que envolva transtorno mental será referida, na maior parte deste trabalho, apenas como PCD. Sabe-se que essa abreviatura é largamente utilizada como referente a todo o grupo de pessoas com deficiência, sejam elas relacionadas a transtornos mentais ou a condições físicas do sujeito, porém o autor não conseguiu encontrar opção melhor do que essa já arraigada nos debates sobre o tema. Dessa forma, é importante ter em mente, a todo tempo na leitura do presente trabalho, que a abreviatura PCD, aqui, é sinônimo de pessoa com deficiência que envolva transtorno mental, sendo expressamente indicado o sentido distinto quando for necessário se referir a deficiências que envolvam questões atinentes à situação física da pessoa.

Compreendida, assim, a importância e a delimitação do tema central, referente à justificativa da responsabilização civil da PCD, é preciso compreender como será feita essa investigação. Trata-se de uma pesquisa eminentemente teórica, no sentido de que são centralmente discutidas construções teóricas a partir da avaliação da coerência dos seus elementos, estruturas e conceitos, com a avaliação de argumentos favoráveis e desfavoráveis, e a obtenção de conclusões dentro dessa lógica argumentativa e conceitual, sendo utilizados tanto raciocínios dedutivos quanto indutivos, sem limitação das possibilidades de análise. Neste esquema de investigação, são trazidos, a partir de dados secundários, elementos empíricos que possam auxiliar na avaliação dos argumentos e na definição dos conceitos, porém sem que isso faça da pesquisa uma investigação empírica.

Esse método relaciona-se profundamente com o objeto escolhido, referente à justificativa, num sentido normativo-axiológico, do problema apresentado. Isso porque a empreitada de justificativa nunca é, totalmente, uma tarefa empírica, já que a simples explicação de eventuais elementos empíricos não implica em consequências normativas por si só. Há, sempre, escolhas axiológicas anteriores que condicionam a análise de quaisquer elementos empíricos.

³ APA. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. 5ª Ed. Porto Alegre: Artmed Editora Ltda., 2014. p. 20.

Essas escolhas normativas, por sua vez, são feitas, no presente trabalho, com base nos valores jurídicos e éticos fundamentais de um estado liberal igualitário, conforme será discutido no capítulo 2, onde respeita-se a autonomia e a dignidade humana, prezando pela não instrumentalização das pessoas e pela não subordinação das liberdades e concepções individuais do bem a finalidades sociais autônomas, as quais devem ser definidas justamente em atenção aos direitos e às necessidades das pessoas em sociedade, sempre deixando espaços para a ação propositada individual e sua consequente responsabilização. Não há necessidade, acredita-se, de indicar uma construção teórica determinada que defina uma coordenação específica entre esses valores básicos, sendo que a justificação principal que será discutida nesse trabalho pode ser válida, em suas linhas gerais e talvez com alguns ajustes, para quaisquer tipos de estados que prezem e se organizem por esses valores mínimos.

Apesar dessa natureza teórica da própria empreitada justificativa, é de se lamentar e criticar a limitação empírica do presente trabalho. Muitos dos argumentos trabalhados podem ter sua validade questionada conforme melhor fosse possível compreender, por exemplo, a realidade fática da prática da responsabilidade civil no Brasil ou as possibilidades atuais da instituição de um sistema de suportes tal como propugnado no capítulo 1. O ideal, poder-se-ia argumentar, seria que todas as premissas empíricas dos argumentos estivessem seguramente estabelecidas, o que, entretanto, não é possível. Para nos atermos apenas aos exemplos dados, as práticas do paradigma de suportes ainda estão em pleno desenvolvimento e as diversas evidências empíricas existentes acerca de suas qualidades positivas e negativas carecem de confirmações mais amplas, o que, entretanto, não invalida as evidências atualmente existentes que fundamentam muitos dos argumentos discutidos a partir das autoras escolhidas. Já sobre a questão da prática da responsabilidade civil no Brasil, entende-se que é objeto de pesquisa de altíssima complexidade, dadas as dificuldades práticas e mesmo metodológicas da investigação de jurisprudência no país, de modo que seria proibitivo, no âmbito e prazo de realização da presente pesquisa, querer investigar a fundo os elementos empíricos dessa prática. Ademais, ainda que se desejasse realizar uma pesquisa empírica sobre a prática da responsabilização da PCD antes da elaboração do presente trabalho, tal seria difícil (apesar de não impossível) em razão da imprecisão, em nossa doutrina e teoria sobre o tema, de definições e da estrutura conceitual adequada para se planejar e construir, em primeiro lugar, as premissas dessa eventual pesquisa empírica. Apesar dessas dificuldades, não se pode negar aqui a urgência existente numa extensa e compreensiva

pesquisa empírica sobre a prática da responsabilidade civil no Brasil. Afinal, tanto a própria teoria desse tema é inseparável dessa prática, dela dependendo mesmo para prover os elementos básicos de definição conceitual e estrutural, como a atual prática no Brasil não possui uma coerência apreensível a partir da teoria disponível, sendo praticada de forma pouco sistemática pelos tribunais (o que seria, por exemplo, um possível tese a ser confirmada em levantamento empírico).

Feitas essas delimitações metodológicas, é importante justificar outras escolhas do trabalho. Primeiramente é importante deixar claro que a preocupação desta pesquisa não é com a identificação da melhor solução para lidar com os custos dos danos decorrentes das atividades das PCDs em sociedade. Essa visão mais ampla sobre o problema exigiria análises que fogem muito à delimitação inicialmente dada e que poderiam levar, possivelmente, a considerações e conclusões reformistas mais profundas ante a legislação atual sobre responsabilidade civil, com consequências que poderiam ir muito além do caso das PCDs. Por exemplo, poder-se-ia chegar à conclusão de que seria ideal, não apenas para as PCDs, a instituição de um sistema mais amplo de fundos e seguros para se lidar com os custos dos danos decorrentes da negligência das pessoas em geral, reduzindo o efeito da sorte em suas vidas e propiciando um arranjo menos aleatório para lidar com os riscos existentes, com a distribuição dos custos entre todos os membros da comunidade. Esse tipo de análise, entretanto, não é o objetivo deste trabalho. Pretende-se, de forma mais limitada, avaliar se há alguma justificativa plausível para a responsabilização civil subjetiva e direta da PCD, ainda que este arranjo não possa ser, em outra eventual pesquisa, considerado o melhor arranjo jurídico-social para lidar com a questão advinda da atribuição e alocação dos custos de suas atividades.

Essa escolha está por trás de muitos dos argumentos utilizados nesta tese. Por exemplo, quando afirma-se que determinadas teorias devem ser descartadas por não explicarem uma estrutura bilateral de responsabilização, tal não invalida totalmente a teoria descartada, sendo argumento válido apenas a partir das premissas destacadas nos parágrafos anteriores.

Outra escolha relevante da presente tese trata da delimitação de sua análise, principalmente, aos debates jusfilosóficos havidos nas teorias sobre o direito privado no âmbito do *common law*. Essa escolha, em primeiro lugar, se deve à insuficiência dos debates e das construções existentes no âmbito da doutrina jurídica nacional. Além dos argumentos específicos debatidos na primeira parte do capítulo 2 sobre as principais

teorias existentes no âmbito nacional, pode-se dizer, em geral, que carece de sistematicidade e coerência a teoria da responsabilidade civil no país. Existe pouca preocupação com a justificação da escolha precisa da moldura teórica para as investigações, bem como dos contornos dos temas investigados, sendo comum, apenas pela tradição dos problemas, a mistura de análises sobre questões incompatíveis sob um mesmo tema. Por exemplo, é muito comum, ainda, misturar-se, nos debates sobre a responsabilidade subjetiva, a análise de parâmetros objetivos de conduta em relação ao que seria uma tradicional doutrina dos níveis de repartição da culpa, herança do direito romano. Esses dois temas são, porém, absolutamente incompatíveis, dado que são problemas que se desdobram em quadros teóricos distintos, a partir de distintas premissas, não fazendo sentido discuti-los como se relacionados fossem. Essa sobreposição teórica, ou essa dogmática conceitual / normativa isolada de problemas de justificação anteriores é comum em nossa doutrina e, aqui, busca-se evitá-la.

Além disso, procura-se evitar problema típico de nossa doutrina jurídica que ainda possui influências profundas, ainda que não explícitas, dos métodos das jurisprudências dos conceitos e dos interesses que permearam a doutrina civilista, principalmente, na primeira metade do século passado. Por exemplo, é muito comum em nossa doutrina a identificação automática do direito a partir de definições conceituais abstratas ou, em outro oposto, a partir do interesse fático verificado. Se há uma violação simples de um bem jurídico protegido ou se há um dano sofrido (talvez independente da avaliação de legitimidade do interesse), logo é devida a indenização ou, em outra formulação comum, há um aumento dos riscos de danos na sociedade, logo deve ser um objetivo do direito reduzir, de forma consequencialista, esses danos, e assim por diante. Para se evitar esses problemas, busca-se nas teorias desenvolvidas no âmbito do *common law* a coerência teórica e analítica que viabiliza, para problemas axiológicos típicos de análises normativas, uma hierarquização que permita a extração de conclusões e decisões seguras e justas e o desenvolvimento de princípios e instrumentais argumentativos que subsidiem com justificativas adequadas o debate acerca de problemas que não podem ser resolvidos pelo uso do instrumental comum da dogmática do *civil law* ou por meio de argumentações tópicas pretensamente racionais. Dessa forma, as teorias analisadas, que se apresentam como explicações compreensivas e coerentes a partir de princípios básicos, como teorias econômicas e teorias liberais igualitárias, permitem que o debate não se perca em um

emaranhado pouco coordenado e nada coerente de princípios não relacionados, regras soltas e opiniões infundadas.⁴

Essa escolha visa, ainda, enfrentar, indiretamente, o grave problema da discricionariedade judicial e da subjetividade das decisões tomadas de forma intuitiva pelos tribunais, utilizando-se de princípios, regras e construções teóricas conforme a conveniência do julgador. Quanto mais coerente e organizado o quadro teórico de trabalho, menor é a margem para construções argumentativas *ad hoc*, sendo facilitada a crítica a respeito de possível incoerência ou contradição nas decisões que venham ser praticadas. Se já é, em si, inadequada a solução que simplesmente relega, sem qualquer controle, ao poder judiciário a avaliação caso a caso dos conflitos de interesse surgidos na sociedade e não resolvidos na letra expressa da lei, é preciso que a interpretação e construção do quadro teórico de análise da lei, ao menos no que depender da academia e da dogmática jurídica, reduza a margem de discricionariedade por meio dos instrumentos que lhe são típicos. Certamente, este breve trabalho, recortado e localizado em sua problematização, não irá resolver estes problemas, mas as escolhas feitas visam tornar expressa a forma como *não* se quer trabalhar a teoria jurídica, como muito atualmente se vê, a partir da investigação moral e/ou empírica de um interesse e sua posterior defesa como elemento normativo/principiológico a ser considerado nas ponderações de casos concretos, possivelmente defendendo sua prevalência sobre outros indicados em abstrato, sem que seja investigada uma relação mais ampla, política e social, entre eles, sempre relegando ao juízo a solução localizada. Busca-se, dessa forma, trabalhar com teorias robustas (ainda que incompletas em determinados pontos) que permitam a construção de um quadro teórico coerente e que viabilize a concatenação de argumentos adequados sem

⁴ Kaufmann afirma que na interpretação e na aplicação do direito o problema fulcral continua a ser o da escolha do método (KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.). Sabendo que o verdadeiro legislador é aquele que dá concretude à norma e faz com que ela continue possuindo autoridade nos termos em que se coloca diante das situações da vida, Kaufmann entende que a criação judicial do direito é um problema político grave, inclusive em termos de legitimidade, e que as soluções que apelam para a argumentatividade, como a de Alexy, são insuficientes, especialmente considerando o fato de que a discussão jurídica, em especial a discussão judicial, não pode ser caracterizada como uma situação argumentativa racional ideal (*Idem*, p. 192-194). Neste sentido, a escolha do método passa pela escolha entre as teorias disponíveis para explicar a relação entre os possíveis valores e as possíveis normas neles fundadas. Podem ser escolhidas teorias funcionalistas, processualistas ou outras substanciais em desenvolvimento na filosofia do Direito. O assunto é por demais complexo para a discussão nesta tese, mas pode-se resumir que é preciso escolher e trabalhar uma teoria / método que permita a identificação de valores, normas e argumentos válidos, consensuais ou convergentes para alguma noção de veracidade ou correção, permitindo, assim, a justificação da aplicação da norma sem que se recorra à livre criação judicial ou à crença irreal de que os debates jurídicos são sempre tópicos, racionais e honestos.

que se recaia em contradições para explicar aspectos de um mesmo fenômeno ou instituto jurídico.

Sobre a literatura anglo-saxã do *common law*, é preciso, para além de indicar sua adequação aos objetivos e premissas metodológico-teóricas desse trabalho, avaliar se sua escolha não traz graves inconvenientes do ponto de vista prático. Apesar do direito ser uma construção social, variando conforme sua prática em cada sociedade em que é vigente, e certamente sabendo que o instituto do *tort law* é, em muitos aspectos, distinto da responsabilidade civil, tem-se que tais questões não se mostram como empecilho absoluto à utilização dos textos e teorias selecionadas. Por se mostrarem, em muitos aspectos, teorias de cunho filosófico, genérico e abstrato sem, necessariamente, se vincularem a práticas específicas – apesar dessas práticas serem parte de muitos dos argumentos dados –, as construções analisadas podem ser, em larga medida, utilizadas para a análise das premissas e justificações do direito brasileiro. Claro que deve haver o cuidado para não se utilizar de argumento fundado em práticas específicas do *common law*, importando questões e soluções de forma acrítica para a análise do direito nacional. No entanto, considerando que o regime de *torts* por negligência se aproxima de forma suficiente do regime geral de responsabilidade subjetiva brasileiro, a maior parte das análises e argumentos apresentados são aproveitáveis. Além disso, é importante registrar que o debate em língua inglesa tem se desenvolvido e aprofundado em seus contornos atuais desde a década de 70 do século passado, possuindo uma maturidade importante para os objetivos propostos.

Ainda, cabe aqui uma ressalva específica: considerando que, como será discutido no capítulo 2 adiante, serão endossadas teorias que incorporam o princípio da justiça corretiva como as melhores para o explicar e justificar o problema da responsabilização das PCDs, tal não significa que este trabalho endossa uma visão global dessa como a melhor justificativa para o instituto da responsabilidade civil em suas várias práticas ou para o direito de danos em geral, descartando, automaticamente, eventuais soluções pluralistas. Não há esse comprometimento teórico amplo no presente trabalho, apesar de haver uma visão, em geral, que uma prática de litigância privada e bilateral, envolvendo a PCD ou não, melhor se justifica a partir de uma visão que incorpore, de alguma forma, o princípio de justiça corretiva.

Por fim, antes de indicar brevemente o conteúdo de cada capítulo, é preciso explicar a necessidade que se verificou, na estrutura da tese, de tomar um posicionamento

acerca da questão da capacidade e do *status* jurídico da PCD. A noção comum de responsabilidade, moral ou jurídica, é indissociável de alguma noção de agência individual, porém não é clara a definição desses conceitos e, menos ainda, a relação existente entre eles. Se no senso comum se diz simplesmente que as pessoas são responsáveis por suas ações, essa relação direta é imediatamente relativizada se confrontada com casos em que o agente não tinha, aparentemente, condições cognitivas de ter esse controle sobre as consequências de sua ação.

Essas noções do senso comum acerca da relação entre responsabilidade e agência podem ser identificadas no direito brasileiro quando se fala em critérios de capacidade civil e, principalmente, quando se fala em critérios de agência legal válida no conceito de capacidade de fato. Esse conceito incorpora, a partir da noção imprecisa de *discernimento*, as qualidades básicas para ser considerado um agente jurídico na teoria tradicional. Neste sentido, o sujeito de direito diferencia-se entre mero possuidor de direitos e aquele que, por possuir as qualidades básicas de agente, pode diretamente exercê-los. Essas qualidades básicas do agente definem elementos que remetem a um controle interno do agente sobre sua vontade e as condições de sua ação ou, pelo menos, a uma ausência de influência externa, ou ambas, ou mesmo a um modo de funcionamento social, sempre remetendo a características da agência moral individual e, conseqüentemente, à noção de responsabilidade moral como fundamento último da validade da ação no direito.

Essa visão sobre a agência jurídica, entretanto, não impede, na prática atual, a responsabilização civil da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental, mesmo ela sendo automaticamente associada ao estado de incapacidade civil em nosso ordenamento jurídico, como será discutido nos capítulos 1 e 3. Essa norma de responsabilização civil, de certa forma, contraria o nosso indicado senso comum acerca da relação entre responsabilidade e ação. Contraria, também, a própria noção jurídica tradicional de que os atos da pessoa declarada incapaz não produziriam efeitos jurídicos válidos por ela não possuir as qualidades atribuídas à agência moral individual. *Quais são as justificativas que fundamentariam da forma mais adequada possível essa conformação jurídica de responsabilização daquele que não é considerado agente e que, ao senso comum, aparenta contradição?*

Responder a essa pergunta passa a ser um aspecto fundamental do presente trabalho, exigindo, como será feito, uma discussão a respeito da capacidade jurídica e das condições de agência válidas para o direito. A resposta, para a qual será construída argumentação no capítulo 1, será a adoção do paradigma da capacidade legal universal.

Feitas todas essas considerações introdutórias, segue a síntese da organização das discussões ao longo do texto. No capítulo 1 serão trazidos os debates preliminares sobre o agente jurídico, a pessoa no direito. É indicado que as teorias tradicionais das incapacidades, no direito, são indissociáveis de uma compreensão das deficiências que envolvam transtorno mental como limiar da autonomia. Essa característica faz com que tais teorias sejam objeto de contenda por parte dos grupos de luta por direitos das PCDs, dando ensejo à construção, na Convenção, da noção de capacidade legal universal e de um paradigma de suportes. É contada, de forma muito breve, a história dessa construção e são analisadas suas características gerais e seus fundamentos teóricos. É, enfim, indicado como deve ser compreendida essa capacidade legal universal e sua relação com o sistema de suportes, compreensão essa que determina que qualquer justificativa para a responsabilização das PCDs não pode ser, em essência, distinta da justificativa em geral do regime de responsabilidade civil, além de servir de base para a posterior compreensão de alguns elementos dessa justificativa e das regras do instituto civil em questão.

No capítulo 2, seguindo a conclusão obtida, será investigada a justificação do instituto da responsabilidade civil. A começar por propostas tradicionais na doutrina brasileira, as quais serão afastadas pelos motivos indicados, a discussão seguirá pela investigação da adequação de teorias consequencialistas da responsabilidade civil. Estas serão submetidas ao desafio de justificar a prática da responsabilização subjetiva tal qual é feita, de forma limitada, bilateral e privada, sem precisar recorrer a soluções excessivamente reformistas, como rechaçado nas premissas expostas nessa introdução.

Dadas as linhas gerais de justificação da responsabilização civil, o capítulo 3 dará seguimento à avaliação se a teoria escolhida e explanada no capítulo anterior servirá como base adequada para a responsabilização da PCD e se essa responsabilização deve ser considerada objetiva ou se é uma responsabilização por culpa. É discutida, assim, a questão da relação entre a responsabilização civil e a responsabilização moral, a questão das capacidades consideradas necessárias para a responsabilização civil, bem como as possíveis críticas à utilização de um parâmetro de conduta objetivo e, possivelmente, inalcançável pela PCD para julgar suas ações em sociedade. A avaliação desses principais elementos permitirá a conclusão, conforme será justificada, de que a responsabilização subjetiva da PCD com a utilização de parâmetro de conduta objetivo, considerada a capacidade legal universal e o paradigma de suportes, não é, em si, injusta.

A delimitação, assim, dessas justificativas referentes à responsabilização das PCDs, demanda a análise, no capítulo 4, das demais regras de responsabilização por culpa, inclusive aquelas que são erigidas sob a justificativa de proteção da PCD nesse arranjo de responsabilização pessoal. São investigadas as regras de subsidiariedade e mitigação da responsabilização da PCD, bem como as melhores interpretações das regras de equidade e avaliação da culpa concorrente quando do juízo a respeito dos acidentes em que tais pessoas possam se envolver. A conclusão será de que são necessários ajustes e melhores interpretações dessas regras para que seja justa a responsabilização civil subjetiva da PCD.

Enfim, será feita uma avaliação crítica do percurso de pesquisa na conclusão, estimulando a leitura crítica do trabalho realizado e a proposição de possíveis desdobramentos dessa pesquisa e de outras que possam ser aventadas a partir dessa trajetória realizada.

1. O AGENTE JURÍDICO

Historicamente, as deficiências que envolvam transtorno mental são definidoras direta ou indiretamente de critérios estabelecidos nos sistemas jurídicos para a validação da ação, de modo que a perspectiva da loucura, da doença mental ou da deficiência sempre esteve entre os principais elementos de identificação da incapacidade. Sobre essa relação entre deficiência que envolva transtorno mental e a identificação dos critérios de ação jurídica válida, Amita Dhanda identifica, grosso modo, três modelos de avaliação da capacidade civil nos diversos regimes jurídicos ocidentais: o de atribuição de *status*, o de teste funcional e o de teste de resultado.

No primeiro modelo, segundo a autora, a ausência de capacidade seria presumida do diagnóstico da deficiência.⁵ No caso do teste funcional, a deficiência seria tratada como um *patamar mínimo* a partir do qual seriam questionáveis as ações daquela pessoa, porém seria insuficiente para, sozinha, definir sua condição.⁶ A incapacidade, dessa forma, decorreria do fato de a pessoa, *em razão da deficiência*, ser incapaz de executar determinadas funções, como, por exemplo, avaliar prática ou moralmente as consequências de suas ações no caso concreto.⁷ Enfim, no que seria uma avaliação de resultados, a incapacidade decorreria das decisões feitas pela pessoa com deficiência, as quais, se avaliadas como prejudiciais, poderiam indicar a incapacidade.⁸

Nenhum destes modelos se confunde exatamente com o modelo tradicional brasileiro. Aqui, a noção de incapacidade é associada à noção imprecisa de discernimento, estando próxima de um tipo de teste funcional, porém sem o estabelecimento, nesse teste, de parâmetros pretensamente objetivos de quais funções / habilidades deveriam ser avaliadas para que fosse identificada, em cada caso, a incapacidade.⁹ Em outras palavras, o discernimento, que é o conceito funcional utilizado no direito brasileiro, não possui definição legal objetiva.

No caso brasileiro, ainda, a incapacidade, em sua formulação nos códigos de 1916 e 2002, decorreria não somente da condição mínima de deficiência mental, mas também

⁵ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 431.

⁶ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 431.

⁷ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 431.

⁸ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 431.

⁹ No *Mental Capacity Act* da Inglaterra, por exemplo, é estabelecido, em sua Seção 3, que a pessoa seria incapaz de tomar uma decisão se não conseguisse (i) compreender as informações relevantes, (ii) reter essas informações, (iii) usar essas informações como parte do processo de tomada de decisões ou comunicar, por qualquer meio, as decisões tomadas.

das condições de expressão da vontade, dos casos do critério etário e da prodigalidade. Sobre o critério etário, como já justificado na introdução deste trabalho, não serão tecidos comentários nessa tese. Sobre as condições de expressão de expressão da vontade, se em algum momento histórico já possuíram diferença significativa em relação à noção de discernimento, abarcando o caso dos surdos e mudos, por exemplo, atualmente essas condições se restringem às pessoas com deficiências, permanentes ou temporárias, que envolvam transtornos mentais, além dos casos de coma. Já sobre o pródigo, ao longo dos anos foi se firmando o entendimento de que essa condição somente levaria à incapacidade quando associada a algum tipo de transtorno mental.¹⁰ Assim, é possível afirmar que, *no direito brasileiro*, até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, *a incapacidade*, à exceção de casos etários e de coma, *se definia a partir do patamar mínimo da deficiência que envolva transtorno mental*,¹¹ porém sem critérios objetivos para a avaliação funcional do discernimento necessário para ser considerado capaz.

Além disso, independentemente da vigência da Convenção ou do EPD, duas observações feitas por Dhanda são aparentemente válidas para a prática brasileira da atribuição de incapacidade civil às pessoas com deficiência. A primeira referente ao fato de que, na prática, pelo desinteresse dos magistrados ou pela falta de ferramentas e métodos adequados de avaliação, o modelo do teste funcional, especialmente no caso de uma funcionalidade indefinida como o *discernimento*, tende a se limitar ao diagnóstico da deficiência.¹² A autora afirma, neste sentido, que em um grande número de jurisdições

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 24ª ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 239. CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. LARA, Mariana Alves. Notas Históricas sobre a Incapacidade do Pródigo. In: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2014, João Pessoa. Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014.

¹¹ Essa conclusão pode parecer um tanto apressada, porém é afirmada com segurança no presente trabalho em razão da consideração de que os critérios de definição da capacidade tradicionais, fundados em uma perspectiva de cunho liberal (no sentido da filosofia moderna dada à palavra), pretendem-se neutros, isso é, não se apoiam em juízos de valor sobre as decisões tomadas por determinado indivíduo no momento de avaliar se ele é capaz ou não. A definição da incapacidade deve-se dar, nessa perspectiva, por critérios neutros, como o critério naturalístico das capacidades cognitivas do sujeito, de onde surge o link com a perspectiva da loucura e da deficiência mental. Uma perspectiva mais detalhada sobre a incompatibilidade da deficiência mental severa com o conceito liberal de autonomia e a diferença entre decisões irracionais, aceitas como livres, e a falta de capacidade para tomar decisões, não aceitas como expressão da vontade, pode ser encontrada em: RADOILSKA, Lubomira. Introduction: personal autonomy, decisional capacity, and mental disorder. In: RADOILSKA, Lubomira. (Ed.) *Autonomy and Mental Disorder*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹² Maria Clara Versiani de Castro, em pesquisa feita para dissertação de mestrado defendida recentemente, afirma: “Em segundo, observa-se que, ao contrário do disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no Código Civil e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como a despeito de todas as mudanças procedidas na legislação, os Tribunais continuam instituindo a curatela sob o fundamento puro e simples de que o curatelado possui alguma deficiência.” (CASTRO, Castro, Maria Clara Versiani de. *O sistema de apoios ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência no*

que possuíam um critério funcional em sua legislação, os juízes atuavam como se o critério fosse o de atribuição de *status*, não levantando quaisquer dúvidas a partir do estabelecimento do diagnóstico do transtorno e da deficiência.¹³

A segunda observação, relacionada à primeira, diz respeito ao fato de que, não havendo critérios objetivos e claros de avaliação, como no caso do *discernimento*, qualquer um dos testes de capacidade indicados é excessivamente inclusivo. Ao estabelecerem a deficiência enquanto patamar de incapacidade, penderiam, no caso de dúvida, à restrição de capacidade civil de qualquer pessoa afetada por condições deste tipo:

Todos os testes indicados têm sido criticados como superinclusivos. Eles funcionam a partir da presunção de que todas as pessoas com deficiências são legalmente incapazes. Dessa forma, o ônus de provar o contrário recai sobre essas pessoas. Essa superinclusão deve-se ao fato de que todos esses testes, seja em seus princípios ou em sua prática, funcionam como um teste de *status*. Mesmo quando os tribunais se valem de especialistas para prover uma orientação psicológica, a qual suportaria a tomada de decisão judicial, esses especialistas atiram no escuro, preferindo errar para o lado da cautela.¹⁴

Considerando estas críticas, é possível afirmar que, a partir de critérios pretensamente pré-jurídicos, a comunidade de PCDs tende a ser tomada, em formulações jurídicas tradicionais, inclusive na prática brasileira ainda prevalente, como não possuidora dos requisitos de agência necessários para que seus atos sejam considerados juridicamente válidos. As PCDs, nessa visão, são consideradas apenas sujeitos passivos do Direito, sendo impedidas de serem agentes imediatos de suas pretensões jurídicas, para as quais seriam nomeados representantes ou assistentes que pudessem substituir a vontade dessas pessoas no momento da ação ou assisti-las em sua expressão.

É justamente essa formulação excludente da construção do sujeito jurídico no Direito ocidental, dividida entre sujeito passivo e ativo, e seus critérios excessivamente

Brasil: diretrizes, desafios e proposições. Orientador: Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021. p. 75)

¹³ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 432.

¹⁴ Tradução livre de: “All of the above tests have been criticized as being over inclusive. They operate on the presumption that all persons with disabilities lack legal capacity. Hence, the burden to prove otherwise is placed upon them. Over-inclusion happened because all the tests, whether in principle or in practice, operated like status tests. Even as the courts relied on experts to provide psychological guidance, which would assist decision-making, psychologists were shooting in the dark, preferring to err on the side of caution.” (DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 433.)

amplios em relação às PCDs, que foi desafiada pela comunidade internacional de pessoas com deficiências durante a elaboração da Convenção.

Desse desafio, surgiu a pretensão de incorporar aos sistemas jurídicos uma noção de uma capacidade legal universal, a qual não se diferenciaria em capacidade de direito e capacidade de fato e não estaria atrelada a elementos pré ou extrajurídicos. O exercício de direitos e de ações juridicamente relevantes seria, nessa concepção, um direito em si, parte indissociável da personalidade jurídica e dos direitos humanos e fundamentais, base para o próprio exercício de outros direitos, ainda quando necessário o suporte de outras pessoas.

Essa pretensão, entretanto, não surgiu sem fortes contraposições e, certamente, não é uma visão prevalente na prática do direito brasileiro e, talvez, na maioria dos países que ratificaram a Convenção. Apesar disso, trata-se de uma visão que é fortemente sugerida pela leitura holística da Convenção e de outras declarações de direitos humanos. É, ainda, uma visão que busca corrigir a histórica exclusão dessas pessoas pelo Direito. Apesar de ainda buscar uma formulação final, ela possui, assim, fortes argumentos a seu favor, tanto do ponto de vista dos direitos humanos, quanto do ponto de vista do reconhecimento e da inclusão social das pessoas com deficiências.

A partir destas considerações iniciais, será explorada, no presente capítulo, essa noção de agente jurídico universal e quais consequências ela possui para o exercício de direitos e deveres pelas pessoas com deficiências que envolvam transtornos mentais. Serão indicadas as circunstâncias de seu surgimento e suas características centrais, além dos principais argumentos elaborados nas discussões a seu respeito.

A opção por trabalhar com essa noção de capacidade legal universal se dá não só por ser este um conceito que vem se desenvolvendo com a participação ativa da comunidade de pessoas com deficiência. Há a compreensão, neste trabalho, de que essa interpretação da Convenção é a que foi adotada pela legislação interna brasileira no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Há, também, a percepção de que essa noção de capacidade legal universal pode auxiliar uma mudança atitudinal e cultural em relação a este grupo, estimulando que se desenvolvam estudos e práticas que busquem valorizar essas pessoas enquanto agentes de direitos e cidadãos de nossa comunidade.

Ainda, a escolha por se trabalhar com essa noção se deu, principalmente, a partir da identificação de que sua formulação pode ajudar a responder à pergunta central deste trabalho, acerca da justificativa da responsabilização civil da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental. Afinal, a Convenção visa corrigir uma característica

inerentemente excludente da concepção formal de igualdade jurídica por meio da enunciação de um direito e da busca por práticas de suporte que possam nivelar as eventuais desigualdades relevantes entre as pessoas.

1.1. O ARTIGO 12: SUA CONSTRUÇÃO E SEU CONTEÚDO

O artigo 12 da Convenção institui o direito à capacidade legal universal em seus cinco parágrafos:

- 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, 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.¹⁵

Essa formulação possui importante fundamento principiológico no artigo 3º da Convenção, especialmente no primeiro princípio, referente ao respeito pela dignidade inerente das pessoas, pela autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e pela independência das pessoas. Como se pode perceber, não são feitas exceções ao direito à capacidade legal e nem menção à vulnerabilidade ou à proteção enquanto princípios normativos. Os Estados Partes devem promover o acesso a medidas de apoio que viabilizem o exercício dessa capacidade legal, medidas essas que devem

¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Decreto N° 6.949, de 25 de agosto de 2009 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm.

contar com salvaguardas que previnam abusos e assegurem que *as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa*.

É possível, como se pode perceber da simples leitura do referido artigo, construir uma interpretação que sustente a visão de que tradicionais regimes de substituição da vontade e de limitação da agência jurídica não foram totalmente anulados pela Convenção. Como afirma Dhanda,¹⁶ o referido artigo 12 *não* proíbe expressamente essa substituição de vontade e a instituição de regimes de curatela. É possível, inclusive, uma leitura de seu parágrafo 4, no que tange às salvaguardas e à qualidade temporária e proporcional das medidas relativas ao exercício da capacidade legal, no sentido de que há uma espécie de autorização implícita para que, a depender das circunstâncias, sejam instituídos esses regimes, ainda que em caráter excepcional e temporário. Essa leitura, entretanto, só é possível quando se ignora a demanda incondicional dos parágrafos 1 e 2 a respeito da universalidade do direito à capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.¹⁷

Essa ambiguidade do art. 12 é, no entanto, algo intencional, como apontam os relatos e as análises das formulações e das negociações que levaram ao texto final da Convenção. A seguir, será brevemente contextualizada a elaboração desse texto para compreender essa ambiguidade.

Lucy Series indica que a compreensão dos contemporâneos direitos humanos das pessoas com deficiência precisa se dar à luz da compreensão da própria ideia de direitos humanos, os quais servem para definir e proteger liberdades e direitos fundamentais (*entitlements*) de todos os humanos.¹⁸ Nessa função, são características básicas dos direitos humanos, em sua formulação teórica, a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a interrelação de seus conteúdos.¹⁹ Os fundamentos dessas qualidades, especialmente da pretensão de universalidade, seriam o respeito pela dignidade inerente a todos os seres humanos e a igualdade,²⁰ de modo que o artigo 1 da Declaração Universal

¹⁶ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 461.

¹⁷ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 461.

¹⁸ SERIES, Lucy. Disability and Human Rights. In: WATSON, Nick; VEHMAS, Simo (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Studies*. 2ª Ed. Nova York: Routledge, 2020. p. 72.

¹⁹ DHANDA, Amita. Universal Legal Capacity as a Universal Human Right. In: DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran (Ed.). *Mental Health and Human Rights: vision, praxis, and courage*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 177.

²⁰ SERIES, Lucy. Disability and Human Rights. In: WATSON, Nick; VEHMAS, Simo (Ed.). *Ibidem*, p. 73.

dos Direitos Humanos (DUDH) estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.²¹ Não cabe, aqui, trabalhar o conceito de dignidade que fundamenta essa universalidade, mas apenas notar que ela funciona, nessa formulação, como fonte dos direitos a que subjaz, justificando-os por si e pela simples qualidade de seus possuidores serem humanos.

A partir dessa compreensão, o Comentário Geral nº 1 do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instituído pelo art. 34 da Convenção,²² entende que o referido artigo 12 não estabelece direitos humanos específicos ou adicionais às pessoas com deficiência, de modo que seu conteúdo apenas descreveria critérios que os Estados devem levar em consideração no momento de garantir às PCDs o direito humano e universal da igualdade perante a lei.²³ Essa reafirmação de um direito já existente e, de forma inovadora, dos modos pelos quais ele deve ser garantido, seria uma reação à histórica invisibilidade das PCDs nas declarações de direitos humanos anteriores à Convenção, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²⁴ e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)^{25,26} apesar do proclamado universalismo desses documentos.²⁷

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

²² Entre as competências do Comitê está a avaliação dos relatórios submetidos pelos Estados Parte, sendo possível fazer as sugestões e as recomendações gerais que julgar pertinentes, conforme Artigos 35 e 36 da Convenção. UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014.

²³ UNITED NATIONS. *Ibidem*, p. 1.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992 – Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em Nova York, em 16 de dezembro de 1966. Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

²⁵ BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 591, de 6 de julho de 1992 – Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assinado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966. Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

²⁶ No Brasil, no Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, que Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, a expressão *legal capacity* foi traduzida para capacidade jurídica, o que acaba por criar problemas de interpretação de normas de direito internacional. Isso porque tem se afirmado, por defensoras da capacidade legal universal, que o uso da expressão *legal capacity* para o direito das mulheres e para o direito das pessoas com deficiências acaba por tornar proibitiva a interpretação que reduz *legal capacity* a capacidade de direito, de modo que isso acabaria por limitar o próprio alcance dos direitos garantidos às mulheres. No Brasil, entretanto, esse argumento perde força, já que a expressão do Pacto de 1976 foi traduzida por capacidade jurídica, enquanto em 2015 houve a tradução para capacidade legal (absorvendo o significado pretendido pela expressão em língua inglesa).

²⁷ SERIES, Lucy. Disability and Human Rights. In: WATSON, Nick; VEHMAS, Simo (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Studies*. 2ª Ed. Nova York: Routledge, 2020. p. 73. DHANDA, Amita. Universal Legal Capacity as a Universal Human Right. In: DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran (Ed.).

Series indica que um exemplo tipicamente citado para apontar essa invisibilidade seria o direito à não discriminação garantido a minorias no artigo 2 da DUDH e replicado no artigo 26 do PIDCP, direito este que, entre os grupos citados, não indica as PCDs:²⁸

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.²⁹

Essa indicação de que a igualdade perante a lei é direito já existente nas declarações anteriores vem a reforçar a noção de que o artigo 12 da Convenção não cria novo direito à capacidade legal, apenas reforçando e especificando como se deve dar o direito à igualdade garantido em tratados anteriores. Ou seja, a Convenção *presume que*, uma vez que uma pessoa é reconhecida como tal perante a lei, *ela possui a necessária capacidade legal* para agir em prol de seus direitos, ainda que sejam necessários suportes para conferir maior qualidade a essa capacidade.³⁰ O suporte, que fique desde já claro, não é condição para essa capacidade, mas elemento de promoção da igualdade, a partir do direito pré-existente.

Apesar dessa compreensão aparentemente simples de que o artigo 12 da Convenção seria apenas a reafirmação de um direito já existente, é de se reconhecer que o direito universal à capacidade legal é um enorme desafio que se coloca a compreensões jurídicas convencionais, inclusive de direitos humanos.³¹

Esse desafio é já evidente na comentada ambiguidade existente na leitura dos parágrafos do artigo 12, os quais deixam em dúvida sobre como se deve tomar a pretensa universalidade do direito. Como comentado, essa ambiguidade é algo intencional, uma

Mental Health and Human Rights: vision, praxis, and courage. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 179.

²⁸ SERIES, Lucy. Disability and Human Rights. In: WATSON, Nick; VEHMAS, Simo (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Studies*. 2ª Ed. Nova York: Routledge, 2020. p. 73. DHANDA, Amita. Universal Legal Capacity as a Universal Human Right. In: DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran (Ed.). *Mental Health and Human Rights: vision, praxis, and courage*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 74.

²⁹ BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992 – Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em Nova York, em 16 de dezembro de 1966. Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

³⁰ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 179.

³¹ DEGENER, Theresia. A human rights model of disability. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova York: Routledge, 2017. p. 32.

vez que, para a obtenção de unanimidade em negociações deste tipo de tratado, os direitos humanos internacionais acabam sendo definidos no mínimo denominador comum.³² Ou seja, é natural que em uma convenção como essa, que se pretende unânime, convivam conceitos que, em uma abordagem acadêmica, seriam colocados como opostos ou, ao menos, analiticamente distinguíveis em suas características e implicações, como é o caso de alguns elementos da capacidade legal constantes da provisão em análise. Sem essa ambiguidade, seria impossível conciliar os interesses em disputa na elaboração da convenção. Assim, nesse contexto de ambiguidade, a propalada compreensão da capacidade legal universal como decorrência lógica da igualdade jurídica não é aceita de forma pacífica.

Durante a elaboração da Convenção, como bem registra Dhanda, muitos países, com fundamento em suas legislações, buscaram fazer valer a tradicional distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, de modo que apenas a primeira poderia ser universalizada.³³ Essa visão era justificada, no entendimento dos países que a expressavam, a partir da compreensão de que pode existir um pequeno número de pessoas com deficiência com tal severidade que não conseguiriam chegar a um nível adequado de funcionalidade mesmo a partir dos suportes possíveis, exigindo, nessas situações, arranjos de substituição de vontade.³⁴

Essa posição, entretanto, foi fortemente questionada por representantes da sociedade civil.³⁵ Entre os argumentos contrários, foi questionado que, ainda que se

³² DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 429.

³³ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 442.

³⁴ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 445.

³⁵ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 443. Para além da posição indicada por Dhanda, vale registrar que nem toda organização da sociedade civil defendia essa visão, mas foi desses setores que vieram as manifestações mais contundentes: “Até então, nenhuma delegação estatal havia ativamente se pronunciado contra a menção de arranjos substitutivos. Tal posicionamento coube às organizações da sociedade civil. A *World Network of Users and Survivors of Psychiatry* considerava que o texto do Canadá omitia elementos necessários para fazer valer a conquista de direitos iguais pelas pessoas com deficiência e que o cerne do artigo deveria ser que o fato de o apoio não interferir na capacidade legal. Em complemento, a *Disabled People’s International* expôs que o fracasso em reconhecer o direito fundamental de tomar decisões – ainda que com suporte – resultou na institucionalização, na esterilização forçada e em inúmeras outras violações aos direitos humanos das pessoas com deficiência ao longo da história. Assim sendo, defendia que o texto deveria ser explícito no sentido de que, mesmo quando o apoio fosse necessário, seria mantida a premissa de capacidade legal plena. Outras organizações – *People with Disabilities Australia* e *Inclusion International* – assumiram posição diversa, não sendo contrárias à menção de regimes de representação, desde que em casos excepcionais e com as devidas salvaguardas.” (GUIMARÃES, Luíza Resende. *A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e o conceito de capacidade legal: uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal*. Orientadora: Profa. Dra. Mariana Alves Lara. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021. p. 67)

admita que um pequeno número de PCDs necessitem de regimes análogos aos de substituição de vontade, *não há critério ou procedimento adequado pelo qual essas pessoas seriam identificadas*. Ainda que esse procedimento, argumentou-se, fosse realizado numa sistemática casuística, o simples fato de haver a possibilidade de avaliação de capacidade a partir do diagnóstico do transtorno mental acabaria por colocar em dúvida a capacidade de todas as PCDs, gerando uma grande desvantagem para a totalidade do grupo em razão de questionáveis vantagens para uma pequena parte desse mesmo grupo.³⁶

Outra objeção levantada diz respeito à construção dos parâmetros legais de capacidade a partir da noção de capacidades racionais, mesmo sendo sabido que muitas pessoas tomam decisões com base em emoções ou intuições, de modo que a capacidade legal seria um construto que privilegiaria um determinado grupo de pessoas.³⁷ Esse caráter cognitivista e excludente dos critérios de capacidade remete ao já comentado problema da hiperinclusividade. Foram, também, apontados estudos que indicam que situações de abuso são facilitadas, em vez de evitadas, por regimes de curatela.³⁸ Outras evidências empíricas apontadas dizem respeito ao fato de que pessoas hospitalizadas pelos mais diversos motivos foram, segundo critérios objetivos de funcionalidade, consideradas incapazes, mas que não são submetidas, na prática, a esse tipo de regime em razão de não possuírem o patamar mínimo dos transtornos mentais, caracterizando, mais uma vez, o caráter excludente dos critérios legais em geral.³⁹ Por fim, Dhandha argumenta que o regime de substituição de vontade não se coaduna com a Convenção em razão dele esvaziar diversos dos direitos por ela garantidos, como os direitos à educação e à reabilitação, à liberdade de expressão e à participação política, à vida independente e em comunidade, os quais se tornariam mais ou menos inócuos em um regime de substituição de vontade.⁴⁰

A partir desses argumentos, dentre outros, os representantes da sociedade civil e das organizações não governamentais defenderam que um paradigma de suporte seria

³⁶ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 445.

³⁷ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 459.

³⁸ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 445.

³⁹ DHANDA, Amita. Universal Legal Capacity as a Universal Human Right. In: DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran (Ed.). *Mental Health and Human Rights: vision, praxis, and courage*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 184.

⁴⁰ DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 184.

preferível a um paradigma de substituição de vontade, uma vez que estaria em concordância com o direito a igualdade e à proteção dos direitos humanos das PCDs.⁴¹

Ante essa vigorosa argumentação contra o paradigma da substituição de vontade, a delegação do Canadá sugeriu que a solução para o desacordo poderia ser o silêncio da Convenção a respeito do regime de curatela, nem proibindo-o e nem endossando-o, posição que acabou por prevalecer no texto aprovado.⁴² Não obstante, ainda que não tenha sido expressamente rechaçado o sistema de substituição de vontade, *foi expressamente endossada a capacidade legal universal*.

1.2. A CAPACIDADE LEGAL UNIVERSAL E O MODELO DE DIREITOS HUMANOS DA DEFICIÊNCIA

Apesar da ambiguidade e da intencional inconclusividade do artigo 12 da Convenção, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é taxativo em seu entendimento de que não há distinção entre ter potencial para possuir direitos e capacidade para poder exercê-los:

A capacidade legal inclui ambas as capacidades de possuir direitos e de ser um agente legal. A capacidade de possuir direitos reconhece total proteção, pelo sistema jurídico, aos direitos dessa pessoa. Já a capacidade de ser um agente legal reconhece que essa pessoa possui o poder de se engajar em transações e criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.⁴³

A capacidade legal universal abordaria as diferenças entre as pessoas, inclusive aquelas potencialmente incapacitantes, por meio de estratégias como acomodações razoáveis e suportes.⁴⁴ Dada essa característica, é importante indicar que, como é perceptível, existe uma relação muito próxima entre a noção de capacidade legal universal e a influência de um modelo social de deficiência.

⁴¹ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 446.

⁴² DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 448.

⁴³ Tradução livre de : “Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as an agent with the power to engage in transactions and create, modify or end legal relationships.” (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 3.)

⁴⁴ DHANDA, Amita. Universal Legal Capacity as a Universal Human Right. In: DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran (Ed.). *Mental Health and Human Rights: vision, praxis, and courage*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 179.

Esse modelo, compreendido como um conceito guarda-chuvas, engloba qualquer teoria ou modelo que identifique que o que se entende por deficiência é um resultado da hostilidade, física ou atitudinal, do ambiente em relação ao corpo e às capacidades mentais e intelectuais das pessoas. Essas teorias e modelos, entretanto, são variados e podem assumir diferentes formatos e compreensões totalmente distintas a respeito da relação entre ambiente e corpo.⁴⁵ São, porém, teorias que, como muitas vezes acontece, já se incorporaram, em um formato não acadêmico, no imaginário e nos discursos políticos, perdendo em complexidade, mas ganhando em força social e transformadora.

Neste sentido, Kayess e French indicam que as teorias acadêmicas das deficiências avançam em complexidade e poder de explicação por meio da influência de estudos críticos, enquanto o discurso popular do modelo se firma em um construtivismo acrítico:

Enquanto uma teoria das deficiências, o modelo social continua a evoluir, especialmente sob a influência dos estudos críticos sobre a deficiência, os quais têm despertado a atenção para as inadequações de sua formulação clássica como uma proposta simplista para explicar a experiência total das deficiências. Sua tese central, de que as deficiências não resultam das disfunções / lesões e são resultados tão somente da interação com o ambiente, tem sido criticada pela sua falha em não reconhecer e abordar os genuínos problemas que as pessoas enfrentam não pela interação ambiental, mas justamente em razão dessas disfunções / lesões em termos de saúde, bem-estar e capacidades individuais. Entretanto, essa crítica tem gerado controvérsias no âmbito mais amplo do movimento por direitos das pessoas com deficiência e, conseqüentemente, tem tido pouco impacto no modelo social enquanto um manifesto de direitos. De fato, o modelo social enquanto um manifesto de direitos das pessoas com deficiência parece ter se movido em uma direção teórica contrária, se aproximando de um radical construtivismo social das deficiências, no qual as disfunções / lesões não comporiam uma realidade subjacente.⁴⁶

⁴⁵ WASSERMAN, David; ASCH, Adrienne; BLUSTEIN, Jeffrey; PUTNAM, Daniel, Disability: Definitions, Models, Experience. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/disability/>>. Acesso em 27 de março de 2022.

⁴⁶ Tradução livre de: “As a theory of disability, the social model is continuing to evolve, particularly under the influence of critical disability studies, which have drawn attention to the shortcomings of its classical formulation as a heuristic for explaining the total experience of disability. Its core thesis that limitations result from disability not impairment has been critiqued for its failure to recognise and address the genuine issues that individuals face due to impairment, and not disability, in terms of health, well-being and individual capacity. However, this critique has been controversial within the broader disability rights movement, and, consequently, it has had little impact on the social model as a disability rights manifesto. Indeed, the social model as disability rights manifesto appears to have moved in an opposite direction theoretically, closer to a radical social constructionist view of disability, in which impairment has no underlying reality.” (KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Human Rights Law Review*. Vol. 8, n. 1, p. 1-34, 2008. p. 7.)

As autoras argumentam, a partir dessa compreensão, que a principal influência na elaboração da Convenção foi justamente essa concepção popular do modelo social da deficiência enquanto uma declaração de direitos, com uma tendência fortemente construtivista, o que seria mais evidente na redação do próprio artigo 12 da Convenção, o qual, segundo as autoras, beira a completa negação de limitações instrumentais associadas a lesões cognitivas.⁴⁷

Degener, que participou do Comitê enquanto representante da Alemanha, igualmente indica que, durante a negociação, a expressão ‘modelo social’ era utilizada sem necessária vinculação com suas formulações acadêmicas. Essa utilização pouco rigorosa, entretanto, não seria um problema na visão da referida autora. Primeiramente, porque a formulação de normas internacionais de direitos humanos, como já comentado, é um empreendimento político que envolve a busca por denominadores mínimos comuns, sendo compreensível a utilização de modelos e conceitos simplificados.⁴⁸ Segundo, porque o modelo social de deficiência se tornou um lema do movimento internacional de PCDs e serve como uma ferramenta poderosa na busca por reformas legais.⁴⁹

Não obstante essa influência de um modelo social popular de deficiência na formulação da Convenção, a proposta aprovada neste pacto internacional não pode ser inteiramente confundida com o referido modelo. A própria definição de deficiência do artigo 1 da Convenção, por sua clara inspiração na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), não ignora por completo a influência das lesões físicas e mentais na identificação da deficiência, não se confundindo com um construtivismo social puro.⁵⁰ Ademais, Stein entende que a Convenção combina elementos do modelo social com elementos da teoria de direitos humanos e da versão de Nussbaum da abordagem de capacitações,⁵¹ sendo relativamente mais complexa do que deram a entender Kayess e French.

⁴⁷ KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Human Rights Law Review*. Vol. 8, n. 1, p. 1-34, 2008. p. 7.

⁴⁸ DEGENER, Theresia. A human rights model of disability. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova York: Routledge, 2017. p. 48/49.

⁴⁹ DEGENER, Theresia. *Ibidem*, p. 48/49.

⁵⁰ HOSNI, David Salim Santos. 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, F.; MORAIS, L.; LARA, M. (Orgs.). *A Teoria das Incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, p. 35-58, 2018.

⁵¹ STEIN, Michael Ashley. Disability Human Righ. *California Law Review*. Vol. 95, p. 75-121, 2008.

A própria Degener entende que esse modelo internacional seria distinto de uma concepção social pura, se caracterizando enquanto um modelo de direitos humanos da deficiência. Esse modelo, assim nomeado pela própria autora, focaria na dignidade inerente a todo ser humano, identificando os principais problemas no meio social e levando em consideração suas características médicas apenas quando necessário, colocando, enfim, o sujeito no papel central de todas as decisões que o afetarem.⁵² Esse modelo de direitos humanos, segundo Degener, possuiria uma série de distinções em relação ao modelo social de deficiência, sendo a principal delas, na perspectiva deste trabalho, o fato de que o modelo de direitos humanos, diferentemente do modelo social, não seria meramente explanatório, englobando valores para o desenvolvimento de políticas públicas:

Essa explanação sociológica das deficiências pode fornecer as bases para uma teoria social da deficiência. Mas o modelo social não procura prover princípios morais ou valores como fundamentos para as políticas sobre as deficiências. A Convenção, por outro lado, busca exatamente isso. O propósito desse tratado é o de “promover, proteger e garantir o total e igualitário gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito por sua dignidade inerente.”⁵³

Degener, a partir da definição do que seja um direito humano, defende a universalidade ao indicar que uma lesão/deficiência não pode restringir a atribuição de um direito que se fundaria na própria dignidade da espécie, ou seja, a atribuição e o gozo de um direito humano não poderiam ser condicionados à ausência de lesão ou disfunção.⁵⁴

Apesar dessa atribuição incondicional do direito à capacidade legal, o modelo de direitos humanos não deixaria de reconhecer as lesões individuais e suas experiências, inclusive a dependência, na caracterização das circunstâncias de vida dessas pessoas e das formas de gozo dos direitos humanos que lhes são inalienáveis.⁵⁵ Esse reconhecimento das lesões e disfunções é reforçado em um princípio sobre suportes indicado no Artigo 3, d, e no preâmbulo da Convenção, quando fala de pessoas com

⁵² DEGENER, Theresia. A human rights model of disability. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova York: Routledge, 2017. p. 34.

⁵³ Tradução livre de: “This sociological explanation of disability may lay the foundation for a social theory of disability. But the social model does not seek to provide moral principles or values as a foundation of disability policy. The CRPD, however, seeks exactly that. The purpose of the treaty is ‘to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity’.” (DEGENER, Theresia. *Ibidem*, p. 34.)

⁵⁴ DEGENER, Theresia. *Ibidem*, p. 35.

⁵⁵ DEGENER, Theresia. *Ibidem*, p. 38.

necessidade de suportes intensivos, ficando claro que o as lesões e disfunções não devem ser consideradas como fator prejudicial da dignidade humana.⁵⁶

Esse pretensioso modelo fundado em direitos e que visa a promoção de seus valores é postulado na relação entre o conceito expresso de pessoa com deficiência, a enumeração dos oito princípios do artigo 3 e, enfim, a extensa listagem de direitos com, em alguns casos, a indicação das linhas gerais de suas formas de implementação. Nestes termos, o Comitê, em seu Comentário Geral n. 1, logo em sua introdução, identifica a Convenção como um modelo de direitos humanos, fundado na capacidade legal universal, o qual teria como principal característica, a ser explorada a seguir, a alteração de um paradigma de substituição de vontade no exercício dos direitos pelas PCDs para um paradigma de suporte.⁵⁷

Em síntese, a capacidade legal universal não é simplesmente uma expressão tosca de um construtivismo acrítico e de uma concepção popular do modelo social de deficiência, o qual ignoraria aspectos fundamentais da realidade das vivências dessas pessoas com deficiência. A capacidade legal universal é uma concepção normativa, carregada de valores derivados do reconhecimento da humanidade das pessoas com deficiências que envolvam transtorno mental e sua conseqüente dignidade. É, assim, uma concepção que, mesmo sabendo das diferenças e, por vezes, das severas limitações dessas pessoas, opta por reconhecê-lhes como iguais no âmbito jurídico e político. Nessa estratégia, a qual visa orientar as políticas públicas e a percepção social em direção à valorização da autonomia e da dignidade dessas pessoas, as diferenças entre os cidadãos e as suas eventuais limitações individuais, mesmo quando já razoavelmente adaptado o ambiente, devem ser abordadas por meio de suportes e apoios. Há uma visão humanizada do sujeito, sendo afastadas soluções excludentes, incapacitantes, que simplesmente releguem a pessoa como um problema privado de seus familiares, oferecendo um suporte público precário, e neguem possibilidades, ainda que mínimas, de exercício de direitos e de posicionamento no mundo enquanto sujeito a ser respeitado.

1.2.1. As principais características do regime de suportes

⁵⁶ DEGENER, Theresia. *Ibidem*, p. 39/40.

⁵⁷ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 1.

Dhanda afirma que uma das principais características desse regime é a de reconhecer, a partir da noção de capacidade universal, que todo ser humano possui condições de se desenvolver.⁵⁸ Neste sentido, na perspectiva de Series, Arstein-Kerslake e Kamundia e conforme as posições adotadas no Comentário Geral do Comitê, são três as principais características de um regime de suportes: 1) a definição de que regimes de substituição de vontade são contrários ao Artigo 12 da Convenção; 2) a passagem de um regime de tomada de decisão baseada em “melhores interesses” para um regime que ofereça suporte para decisões baseadas na vontade e nas preferências da PCD; e 3) a diferenciação explícita e demarcada entre capacidade legal e capacidade mental. Neste esquema, os indesejados sistemas de substituição de vontade seriam aqueles nos quais 1) a capacidade legal é negada, 2) um terceiro é indicado enquanto responsável por tomar decisões e 3) decisões são feitas com base na noção de melhor interesse, em oposição às vontades e preferências individuais da PCD.⁵⁹

Sobre a diferenciação entre capacidade mental e capacidade legal é importante ter em vista, como dito no início desse capítulo, que as definições jurídicas tradicionais de incapacidade estão ligadas a noções de deficiências que envolvam transtorno mental. Essa ligação, de acordo com Degener, seria implicitamente fundamentada em um modelo médico de deficiência, onde lesões ou disfunções mentais causalmente implicariam em incapacidade de ação, inclusive jurídica, levando à criação de institutos como a curatela e a interdição.⁶⁰ Considerando que o abandono do modelo médico era um consenso durante as negociações da Convenção,⁶¹ criar uma distinção clara entre capacidade mental e capacidade legal é uma necessidade conceitual do modelo de suportes que se pretende construir a partir da noção de capacidade legal universal.

De acordo com Series, Arstein-Kerslake e Kamundia, a capacidade legal seria um constructo que reconhece o indivíduo como pessoa perante o direito e como sujeito de direitos e deveres, enquanto a capacidade mental seria uma simples diferença cognitiva e de habilidades de tomada de decisão entre as pessoas, características essas que podem

⁵⁸ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 458.

⁵⁹ SERIES, Lucy; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; KAMUNDIA, Elizabeth. Legal Capacity: A global analysis of reform trends. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova Yorque: Routledge, 2017. p. 138/139.

⁶⁰ DEGENER, Theresia. A human rights model of disability. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova Yorque: Routledge, 2017. p. 33.

⁶¹ DEGENER, Theresia. *Ibidem*, p. 33.

variar entre os indivíduos de acordo com personalidade, ambiente, educação, deficiência, entre outros fatores.⁶²

Por sua vez, o Comitê, em seu Comentário Geral n. 1, afirma que o conceito de capacidade legal deve ser compreendido como a habilidade de possuir direitos e deveres e de exercê-los, sendo um elemento chave para a participação significativa na sociedade.⁶³ Essa capacidade legal deve ser reconhecida do simples pertencimento à espécie humana e não deve ter limitado seu exercício sem conseqüente limitação do próprio direito.⁶⁴ Já o conceito de capacidade mental, para o Comitê, seria altamente controverso, não sendo, como em geral se apresenta, um fenômeno objetivo, científico e de ocorrência natural.⁶⁵ Entende o Comitê que a capacidade mental é contingente conforme o contexto social e político em que é avaliada, assim como conforme as disciplinas, profissões e práticas que exercem um papel na avaliação dessa capacidade.⁶⁶

Nestes termos, não havendo relação relevante entre os conceitos, o Comitê entende que déficits reais ou aparentes na capacidade mental ou a necessidade de suporte ou auxílio na manifestação e exercício de vontades e preferências não podem servir de justificativa para negar ou reduzir a capacidade legal.⁶⁷ Isso porque, nessa compreensão da capacidade mental e de eventual dependência a ela associada, qualquer linha que se estabeleça em termos de deficiências que envolvam transtornos mentais são arbitrárias, considerando a diversidade envolvida tanto do lado das pessoas com transtornos mentais, quanto das possibilidades de construção da noção de capacidade legal e das formas de sua expressão e exercício.

Outra característica do paradigma de suportes, além dessa distinção forte entre capacidade legal e mental, seria a alteração do parâmetro da busca pelo “melhor interesse” da pessoa com deficiência para a promoção de suas vontades e preferências.

Dhanda nos conta que alguns membros do grupo de trabalho que elaborou o texto da Convenção consideravam que o parâmetro do “melhor interesse” seria problemático.

⁶² SERIES, Lucy; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; KAMUNDIA, Elizabeth. *Ibidem*, p. 139.

⁶³ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 3.

⁶⁴ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Ibidem*, p. 4.

⁶⁵ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 4.

⁶⁶ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Ibidem*, p. 4.

⁶⁷ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Ibidem*, p. 3. DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 439/440.

Essa “objetivação” da avaliação de interesses permitiria que o responsável apontado para substituir ou auxiliar no exercício de direitos agisse conforme seu próprio entendimento do que seja esse melhor interesse, ainda que a PCD tenha compreensão distinta.⁶⁸

O Comitê, em seu Comentário Geral n. 1, afirma que houve uma alteração de um modelo de substituição de vontade para um modelo de suporte à tomada de decisões, havendo, assim, a necessidade de abolição total daquele modelo.⁶⁹ Series, Arstein-Kerslake e Kamundia afirmam, neste sentido, que o Comentário Geral ressalta o fato de que o suporte dado à tomada de decisões nesse novo paradigma deve ser prestado a partir do que a pessoa apoiadora acredite, de boa-fé, ser a vontade e a preferência da pessoa apoiada, ainda que o acesso a essas vontades e preferências se dê por meio da melhor interpretação possível dos sinais dados.⁷⁰

Mesmo em casos extremos onde não é possível acessar com segurança as vontades e preferências das PCDs, como, por exemplo, em um caso de coma ou em um caso de deficiência mental severa, onde são restritas as condições de comunicação, o Comitê entende que a melhor interpretação das vontades e preferências deve substituir as determinações do “melhor interesse”.⁷¹ Essa interpretação pode ser feita por elementos diversos e por quaisquer meios, utilizando desde elementos da história da pessoa que permita avaliar seus valores e preferências, até qualquer tipo de comunicação e manifestação não verbal, como movimentos corporais ou vocalizações de recusa ou descontentamento ou sofrimento ou, pelo contrário, através da expressão de sentimentos de satisfação e contentamento. Algumas dessas práticas, por exemplo, para o caso de idosos com Alzheimer avançado foram exploradas por mim anteriormente em estudo temático sobre a questão.⁷²

Nessa perspectiva, a diferença entre praticar um ato menos e um mais complexo não é uma diferença de qualidade, de uma característica metafísica ou cognitiva que há ou não há na ação da pessoa e nem há a preocupação em se verificar se há uma qualidade intelectual específica, seja ela racional ou volitiva. Toma-se qualquer forma de interação

⁶⁸ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007, p. 441.

⁶⁹ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 2.

⁷⁰ SERIES, Lucy; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; KAMUNDIA, Elizabeth. Legal Capacity: A global analysis of reform trends. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova York: Routledge, 2017. p. 139.

⁷¹ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Ibidem*, p. 5.

⁷² HOSNI, David Salim Santos. *Pessoalidade e identidade na doença de Alzheimer: curatela e inclusão no Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

como expressão válida de agência, independentemente da possível compreensão do agente ou da sua independência. Além disso, nessa perspectiva das vontades e preferências a autonomia é sempre exercida em interação e com o auxílio de outras pessoas, não ignorando os diversos papéis que o suporte pode representar nessa prática, para pessoas com ou sem deficiência.

Essa perspectiva de que é preciso corrigir desigualdades materiais para o adequado exercício da autonomia individual não é novidade no direito. Por exemplo, no direito do consumidor as partes são consideradas hipossuficientes e possuem uma série de vantagens legais na interação, mas não deixam de ter capacidade por isso. Ainda que nem todos os consumidores sejam hipossuficientes, prefere-se proteger para mais que para menos, sendo o contrário com as PCDs, preferindo-se excluir para mais do que para menos.

Ademais, a ficção da definição de negócio jurídico como o ato no qual se buscam consequências jurídicas específicas e pré-definidas é apenas isso, uma ficção conceitual. Na prática busca-se apenas realizar o ato com consequências práticas desejadas, sem a consciência de todas as complexas consequências jurídicas, as quais nem mesmo as pessoas não deficientes conhecem ou conseguem facilmente conhecer. Quando se faz um contrato complexo, na vida real, a pessoa tem suporte de diversos sujeitos, bem como quando toma uma decisão médica complexa ou de alto risco ou mesmo quando pretende tomar uma decisão familiar ou em qualquer âmbito de sua vida. E quando é o caso das consequências jurídicas desses atos serem possivelmente danosas, criam-se regras de proteção adequadas se tal for julgado conveniente social e politicamente, como no caso de alguns dos defeitos do negócio jurídico ou, novamente, no caso do consumidor.

Enfim, sabendo que a posição do Comitê não é legalmente vinculante, é importante indicar, em consonância com Dhanda, que uma leitura do Artigo 12 em direção à compreensão da capacidade legal universal e do regime de suportes também é sustentada pela identificação dos outros direitos substantivos garantidos na Convenção. Seriam os seguintes esses direitos que reforçariam essa interpretação:

O reconhecimento total da capacidade legal de todas as pessoas com deficiência é, assim, exigido a partir das demandas de igualdade e não-discriminação. É, também, a base do direito à educação que versa sobre “o desenvolvimento, pelas pessoas com deficiência, de sua personalidade, seus talentos e sua criatividade, bem como de suas habilidades mentais e físicas, em todo o seu potencial” e sobre, assim, a possibilidade de “participar

efetivamente de uma sociedade livre”. Sem a capacidade legal, a garantia do consentimento livre e esclarecido prevista no Artigo 25 é reduzida. O direito ao casamento do Artigo 23 e o direito à participação previsto no Artigo 29 se tornariam sem sentido.⁷³

Mas o que seriam, enfim, esses suportes preconizados pelos defensores desse paradigma? Ou quais seriam as práticas e concepções de apoio que fundamentariam a pretensão de que seria possível obter igualdade no paradigma de suporte? Como é possível, nos termos do Comitê, respeitar as vontades e preferências das pessoas com deficiência sem precisar recorrer a regimes de substituição de vontade? O Comitê dá a seguinte definição:

“Suporte” é um termo amplo que engloba tanto arranjos informais como formais de suporte, de diversos tipos e intensidade. Por exemplo, pessoas com deficiência podem escolher uma ou mais pessoas de sua confiança enquanto suporte para assisti-las no exercício de sua capacidade legal para determinadas decisões ou podem demandar outras formas de suporte, como o apoio de seus pares, ou alguma forma de *advocacy* (inclusive *self-advocacy*), ou alguma assistência com sua comunicação. Suporte para pessoas com deficiência no exercício de sua capacidade legal por incluir, ainda, medidas referentes a *design* universal e acessibilidade – por exemplo, exigindo de instituições públicas e privadas, como bancos e instituições financeiras, a obrigação de prover informações em formato compreensível ou de disponibilizar profissional em interpretação da língua de sinais – a fim de possibilitar às pessoas com deficiência o exercício dos atos jurídicos necessários à abertura de uma conta bancária, à conclusão de contratos ou à realização de quaisquer outra transação. Suporte pode, também, constituir o desenvolvimento e reconhecimento de diversos métodos não-convencionais de comunicação, principalmente para aqueles que usam formas não-verbais de comunicação para expressar seus desejos e preferências.⁷⁴

⁷³ Tradução livre de: “The recognition of full legal capacity of all persons with disability is thus mandated by the demands of equality and non discrimination. It is also the basis of the right to education which speaks of “[t]he development by persons with disabilities of their personality, talents and creativity, as well as their mental and physical abilities, to their fullest potential” and thus “participate effectively in a free society.” Without legal capacity the guarantee of free and informed consent in Article 25 is diminished. The right to marry in Article 23 and the right to political participation in article 29 become meaningless.” (DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 461)

⁷⁴ Tradução livre de: ““Support” is a broad term that encompasses both informal and formal support arrangements, of varying types and intensity. For example, persons with disabilities may choose one or more trusted support persons to assist them in exercising their legal capacity for certain types of decisions, or may call on other forms of support, such as peer support, advocacy (including self-advocacy support), or assistance with communication. Support to persons with disabilities in the exercise of their legal capacity might include measures relating to universal design and accessibility — for example, requiring private and public actors, such as banks and financial institutions, to provide information in an understandable format or to provide professional sign language interpretation — in order to enable persons with disabilities to perform the legal acts required to open a bank account, conclude contracts or conduct other social transactions. Support can also constitute the development and recognition of diverse, non-conventional methods of communication, especially for those who use non-verbal forms of communication to express their will and preferences.” (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 4.)

Já Series dá uma definição mais concisa:

Por “tomada de decisão suportada”, me refiro ao sistema de suportes no qual uma ou mais pessoas assiste outra nas atividades de tomar e comunicar uma decisão. Isso pode ser feito ajudando essa pessoa a obter e compreender as informações relevantes para a decisão, discutindo os prós e os contras das diferentes opções ou ajudando a pessoa a se comunicar com as demais.⁷⁵

É importante ressaltar que o termo assistir, no trecho transcrito, não se confunde com o instituto da assistência que existia no direito brasileiro para os casos de incapacidade relativa. O assistente, no direito brasileiro, podia se opor ao assistido, não permitindo a realização do ato. O termo assistência, no presente caso, teve o sentido de apoio, suporte, de auxílio necessário para a realização das vontades e preferências da PCD, não se confundindo, assim, com nosso instituto tradicional.

Feita essa observação, é possível perceber dos trechos acima transcritos que os suportes desse paradigma não são um instituto jurídico definido, como o são a assistência, a curatela e a tomada de decisão apoiada prevista em nosso Código Civil. Esses suportes, na verdade, sequer precisam ser institutos jurídico-civis, podendo se caracterizar como políticas públicas ou mesmo como uma organização informal de apoios adequados à PCD para que ela possa exercer seus direitos e exprimir e ver respeitadas suas vontades e preferências. Mesmo mecanismos jurídicos já existentes, para além da curatela e da assistência, podem ser tomados enquanto suporte, como diretivas antecipadas de vontade e outras formas de se garantir o respeito às decisões da pessoa nos momentos em que estiver incapacitada de o fazer.⁷⁶

Enfim, o Comitê indica nove iniciativas que devem ser observadas pelos países signatários da Convenção para que seja garantido o direito universal à capacidade legal do artigo 12 em concordância com um paradigma de suportes:

⁷⁵ Tradução livre de: “By ‘supported decision making’, I mean systems of supports where one or more people assist another to make a decision and communicate it to others. This could be through helping them to obtain and understand information relevant to the decision, talking through the pros and cons of different available options, or helping a person to communicate with others.” (SERIES, Lucy. ‘Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms’. *International Journal of Law and Psychiatry*. Vol. 40, p. 80-91, 2015.)

⁷⁶ Para possíveis objeções à utilização de diretivas antecipadas para pacientes conscientes, como pessoas com demência em estágio avançado, ver: HOSNI, David Salim Santos. *Pessoalidade e identidade na doença de Alzheimer: curatela e inclusão no Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

- (a) A tomada de decisão suportada deve estar disponível para todos. O nível das necessidades de suporte de uma pessoa, especialmente onde seja alto, não deve ser um entrave para a obtenção desse suporte na tomada de decisões;
- (b) Todas as formas de suporte no exercício da capacidade legal, inclusive formas de suporte mais intensivas, devem se basear nas vontades e preferências da pessoa, não naquilo que possa ser objetivamente percebido como seu melhor interesse;
- (c) A forma de comunicação de uma pessoa não deve ser um entrave para a obtenção de suporte na tomada de decisão, mesmo quando essa comunicação for não-convencional ou compreendida por poucas pessoas;
- (d) O reconhecimento legal das pessoas formalmente escolhidas para prestarem suporte deve estar disponível e ser acessível e os Estados têm a obrigação de facilitar a criação de suportes, especialmente para pessoas que vivem isoladas e não possuem acesso a suportes informais existentes na comunidade. Essa obrigação inclui um mecanismo para que terceiros possam identificar as pessoas que prestam suporte, assim como um mecanismo para que terceiros possam questionar as ações dessa pessoa que presta suportes se acreditarem que ela não está agindo de acordo com as vontades e preferências da pessoa suportada;
- (e) Para que haja observância do requisito estipulado no artigo 12, parágrafo 3, da Convenção, de que os Estados partes tomem medidas para prover acesso ao suporte demandado, esses Estados deverão assegurar que o suporte esteja disponível a custos nominais ou gratuitamente para pessoas com deficiência, garantindo que a ausência de recursos financeiros não seja uma barreira para acesso ao suporte no exercício da capacidade legal;
- (f) O suporte na tomada de decisões não deve ser utilizado como justificativa para limitar outros direitos fundamentais das pessoas com deficiência, em especial os direitos ao voto, ao casamento, à união estável, à formação de família, aos direitos reprodutivos, aos direitos parentais, ao direito de consentir para relações íntimas e para tratamentos médicos e ao direito à liberdade;
- (g) A pessoa deve ter o direito de recusar, encerrar ou alterar a relação de suporte a qualquer tempo;
- (h) Salvaguardas devem ser estipuladas para qualquer processo referente à capacidade legal e ao suporte em seu exercício. O objetivo das salvaguardas é assegurar que as vontades e preferências da pessoa sejam respeitadas. Para tanto, as salvaguardas devem prover proteção contra abusos em bases iguais às demais pessoas.
- (i) O estabelecimento de suportes não deve se basear em avaliações de capacidade mental; novos indicadores não-discriminatórios de necessidades de suportes são demandados para o estabelecimento de suportes e o exercício da capacidade legal.⁷⁷

⁷⁷ Tradução livre de: “(a) Supported decision-making must be available to all. A person’s level of support needs, especially where these are high, should not be a barrier to obtaining support in decision-making; (b) All forms of support in the exercise of legal capacity, including more intensive forms of support, must be based on the will and preference of the person, not on what is perceived as being in his or her objective best interests; (c) A person’s mode of communication must not be a barrier to obtaining support in decision-making, even where this communication is non-conventional, or understood by very few people; (d) Legal recognition of the support person(s) formally chosen by a person must be available and accessible, and States have an obligation to facilitate the creation of support, particularly for people who are isolated and may not have access to naturally occurring support in the community. This must include a mechanism for third parties to verify the identity of a support person as well as a mechanism for third parties to challenge the action of a support person if they believe that the support person is not acting in accordance with the will and preferences of the person concerned; (e) In order to comply with the requirement, set out in article 12, paragraph 3, of the Convention, for States parties to take measures to “provide access” to the support required, States parties must ensure that support is available at nominal or no cost to persons with disabilities and that lack of financial resources is not a barrier to accessing support in the exercise of legal capacity; (f) Support in decision-making must not be used as justification for limiting other fundamental rights of persons with disabilities, especially the right to vote, the right to marry, or establish a civil partnership, and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate

Desses requisitos indicados como desejáveis pelo Comitê, é possível dizer que sua lógica seria a seguinte: a agência dessas pessoas com deficiência que envolva transtorno mental seria possível em bases iguais às de outras pessoas na medida em que sejam oferecidos os suportes adequados e as adaptações razoáveis a sua situação. É certo, neste cenário, que a Convenção não permite mais algum tipo de curatela de incapacidade absoluta, onde a pessoa seria declarada, como ainda é no Brasil, incapaz para a prática de todos os atos da vida civil. Alguns dizem que tal situação seria possível e mesmo desejável para casos em que não haveria condições de tomada decisão, no sentido de que não haveria vontade ou expressão da vontade. Nesses casos, poderia ser aceita, a substituição de vontade através da representação, como, talvez, no caso do coma.

Neste trabalho, entretanto, não se vê bases para concordar sequer com essa representação, essa substituição de vontade em caráter de exceção. O ideal, é que se mude a retórica e a perspectiva: por que, em vez de se falar em substituição de vontade, não se falar em suporte às vontades e interesses? Por que não abolir a nomeação de representação e de substituição de vontade, a qual abre espaço para o critério do melhor interesse em exclusão total da busca, ainda que dura e difícil, pelas vontades e preferências daquela pessoa? Se se assume, simplesmente, que há *substituição* da vontade, está se assumindo que a vontade da pessoa suportada não é minimamente apta a ser considerada, o que pode ser compreendido como sua desumanização ou, no mínimo, sua exclusão da esfera moral, jurídica e social, relegando sua personalidade apenas aos meios privados e fora do alcance da vida política e pública.

Argumentar que é uma mera ficção dar o nome de suportes para as situações em que a pessoa apoiada possui deficiências severas, com praticamente quase nenhuma possibilidade de comunicação ou está em coma, não aparenta ser um argumento convincente. Isso porque a própria substituição ou representação, nesses casos, é uma ficção, já que, conforme a teoria tradicional, a pessoa nessa situação não forma ou expressa a sua vontade. Se não há, assim, conhecimento de qual a vontade dessa pessoa,

relationships and medical treatment, and the right to liberty; (g) The person must have the right to refuse support and terminate or change the support relationship at any time; (h) Safeguards must be set up for all processes relating to legal capacity and support in exercising legal capacity. The goal of safeguards is to ensure that the person's will and preferences are respected. In order to accomplish this, the safeguards must provide protection from abuse on an equal basis with others; (i) The provision of support to exercise legal capacity should not hinge on mental capacity assessments; new, non-discriminatory indicators of support needs are required in the provision of support to exercise legal capacity.” (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 7.)

não se pode falar, a rigor, em substituição ou representação, mas simplesmente de ficção de vontade, criada a partir da figura do curador. Sendo, dessa forma, uma ficção a representação da pessoa com deficiência cognitiva severa (ou qualquer outro caso similar, como o próprio coma), por que não dar preferência a uma ficção que se funde em uma visão positiva sobre a pessoa em vez de uma visão negativa? Em outras palavras, por que preferir uma ficção que anula a pessoa, em vez de uma ficção positiva, que busca construir a sua personalidade pelos elementos soltos e esparsos que podem ser significados a partir do olhar do outro sobre a PCD?

O paradigma de suportes, assim, extrapola a simples identificação de fatos pré-jurídicos (vontade e discernimento) e a posterior definição sobre como esses fatos devem ser reconhecidos (ou não) pelo Direito enquanto geradores de consequências válidas (características do negócio jurídico e seus defeitos). No modelo tradicional, onde o fato pré-jurídico condiciona o negócio, contando com a noção forte de incapacidade fundada em características individuais e pessoais, a representação é simplesmente relegada ao curador para que este atue enquanto elemento volitivo / racional fundamental na formação do negócio, sem que seja demandada a ação estatal de promoção das condições ideais, o qual atua apenas na fiscalização do “melhor interesse”. Já no paradigma de suportes, a agência juridicamente válida é um pressuposto e as bases para sua realização em igualdade com as demais pessoas, ou seja, os suportes, são uma obrigação da sociedade e do Estado, passando a ser uma questão não de representação daquele que não pode agir, mas de *cuidado* e de políticas públicas para que todos possam exercer da melhor forma possível a sua agência.

Pode-se dizer que, no paradigma de suportes, quando alguém é submetido a um regime de curatela em relação a determinada atividade ou ato, isso não significa mais colocar essa pessoa em uma situação de substituição de vontade ou mesmo de simples guarda em âmbito privado. Significa, em verdade, submeter a pessoa a um regime de cuidado e de políticas públicas de promoção das condições necessárias para o exercício da capacidade legal. Mais do que isso, ainda que não exista regime de curatela judicialmente instituído, devem haver políticas públicas para que existam condições para um cuidado adequado dessas pessoas e para a promoção da sua integração social e dos suportes necessários para que elas possam ter uma vida em condições de igualdade às das demais pessoas.

Sobre essa visão do paradigma de suportes, Dhanda afirma que, ao criar diversas opções, o elaborador das políticas públicas deve conferir centralidade ao desenvolvimento do indivíduo, organizando os suportes a partir das pessoas necessárias a esse desenvolvimento.⁷⁸ E ainda complementa, em importante observação sobre a relação entre igualdade e diferença nesse regime:

Porém, para que se realizem esse crescimento e desenvolvimento, é importante que as oportunidades sejam ajustadas conforme as necessidades de cada pessoa. Assim, está construída uma demanda por igualdade de oportunidade, porém com diferença de tratamento. Essa diferença de tratamento é defendida de modo que o resultado universal de crescimento e desenvolvimento seja alcançado por todos os seres humanos, independentemente de raça, casta, classe, origem étnica, sexo, idade ou habilidade.⁷⁹

Nesta perspectiva, o Artigo 12 seria uma alteração de paradigma ainda mais profunda, de um sistema que privava determinadas pessoas de seus direitos em razão de uma aparente ausência de capacidade para um sistema de promoção de políticas públicas que viabilizem as finalidades da Convenção relativas a autonomia, dignidade e interdependência.⁸⁰ É claro que ainda não há consenso em relação a quais devem ser estas práticas de suporte, mas o simples estabelecimento do regime legal em questão estimula tanto o aprimoramento do restante da legislação quanto o desenvolvimento e aprimoramento de práticas de suporte, assim como a difusão da axiologia que lhe é subjacente.⁸¹ Por exemplo, enquanto o atual regime estimula, em termos de pesquisa, o desenvolvimento de técnicas e modelos conceituais que permitam identificar quem possui capacidade ou não, o regime de suportes é uma justificativa e estímulo para que essas pesquisas e estudos foquem na investigação de práticas de compreensão e comunicação com pessoas com deficiências profundas ou em práticas de suportes e educação para pessoas com deficiências leves ou moderadas e que sejam melhor compreendidas suas,

⁷⁸ DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007. p. 459.

⁷⁹ Tradução livre de: “However, for this growth and development to happen, it is important that opportunities be tailored according to the needs of each person. Thus, a claim of equality of opportunity but difference of treatment is mounted. The difference of treatment is advocated so that the universal outcome of growth and development is achieved for all human beings irrespective of race, caste, class, ethnicity, sex, age, or ability.” (DHANDA, Amita. *Ibidem*, p. 458.)

⁸⁰ KANTER, Arlene S. *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*. Nova York: Routledge, 2015. p. 236.

⁸¹ SERIES, Lucy; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; KAMUNDIA, Elizabeth. Legal Capacity: A global analysis of reform trends. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova York: Routledge, 2017. p. 152.

ainda pouco conhecidas, capacidades de desenvolvimento e de emancipação (ainda que em interdependência).

Em síntese, a questão da capacidade legal, nessa perspectiva, deixa de se fundar na pergunta sobre *quais as condições individuais mínimas necessárias para que alguém seja reconhecido como agente perante a lei e possa ter a validade de suas ações reconhecidas*. A questão fundamental do paradigma de suporte é aquela que pergunta sobre *quais as ações, apoios e adaptações necessárias para que pessoas com dificuldade de agência independente possam exercer seus direitos de forma adequada*.

1.2.2. Os fundamentos teóricos do regime de suportes

O regime de suportes, considerada sua relação com a noção de capacidade legal universal, apesar do seu desenvolvimento a partir de noções de direitos humanos, como dito no início deste capítulo, não possui firmadas suas bases teóricas.

Series indica que, por se tratar de uma abordagem legal *sui generis*, os seus fundamentos normativos e metafísicos ainda estariam em evolução, havendo compreensões diversas que disputariam esse lugar.⁸² A maior parte das tentativas de se calcar o regime de suportes em bases teóricas é feita a partir da relação entre alguma compreensão do modelo social de deficiência com alguma compreensão do que vem sendo, atualmente, chamado de concepção relacional da autonomia.

Essas concepções relacionais da autonomia, entretanto, não possuem, assim como o modelo social da deficiência, uma tradição teórica única ou fundamentos distinguíveis, compondo, a partir desse termo guarda-chuva,⁸³ um conjunto de abordagens que buscam, de diferentes formas, se contrapor a noções atomísticas e individualistas de autonomia, sem deixar de reconhecer o valor elevado dessa capacidade nas sociedades democráticas e na teoria liberal.⁸⁴

⁸² SERIES, Lucy. 'Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms'. *International Journal of Law and Psychiatry*. Vol. 40, p. 80-91, 2015.

⁸³ HUTCHISON, Katrina; MACKENZIE, Catriona; OSHANA, Marina. Introduction: Moral Responsibility in Contexts of Structural Injustice. In: HUTCHISON, Katrina; MACKENZIE, Catriona; OSHANA, Marina (Ed.). *Social Dimensions of Moral Responsibility*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 1-37. STOLJAR, Natalie; VOIGT, Kristin. Introduction: A Relational Turn in Political Philosophy. In: STOLJAR, Natalie; VOIGT, Kristin (Ed.). *Autonomy and Equality: Relational Approaches*. Nova Iorque: Routledge, 2022, p. 1-31.

⁸⁴ MACKENZIE, Catriona. Relational Autonomy: State of the Art Debate. In: ARMSTRONG, Aurelia; GREEN, Keith; e SANGIACOMO, Andrea (Ed.). *Spinoza and Relational Autonomy: Being with Others*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019, p. 10-32.

Unidas por esse elemento comum de crítica às tradições individualistas, entretanto, as diversas teorias relacionais da autonomia de distinguem bastante em seus elementos. Series afirma que, devido a seus diferentes fundamentos metafísicos, éticos e políticos, teorias de autonomia relacional são usadas para fundamentar posições antagônicas, por exemplo, no meio jurídico, que buscam a reabilitação de modelos de capacidade mental até modelos que rejeitam totalmente essas premissas cognitivistas.⁸⁵

Por mais estranho que possa parecer, à primeira vista, a possibilidade de utilização de teorias relacionais para reforçar posições capacitistas, tal não surpreende quando é avaliado o delineamento básico dessas teorias. O conceito de autonomia, em si, já é definido como uma *capacidade*⁸⁶ de se autogovernar ou de definir normas para si próprio, entre outras possíveis definições. Além dessa caracterização inicial, deve-se considerar que o conceito de autonomia, nos debates atuais em língua inglesa, se fixa em dois eixos, a competência (capacidade) e a autenticidade.⁸⁷ São essas duas dimensões ou elementos da autonomia que, mesmo nas teorias de autonomia relacional, guiam as discussões sobre os problemas enfrentados pelos teóricos do tema, que buscam, em síntese, demonstrar como as capacidades (em sua maioria cognitivas) necessárias para o exercício da autonomia são formadas no meio social e por ele influenciadas, assim como os *selves* individuais são igualmente formados em relações interpessoais e por elas influenciadas.⁸⁸

A forma como são abordadas essas formações e a influência do social nos dois eixos da autonomia, como já havia sugerido Series, varia significativamente. Como sintetizado por Mackenzie, os debates envolvem desde teorias que buscam estar mais próximas de um ideário liberal, com abordagens que buscam reconhecer a influência do meio social no indivíduo sem que isso signifique abrir mão de noções procedimentalistas e de uma abordagem neutra sobre os valores individuais autônomos, até teorias perfeccionistas, substantivamente fortes, que reconheceriam a autonomia apenas a partir do momento em que o sujeito agisse conforme normas tidas como verdadeiras, de conteúdo não opressor.⁸⁹

⁸⁵ SERIES, Lucy. 'Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms'. *International Journal of Law and Psychiatry*. Vol. 40, p. 80-91, 2015.

⁸⁶ MACKENZIE, Catriona. Relational Autonomy: State of the Art Debate. In: ARMSTRONG, Aurelia; GREEN, Keith; e SANGIACOMO, Andrea (Ed.). *Spinoza and Relational Autonomy: Being with Others*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019, p. 10-32.

⁸⁷ MACKENZIE, Catriona. *Ibidem*. CHRISTMAN, John; ANDERSON, Joel. Introduction. In: CHRISTMAN, John; ANDERSON, Joel (Ed.). *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 1-26.

⁸⁸ MACKENZIE, Catriona. *Ibidem*.

⁸⁹ MACKENZIE, Catriona. *Ibidem*.

Não obstante essa diversidade, as teorias relacionais da autonomia não deixam de ter, em alguma medida, um conceito de competência (capacidade) que a fundamente. Esse conceito pode envolver as mais diversas capacidades individuais, como a genérica racionalidade, passando pela capacidade de refletir criticamente sobre normas e valores, por capacidades comunicacionais e conversacionais, até capacidades interpessoais, como a capacidade de reconhecer, interpretar e regular emoções.⁹⁰

Trazidas para o campo dos estudos das deficiências, portanto, por mais que sejam promissoras e animadoras teorias que reconheçam o caráter não atomístico do exercício da autonomia e rejeitem a radical independência que pode ser lida em algumas tradições, sua (ainda) umbilical ligação a alguma noção de capacidade e de autenticidade não elimina automaticamente os difíceis problemas de se verificar essas capacidades entre as PCDs.

Algumas tentativas são feitas, mas ao custo do surgimento de problemas, especialmente metafísicos, de difícil solução. Apenas a título de exemplo, é possível citar o trabalho de Agnieszka Jaworska. Como já estudado em outra oportunidade,⁹¹ a autora fundamenta a competência necessária para o exercício da autonomia na capacidade de valorizar, de gerar de juízos de valor, tendo autoridade sobre seu próprio bem-estar.⁹² No entanto, se pensarmos que a capacidade de valorizar precisa estar fundada em alguma capacidade para reflexão crítica que embase uma noção de autenticidade, e não somente na expressão simples de preferências irrefletidas, o conceito de Jaworska fica comprometido. Mais grave ainda seria uma possível confusão, em seu conceito, entre gerar juízos de valor e expressar desejos imediatos de prazer ou sofrimento: como distinguir essas duas situações em pessoas que tem dificuldade ou não conseguem refletir e se expressar por meios convencionais de linguagem? Jaworska, posteriormente, evolui sua percepção da capacidade de valorizar para a capacidade de ter cuidado,⁹³ a qual corresponderia a uma coleção de atitudes emocionais que deveria ser compreendida como um composto estruturado de várias emoções menos complexas, predisposições emocionais, e, também, desejos, desdobrando-se, ao longo do tempo, em resposta a

⁹⁰ MACKENZIE, Catriona. Relational Autonomy: State of the Art Debate. In: ARMSTRONG, Aurelia; GREEN, Keith; e SANGIACOMO, Andrea (Ed.). *Spinoza and Relational Autonomy: Being with Others*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 10-32.

⁹¹ HOSNI, David Salim Santos. *Pessoalidade e identidade na doença de Alzheimer: curatela e inclusão no Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁹² JAWORSKA, Agnieszka. Respecting the Margins of Agency: Alzheimer's Patients and the Capacity to Value. *Philosophy & Public Affairs*. v. 28, n. 2, p. 105-138, 1999, p. 109.

⁹³ JAWORSKA, Agnieszka. Caring and Full Moral Standing. *Ethics*. Chicago, v. 117, p. 460-497, abril/2007. p. 460.

circunstâncias relevantes.⁹⁴ Essa concepção traria problemas não tão diferentes da inicial capacidade de valorizar, especialmente referente a questões de autenticidade e de capacidade de reflexão crítica, além de problemas graves de delimitação da influência de exterioridades na formação dessa vontade e, conseqüentemente, problemas atinentes à *responsabilidade moral* desses agentes.

Kerslake e Flynn, de forma bem diferente, buscam a construção de um conceito próprio de intencionalidade para fundamentar a possibilidade universal de agência, conceito este que seria um requerimento de patamar baixo, podendo ser estendida para todos os seres humanos, o qual seria apreensível em ações, comissivas ou omissivas, que possuam qualquer indicação mínima de propósito e deliberação.⁹⁵ Nesta definição, a noção de intenção não depende da noção cognitiva de compreensão por parte de quem expressa essa intenção, sendo suficiente a comunicação e a posterior compreensão do desejo por parte das demais pessoas. Na dúvida a respeito da existência desses elementos mínimos, deve-se adotar uma presunção de que eles estão presentes, mesmo quando se tratar de indícios apreensíveis em métodos não-convencionais de comunicação, como por meio de expressões corporais ou vocalizações não linguísticas.⁹⁶ Os problemas decorrentes dessa noção mínima de intencionalidade são semelhantes àqueles identificados no caso de Jaworska, além de uma questão específica atinente à total indeterminação de qual seria esse patamar mínimo de intencionalidade: seriam expressões emocionais complexas? Toda e qualquer manifestação de mal-estar ou bem-estar? Qualquer movimento corporal? Não é possível depreender da proposta das autoras.

Dada essa dificuldade em compreender as conseqüências da limitação de competências individuais no caso da autonomia das PCDs e, conseqüentemente, de sua autenticidade, a proposta de que suportes, ainda que intensos, podem suprir essas limitações acaba gerando problemas metafísicos que não são irrelevantes, como o debate a respeito da “propriedade” das decisões tomadas em regime de suportes.

Silvers e Francis, neste debate, ignoram a necessidade de identificação de capacidades mínimas e trabalham a questão do suporte enquanto elemento próstético, que supre ou complementa o papel de um elemento faltante no exercício de determinada ação,

⁹⁴ JAWORSKA, Agnieszka. Caring and Full Moral Standing. *Ethics*. Chicago, v. 117, p. 460-497, abril/2007. p. 482/483.

⁹⁵ ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; FLYNN, Eilionóir. The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *International Journal of Law in Context*. Vol. 13, n. 1 p. 22-38, 2017. p. 25/26.

⁹⁶ ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; FLYNN, Eilionóir. *Ibidem*, p. 26.

como uma prótese de uma perna ou um braço que se integra ao corpo e complementa os movimentos da pessoa que a utiliza.⁹⁷ Argumentam, neste sentido, que deve-se atribuir o funcionamento da prótese, ainda quando essa é composta de elementos mentais, ao agente que a usa, numa lógica análoga à visão de que o corredor, e não a perna de metal, está disputando determinada prova.⁹⁸ A partir dessa noção, Silvers e Francis atribuem agência em sentido metafísico à pessoa mesmo em casos extremos, onde as vontades e preferências (ou a intencionalidade mínima de Kerslake e Flynn) são inferidas e interpretadas de comportamentos não verbais das pessoas e métodos não-convencionais de comunicação.⁹⁹ Series critica essa posição de Silvers e Francis, argumentando que nessas situações de “100% de suporte” haveria somente uma ficção jurídica de ação,¹⁰⁰ não podendo esta ser atribuída metafisicamente à PCD. Essa noção de avaliação da “propriedade” da ação no âmbito jurídico pode ter implicações severas, por exemplo, em termos de responsabilidade moral, não sendo um problema menor a ser desconsiderado como somente lateral à questão da autonomia.

Dado esse caráter ainda em evolução das teorias indicadas, Series entende que deve haver cautela com teorias relacionais de autonomia, uma vez que, em razão de sua diversidade, não seria claro como elas se traduziriam para arranjos legais práticos¹⁰¹ e mesmo para arranjos teóricos complexos. Apesar dessa necessária cautela, a própria autora entende que a fundamental contraposição do paradigma de suportes ao tradicional sistema de avaliação funcional da capacidade, comentado no início deste capítulo, representaria, igualmente, uma contraposição a uma compreensão liberal da autonomia. A autora comenta que o tradicional teste funcional de capacidade, ao avaliar “habilidades” de tomada de decisão independentemente das escolhas, seria assemelhado a uma abordagem procedimental neutra da autonomia em âmbito político. Em contraposição, estariam as abordagens substantivas que exigem que as pessoas possuam determinados valores ou decidam de determinada forma para serem consideradas autônomas.¹⁰² Abordagens deste último tipo seriam mais próximas da abordagem de suportes, cujos

⁹⁷ SILVERS, Anita; FRANCIS, Leslie Pickering. Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities. *Metaphilosophy*, Vol. 40, n°s. 3-4, p. 475-498, julho, 2009. p. 485.

⁹⁸ SILVERS, Anita; FRANCIS, Leslie Pickering. *Ibidem*, p. 486.

⁹⁹ SILVERS, Anita; FRANCIS, Leslie Pickering. *Ibidem*, p. 486.

¹⁰⁰ SERIES, Lucy. ‘Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms’. *International Journal of Law and Psychiatry*. Vol. 40, p. 80-91, 2015.

¹⁰¹ SERIES, Lucy. *Ibidem*.

¹⁰² SERIES, Lucy. *Ibidem*.

fundamentos seriam calcados, para a autora, em ideias de personalidade compartilhada (autonomia relacional) e na noção de que a autonomia pode ser exercida por meio de suportes.¹⁰³

Essa comparação de Series é, no entanto, algo contestável, já que há concepções relacionais da autonomia que se colocam como procedimentais e internalistas, valorizando a neutralidade típica do liberalismo.¹⁰⁴ E, de fato, é possível ler a Convenção como uma norma que valoriza um procedimentalismo, ainda que reconhecendo a influência de fatores externos (atitudes e arranjos institucionais opressores em contraposição aos suportes) nos processos individuais que compõem a autonomia.

Além disso, os valores da Convenção, expressos em seus princípios, igualmente podem ser lidos como liberais ao promoverem, em elaboração normativa que tende à neutralidade, justamente a atenção às vontades e preferências individuais da PCD, independentemente de quais sejam essas preferências. Mesmo em uma abordagem de suportes, esses valores podem ser compreendidos como inseridos em um ambiente liberal, onde o suporte atuaria apenas como um elemento sem profundidade axiológica, que permitiria a viabilização da formulação e da expressão da vontade por essas pessoas, num sentido mais próximo da abordagem próstética de Silvers e Francis e sem implicações éticas mais profundas a respeito da noção de autonomia.

Dessa forma, como a própria Series havia ressaltado, simplesmente afirmar que a Convenção pode ser fundada em alguma concepção relacional de autonomia não gera implicações imediatas, sejam juspolíticas, jurídicas, filosóficas ou práticas.

A Convenção, afinal de contas, propõe, simplesmente, o reconhecimento jurídico, ainda que em termos de ficção, da noção de que vontades e preferências são expressões válidas da autonomia e são universais. A formulação e a expressão dessas vontades e preferências são influenciadas pelo ambiente no sentido de poderem ser limitadas por ambientes hostis, em termos físicos ou atitudinais, ou potencializadas e promovidas por meio de suportes. O reconhecimento dessas noções práticas busca promover a autonomia dos sujeitos de direitos e criar ambientes favoráveis ao seu desenvolvimento,

¹⁰³ SERIES, Lucy. 'Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms'. *International Journal of Law and Psychiatry*. Vol. 40, p. 80-91, 2015.

¹⁰⁴ MACKENZIE, Catriona. Relational Autonomy: State of the Art Debate. In: ARMSTRONG, Aurelia; GREEN, Keith; e SANGIACOMO, Andrea (Ed.). *Spinoza and Relational Autonomy: Being with Others*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019, p. 10-32.

independentemente da pacificação a respeito de qualquer fundamento teórico que se possa ter em mente.

Essa compreensão prática da Convenção, enfim, reforça essa posição de que *não há* uma contraposição forte a noções liberais na Convenção. Vale ressaltar, inclusive, que foi rejeitada pelos grupos de PCDs da sociedade civil organizada qualquer linguagem ligada à noção de vulnerabilidade em sua redação, como relata Series:

Outros princípios referenciam a igualdade, a não-discriminação, o respeito pela diversidade, a participação e inclusão, a acessibilidade e respeito pelas “capacidades em evolução das crianças com deficiências”, mas a “proteção” não figura nessa lista. A linguagem da “vulnerabilidade” não consta na Convenção e foi resistida ativamente pelas organizações de pessoas com deficiências durante a escrita do seu Artigo 16, concernente à exploração e abuso (Schulze 2010; Keeling in Bantekas et al. 2018). Isso contrasta com a caracterização das pessoas com deficiência como inerentemente ou especialmente vulneráveis na literatura feminista (e.g. Mackenzie et al. 2014; Fineman and Gear 2013) e na sociedade como um todo.¹⁰⁵

Ou seja, o ponto principal do sistema de suportes não é *proteger* as PCDs, dada a rejeição da tendência paternalista, mas promover sua autonomia e viabilizar o exercício de direitos, propiciando o ambiente adequado para tanto. Assim, a Convenção, na verdade, faz uma afirmação jurídica prática de reconhecimento de agência e determina uma obrigação estatal de ajuste do ambiente, uma vez que essa agência pode ser melhor desenvolvida e possuir sua qualidade ampliada por meio dos chamados suportes. Infelizmente, como última crítica aqui cabível, a Convenção não trouxe, em sua visão prática, uma preocupação sobre as condições em que será oferecido esse suporte, especialmente aqueles referentes à pessoa que cuida e suporta, a qual, como será visto no capítulo 4, recai em desvantagem por ter de abrir mão de parte de sua própria autonomia para cuidar e suportar a pessoa necessitada.

1.2.3. Direito à capacidade legal e suportes: uma distinção necessária

¹⁰⁵ Tradução livre de: “Other principles reference equality, non-discrimination, respect for diversity, participation and inclusion, accessibility and respect for the ‘evolving capacities of children with disabilities’, but ‘protection’ does not feature on this list. The language of ‘vulnerability’ does not feature in the Convention, and was actively resisted by DPOs during the drafting of Article 16 of the CRPD, concerned with exploitation and abuse (Schulze 2010; Keeling in Bantekas et al. 2018). This contrasts with characterisations of disabled people as inherently or especially vulnerable in feminist literature (e.g. Mackenzie et al. 2014; Fineman and Gear 2013) and in wider society.” (SERIES, Lucy. Disability and Human Rights. In: WATSON, Nick; VEHMAS, Simo (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Studies*. 2ª Ed. Nova York: Routledge, 2020. p. 82.)

É preciso que fique claro que a capacidade legal universal, dentro da Convenção, não depende de um sistema de suportes adequadamente estabelecido para que possa ser reconhecida. Em outras palavras, o sistema de suportes não é um pré-requisito para a capacidade legal, mas um direito decorrente dessa própria capacidade.

A capacidade legal universal é, assim, a noção de que os atos das PCDs, independentemente de qualquer qualidade que possa lhe ser atribuída, devem ser considerados válidos na ordem jurídica, sendo inapropriada qualquer distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato que venha a excluir essas pessoas da esfera jurídico-civil. Não se admite a potência para agir e possuir direitos e deveres sem a correspondente possibilidade de exercê-los de fato. Essa é a essência da capacidade jurídica universal trazida na Convenção.

Como foi comentado no tópico anterior, mesmo manifestações não verbais, como vocalizações que expressem determinado sentimento de descontentamento ou de satisfação e até simples movimentos e sinais corporais devem ser tomados enquanto possuidores de carga jurídica válida, ensejando o seu reconhecimento enquanto expressão da vontade e gerando obrigação em terceiros de (pelo menos tentar) realizar seu adequado reconhecimento e consideração. Esse reconhecimento deve acontecer mesmo que exista um arranjo de apoio e/ou suporte instituído, não se admitindo que a voz do apoiador ou, se for o caso, do representante seja a única ouvida e respeitada.

Os suportes, por sua vez, são instrumentos que visam reduzir desigualdades práticas, podem ser, inclusive, instrumentos jurídicos, arranjos legais de formalização de apoios e políticas públicas para a promoção do exercício da capacidade legal pelas PCDs em condições de igualdade às demais pessoas, nivelando de forma razoável a igualdade formal.

Assim, a agência jurídica, ou capacidade legal, é um direito que deve ser reconhecido independentemente da verificação de qualquer característica individual do agente, sendo parte indissociável da personalidade jurídica e constituindo base para o próprio exercício de outros direitos. Ao mesmo tempo, essas mesmas características individuais, em interação com o ambiente no qual o agente está inserido, geram reivindicação por suportes, buscando condições adequadas para que todos esses direitos sejam exercidos de forma justa.

Neste sentido, a capacidade legal universal estabelece uma igualdade de partida, mas, ao reivindicar a necessidade por suportes logo em seguida, reconhece as diferenças entre as pessoas. Essas diferenças, conceitualmente falando, não podem ser evidenciadas

anteriormente ao reconhecimento da igualdade formal na ação, uma vez que essa possibilidade formal de ação é considerada, na literatura sobre a capacidade legal universal, um pressuposto para que as pessoas possam se desenvolver a partir e dentro desse ambiente inevitável de diferenças. Dhanda afirma o seguinte:

Eu não estou defendendo que todas as pessoas possuam um parâmetro similar de capacidades ou que todas as pessoas podem fazer qualquer coisa com igual capacidade. Evidentemente a oportunidade para desenvolver e evoluir capacidades é demandada. É essa oportunidade que é negada quando o rótulo da incapacidade é dado a um indivíduo, seja uma pessoa em coma, uma pessoa com paralisia cerebral e dificuldades de comunicação ou uma pessoa com um quociente de inteligência muito baixo. A lei, em minha compreensão, deve operar a partir da presunção de capacidade para todas as pessoas, uma vez que essa presunção promove os interesses de todas. E se há a intenção de prover proteção para aquelas que a necessitam em razão de qualquer vulnerabilidade, então essa proteção deve também ser construída em termos universais. Qualquer outra forma de se endereçar uma alegada incapacidade estará necessariamente em violação do direito à igualdade e à não-discriminação.¹⁰⁶

Nestes termos, como apregoadado pelo Comitê, a necessidade de suportes e acomodações razoáveis não pode servir de base para se questionar a capacidade legal de uma pessoa,¹⁰⁷ uma vez que essa capacidade é indispensável para o posterior desenvolvimento das pessoas e para o exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.¹⁰⁸

Apesar dessa importante diferença conceitual, é de se reconhecer que é indesejável que a PCD tenha que exercer sua capacidade legal sem que existam arranjos formais ou informais de suporte. Isso pode ter implicações para a forma como serão interpretadas as relações jurídicas nas quais estão inseridas essas PCDs e a determinação das obrigações

¹⁰⁶ Tradução livre de: “I am not contending that all persons have either a similar standard of competence or that all people can do all things with equal competence. Evidently the opportunity to develop capabilities and to evolve capacity is required. It is this opportunity which is taken away when the label of incompetence is affixed on an individual, be it a person in coma, a person with cerebral palsy and communication difficulties, or a person with a very low intelligence quotient. The law, I hold, should operate on the presumption of competence of all as that presumption advances the interest of all. And if there is desire to provide protection to those who require it by reason of any vulnerability, then such protection should also be constructed in universal terms. Any other mechanism of addressing alleged incompetence would necessarily be in breach of the right of equality and non-discrimination.” (DHANDA, Amita. *Universal Legal Capacity as a Universal Human Right*. In: DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran (Ed.). *Mental Health and Human Rights: vision, praxis, and courage*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 183.)

¹⁰⁷ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014. p. 8.

¹⁰⁸ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Ibidem*, p. 2.

das partes que com ela se relacionam, especialmente considerada as circunstâncias e a possibilidade de conhecimento da condição de agência do seu interlocutor.

1.3. A TENSÃO ENTRE PROMOÇÃO DE DIREITOS E SEGURANÇA JURÍDICA

Os debates do modelo de capacidade legal universal, como foi possível perceber, se desenvolvem a partir da tensão fundamental entre o reconhecimento da liberdade / autonomia das PCDs e a preocupação com a proteção dessas pessoas dentro da complexidade da vida jurídico-cívica, a qual exigiria um certo nível de paternalismo jurídico para que fossem garantidos seus direitos, ainda que não exercidos diretamente por essas pessoas.

Há, no entanto, uma segunda tensão jurídica que surge do reconhecimento da capacidade legal universal. Se há uma presunção de capacidade de fato para todos, deve-se buscar reconhecer o máximo de efetividade possível às transações civis realizadas por essas pessoas, existindo ou não os suportes formais cabíveis. Neste sentido é o parágrafo 5 do Artigo 12 da Convenção, o qual enumera direitos patrimoniais que são exercidos a partir da capacidade legal e que devem ser garantidos, a fim de afastar possíveis interpretações restritivas. Entretanto, os limites tradicionais do direito civil, onde atos de incapazes eram tidos por inaptos para gerar efeitos, eram não só uma tentativa de se proteger a PCD, mas, talvez principalmente, um elemento de segurança jurídica, dando estabilidade para as relações ao evitar seu futuro desfazimento por vícios quaisquer e garantindo um regime justo e estável de interação privada. Essa estabilização das relações era feita, entretanto, pela exclusão da PCD, o que não é mais aceitável pelo cenário aqui discutido. Há, assim, uma tensão entre a promoção de segurança jurídica e a promoção de direitos das PCDs.

No caso, por exemplo, da responsabilidade civil, a estabilidade das relações privadas de acidentes ou mesmo ações intencionais causadoras de danos cuja origem se dá na ação de uma PCD que envolva transtornos mentais é buscada a partir da preferencial substituição do responsável, de modo que a atribuição do dever de indenizar, nesses casos, é objetivamente deslocada para o responsável legal pela PCD. Apenas subsidiariamente essa obrigação é atribuída para a própria PCD (apesar do não reconhecimento da sua agência antes da Convenção), caso no qual ela pode ser mitigada, gerando mais um ponto de tensão entre promoção de direitos e segurança jurídica. Essas formas de atribuição de

responsabilidade não apenas (pretensamente) protegeriam a PCD, promovendo seus direitos, mas evitariam que difíceis discussões a respeito da capacidade real da agente PCD ou das responsabilidades de sua responsável pudessem impedir que o fato jurídico do acidente gerasse seus efeitos relativos à imposição da obrigação de indenizar.

Essa justificativa para esse arranjo de responsabilização objetiva, entretanto, não é nada menos do que questionável, especialmente agora, ante o quadro da capacidade legal universal. Dada a validade da ação da PCD, qual a justificativa para que se desloque o dever de indenizar objetivamente para a apoiadora/responsável legal da PCD? Quais as razões que permitem mitigar o dever de indenizar da PCD pela simples manutenção dos danos à conta da vítima que os sofreu? A noção de responsabilidade que pode acompanhar a reivindicação por reconhecimento da agência é algo de que a comunidade internacional das PCDs que participou das negociações da Convenção estava ciente:

“Pode ser surpreendente pensar que ativistas do movimento de direitos das pessoas com deficiência defendam a abolição da ‘defesa de insanidade’, da qual muitas pessoas com deficiência poderiam lançar mão em julgamentos criminais, porém esse é o corolário lógico do paradigma da capacidade legal universal. Minkowitz comenta que ‘a capacidade legal implica responsabilidade pelos atos e escolhas de determinada pessoa’. As razões para questionar a defesa de insanidade vão além da igualdade formal: ela é associada com um grande estigma suportado pelas pessoas com deficiência mental” e sua utilização geralmente não resulta no não encarceramento da pessoa, mas em sua internação e tratamento involuntários, destinados a proteger a população e curar o ofensor.¹⁰⁹

Dessa forma, é preciso, nesse delicado contexto, reconhecer estabilidade também para as relações das PCDs que impliquem em situação gravosa para elas, inclusive com sua eventual redução patrimonial. É importante, claro, buscar indícios de que não houve lesão *injusta* aos seus bens, mas isso não impede o reconhecimento das relações estabelecidas, ainda que sem a presença de suportes (apesar que a ausência de suportes pode ser tida como elemento que enseje a avaliação de lesão injusta). Inclusive, a última parte do referido parágrafo 5 do Artigo 12 da Convenção indica que as PCDs não devem

¹⁰⁹ Tradução livre de: ““It might be thought surprising that disability rights advocates would argue for the abolition of insanity defences that many disabled people rely upon in criminal trials, yet arguably it is the logical corollary of the universal legal capacity paradigm. Minkowitz comments that ‘legal capacity entails responsibility for one’s acts and choices’. Reasons for addressing the insanity defence extend beyond formal equality: it is associated with the wider stigma endured by people with mental disabilities” and its deployment typically results not in release from detention but diversion into involuntary detention and treatment, aimed at protecting the public and treating the offender.” (SERIES, Lucy; NILSSON, Anna. Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law. In: BANTEKAS, Ilias; STEIN, Michael Ashley; ANASTASIOU, Dimitris. (Ed.). *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2018.)

ser arbitrariamente destituídas de seus bens, o que, portanto, não impede que, observadas as condições legais adequadas, elas disponham de seus bens e, se for o caso, venham a responder com eles. É claro que o regime de suportes dá mais segurança a essas transações, porém elas não necessariamente dependem desse arranjo, já que o reconhecimento da ação precede conceitualmente os suportes.

Neste cenário, entretanto, não basta a simples atribuição da responsabilidade civil às PCDs, independentemente de qualquer condição ou justificativa. É possível, inclusive, que se argumente pela inadequação, para essas pessoas, do sistema de responsabilização civil tal qual praticado. A grande questão, portanto, passa a ser que essa atribuição de responsabilidade deve se amoldar de forma adequada às justificativas gerais do próprio regime de responsabilidade civil, de modo que este seja praticado a partir de pressupostos e condições justas para as pessoas que se envolvam em acidentes e outras situações de danos, ainda que essas pessoas possuam deficiências que envolvam transtornos mentais.

Essas justificativas e condições para a responsabilização civil, portanto, serão investigadas nos próximos capítulos.

2. JUSTIFICANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto, melhor compreender o atual *status* jurídico da PCD é importante para compreender a sua responsabilização civil, porém não é o suficiente. É preciso compreender as justificativas da própria responsabilização civil para poder avaliar se elas são justas em relação à PCD. Esse *status* da PCD, de toda forma, ajuda a perceber que qualquer justificativa da sua responsabilização não deve partir de bases distintas da justificativa para responsabilização das pessoas sem deficiência, sendo indesejável justificativa que apele para a simples proteção paternalística da PCD ou que trabalhe com noções que ignorem a agência da PCD e sua capacidade legal.

Neste capítulo serão investigadas as possíveis justificativas que se ajustam aos requisitos delineados, sendo rejeitadas aquelas que não os atendam ou mesmo que se mostrem insuficientes por outros motivos que sejam identificados. Ao final, serão estabelecidas as bases sobre as quais será investigada, no capítulo seguinte, a estrutura e as justificativas da responsabilização civil da PCD que envolva transtorno mental.

2.1. AFASTANDO A JUSTIFICAÇÃO OFERECIDA POR TEORIAS INSTRUMENTALISTAS

Teorias instrumentalistas da responsabilidade civil são aquelas que explicam e/ou justificam o instituto e suas práticas a partir de elementos externos à prática do próprio instituto, atribuindo-lhe funções e finalidades que visam gerar efeitos de políticas públicas ou que sirvam de meios para a obtenção de objetivos mais amplos do Estado, que extrapolam aquela relação localizada de litígio privado entre dois indivíduos determinados. Esse condicionamento do instituto a fins que extrapolam seu âmbito de prática acaba por amoldar a própria visão que se tem dessa prática e as escolhas que são feitas na determinação do objeto da responsabilização, da atribuição da obrigação de indenizar e até mesmo na avaliação do valor da indenização porventura devida. Por exemplo, se se entende que a responsabilização serve para punir o agente que causa danos, não necessariamente é preciso se ater ao estrito valor do dano verificado, já que há justificativa para calcular a indenização conforme o necessário para gerar o efeito punitivo. Por outro lado, ainda nesse exemplo em que a punição é o objetivo, dificilmente há justificativas suficientes para deslocar o dano para terceiros que não tenham culpa, sob pena punir pessoas inocentes.

O direito da responsabilidade civil no Brasil é marcado por seu caráter prevalentemente instrumentalista. Diversas são as abordagens propostas quanto à justificativa da responsabilização civil a partir dos objetivos perseguidos com esse instituto e dos diversos efeitos que essas finalidades acabam gerando para a prática e para suas regras dogmáticas. No entanto, como se buscará demonstrar, as teorias instrumentalistas acabam tendo grande dificuldade para explicar determinados aspectos da prática do instituto ou acabam por se mostrar muito contraditórias nos termos em que são colocadas, especialmente quando evitam definir uma finalidade única ou principal para o instituto ou quando se limitam à prática de perseguir a reparação a partir da obrigação de indenizar de uma ou algumas pessoas específicas.

Neste sentido, é bom registrar, não será feito um aprofundamento em teorias instrumentalistas da responsabilidade civil. Os objetivos deste subtópico são dois: compreender como as principais teorias nacionais não conseguem se sustentar em seus próprios termos e, em seguida, avaliar uma falha fundamental das teorias instrumentalistas em geral, a de que não conseguem explicar a limitação da relação de responsabilidade civil quanto às pessoas elegíveis para dela participar. Entende-se, nestes termos, que afastar teorias que não consigam explicar a limitação da relação de responsabilidade civil é importante para esse trabalho, uma vez que se uma teoria não consegue, em geral, explicar a limitação da responsabilização por determinado dano a uma pessoa qualquer, não poderá justificar, num caso específico, a responsabilização direta da PCD.

2.1.1. Teorias nacionais

No Brasil, o direito da responsabilidade civil possui uma história que é comumente contada na maioria dos manuais e trabalhos acadêmicos dedicados ao tema e que pode ajudar a compreender alguns pontos sobre o problema em questão. Afirma-se que, buscando corrigir injustiças do sistema de responsabilização subjetiva, a responsabilidade civil no Brasil “evoluiu” para ampliar o conceito de culpa por meio de “processos técnicos” de presunção e de atribuição de obrigações independentemente da vontade, tendo, em determinados casos, se objetivado a partir das teorias da responsabilidade por fato de terceiro e pelo risco.

Essa “evolução” do instituto, entretanto, aponta para a transformação de uma construção formalista em uma construção instrumentalista de nossa responsabilidade

civil. Não cabe neste trabalho fazer uma análise extensa do tema, mas cabem algumas observações sobre essa tendência instrumentalista das justificativas das práticas nacionais de responsabilização civil para que possa ser avaliada a pertinência dessas mesmas justificativas para a responsabilização civil das PCDs, ressaltando, nessa avaliação, que para que possa servir para justificar o caso das PCDs a teoria deve se justificar em si para qualquer caso.

Foram escolhidos para avaliação dois momentos da doutrina nacional que trazem os principais elementos de instrumentalização da prática da responsabilidade civil: o primeiro referente às construções da primeira metade do século XX, onde, influenciados pela doutrina francesa, os civilistas brasileiros se propuseram a ressignificar os elementos da construção formalista da responsabilidade civil a partir dos citados “processos técnicos” de alargamento do conceito de culpa ao mesmo tempo em que discutiam a possibilidade da responsabilização objetiva; e o segundo momento referente às construções feitas após a promulgação da Constituição da República de 1988, que visam justificar a prática a partir de uma visão constitucionalista forte, que permitiria a reinterpretação do Código Civil para a melhor consecução dos objetivos constitucionais.

O primeiro momento, na primeira metade do século XX, foi influenciado diretamente por um naturalismo jurídico, que no direito civil se manifestou com toda a força da jurisprudência dos interesses de Jhering e Philipp Heck.¹¹⁰ Essa tendência jurídica entendia o direito como um elemento social de resolução de conflitos de interesses reais, devendo guiar-se teleologicamente para esse objetivo. Na doutrina francesa, que mais influenciou o direito brasileiro, essa tendência se manifesta na escola socialista francesa, a qual teve expressão em juristas como Duguit, Saleilles e Gény, os quais “renovaram a teoria da interpretação da lei, a partir da definição do direito como *fonction sociale*”.¹¹¹ Além disso, esse momento jurídico é fortemente influenciado indiretamente por uma visão positivista de sociedade, a qual foi crucial na definição de determinados dogmas do Direito em geral e do direito privado. Essa visão positivista, segundo Hespanha, partiria de uma crítica ao individualismo, ao voluntarismo e ao

¹¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 59; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 669.

¹¹¹ WIEACKER, Franz. *Ibidem*, p. 669.

contratualismo, afirmando a dependência do indivíduo ante a sociedade, de modo que sua sobrevivência só seria possível em virtude dos laços de *solidariedade social* que uniam essa mesma sociedade.¹¹² Esta visão teria chegado ao direito principalmente por influência de Émile Durkheim e sua crítica à pandectística.¹¹³

Essas visões sobre a sociedade sugerem elementos, no âmbito do direito, para a justificação da instrumentalização dos arranjos jurídicos elaborados anteriormente pela codificação francesa e pela pandectística alemã. Alegando-se uma excessiva abstração da jurisprudência dos conceitos surgida na primeira metade do século XIX, argumentava-se que era preciso levar o direito para “mais perto da vida”, mais perto da realidade à qual ele se aplicava. No campo da responsabilidade civil, este movimento se manifestou a partir da identificação da insuficiência da teoria da culpa ante uma “nova” realidade social à qual a lei se aplicava e ante as injustiças que decorreriam da sua aplicação nesse cenário caso fossem desconsiderados os *interesses* em jogo, atentando-se somente para os conceitos e suas relações. A consideração dessa “nova realidade social”, como uma sociologia do risco, é quase uma constante na dogmática sobre o tema da responsabilidade objetiva e refere-se a uma descrição reducionista da realidade enquanto uma sociedade que evoluiu de um mundo de poucos e identificáveis riscos para um mundo de muitos e não identificáveis riscos. Quando se afirma que essa descrição é reducionista, não se quer dizer que ela prescinde de qualquer elemento de verdade ou qualquer mérito em sua descrição, ainda que parcial, da realidade. Afirma-se apenas que, não obstante toda descrição da realidade seja em algum grau reducionista, essa sociologia do risco toma determinado elemento dessa realidade enquanto determinante de seu todo, reduzindo a complexidade do real e do social a um ou uns poucos elementos valoráveis pelo direito em termos que possam ser, então, reconduzidos a dogmas normativos, permitindo sua aplicação enquanto princípios no desenvolvimento prático dos institutos jurídicos. Ou seja, a realidade aqui é reduzida diretamente, a partir de elementos selecionados, a determinantes normativos gerais, a princípios.

Foram grandes defensores dessa visão no Brasil autores como Alvino Lima,¹¹⁴ Aguiar Dias¹¹⁵ e Wilson Melo da Sila.¹¹⁶ Na visão desses autores, a sociologia do risco

¹¹² HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 413.

¹¹³ HESPANHA, Antônio Manuel. *Ibidem*, p. 414.

¹¹⁴ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

¹¹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume I. 10ª Ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

¹¹⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem Culpa*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

indica que há uma desvantagem da vítima em relação ao causador de um acidente que possua resultado danoso. Essa desvantagem seria, a um só tempo, *jurídico-processual*, no sentido de que seria muito difícil ou inviável, na maior parte dos casos, provar a existência de culpa dos agentes, e *social*, no sentido de que essas pessoas comuns estariam submetidas a excessivos riscos decorrentes da expansão das atividades industriais, principalmente. Assim, da sociologia do risco presumia-se, numa relação de *causa e consequência*, uma desigualdade normativa e fática entre vítimas e agentes causadores de danos. Aquelas estariam em constante insegurança e desvantagem de domínio da tecnologia, enquanto estes seriam causadores e beneficiários dos riscos, ao mesmo tempo em que, mesmo sem domínio completo, possuíam uma relação de maior controle sobre essas tecnologias. Essa presunção de desigualdade entre agente e vítima foi erigida a dogma, passando a ser considerada como um pressuposto na prática da responsabilidade civil.

Além disso, numa visão positivista da sociedade, essa relação entre vítima e agente causador de danos deixa de ser privada. Neste sentido, por exemplo, Aguiar Dias, após afirmar que a sociologia do risco exige o ajustamento das regras jurídicas às necessidades da vida atual, proclama que é “por isso que se tornou mais acentuadamente uma concepção social [o princípio do *neminem laedere*], em lugar de noção caracterizadamente individual”.¹¹⁷ O dano, nessa visão do direito e sua relação com a sociedade, passa a ser compreendido como um mal em si, a ser combatido pelo instituto da responsabilidade civil, uma vez que seria disruptivo da ordem social. Exige-se, assim a sua eliminação, e a responsabilidade civil, para os referidos autores, passa a ser *uma simples questão de reparação* para fins de manutenção do equilíbrio, da ordem, da paz, deixando de ser uma *questão de responsabilização*. O “inimigo” é o simples fato do dano.

Não é difícil ver, nesta construção, como a responsabilidade civil é instrumentalizada. O combate ao dano exige da responsabilidade civil duas posturas, uma repressiva e uma preventiva. Enquanto repressão dos danos ocasionados, tem-se como finalidade e prioridade a reparação da vítima. Já em relação à postura preventiva, é necessário que essa reparação se dê pelo agente causal do dano, desincentivando condutas semelhantes no futuro. Aguiar Dias e Wilson Melo da Silva são claros em defender a

¹¹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume I. 10ª Ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 10.

possibilidade de conciliação desses objetivos,¹¹⁸ sempre com vistas ao objetivo final de extirpar o mal social do dano. Esses objetivos, entretanto, podem ser, e tendem a ser, conflitantes, gerando uma situação incontornável nessa teoria, como será visto adiante.

O segundo momento de instrumentalização da reponsabilidade civil no Brasil refere-se à avaliação de que o instituto deveria servir à consecução de objetivos definidos constitucionalmente, tendo como principal função a promoção/proteção do valor da dignidade da pessoa humana. No campo da responsabilidade civil, essa visão tem sua principal expressão na obra de Maria Celina Bodin de Moraes.

A autora define a dignidade da pessoa humana como “um valor interior (moral) e de interesse geral. (...) Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar fins particulares ou egoístas”.¹¹⁹ Não obstante o caráter moral não-instrumentalista da definição dada pela própria autora, ela entende que, a partir do momento em que esse valor é positivado na Constituição, o direito civil deve ser funcionalizado para que tal valor seja promovido. Neste sentido, a autora tenta identificar o conceito de solidariedade como o principal corolário constitucional da dignidade da pessoa humana, definindo-a, no contexto da Constituição, em termos da busca pela realização de justiça-social.¹²⁰ Ela, assim, pensa a solidariedade enquanto busca pela redução das desigualdades sociais, objetivo concreto que atenderia ao primado da dignidade da pessoa humana em sua construção.

A partir desses pressupostos, a autora identifica que a responsabilidade civil deve privilegiar, em sua utilidade social, a reparação integral do dano, expondo que o propósito do instituto da responsabilidade civil seria a reparação da vítima, de modo que seu “foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços”.¹²¹

A instrumentalização para a simples reparação da vítima, sem o foco no dano enquanto elemento indesejado, leva a consequências distintas daquelas da instrumentalização da primeira metade do século XX. Naquele primeiro momento, o objetivo de combate ao dano enquanto mal social leva à necessidade de reparação da

¹¹⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume I. 10ª Ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 98; SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem Culpa*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 191/193.

¹¹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

¹²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ibidem*, p. 108/117.

¹²¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ibidem*, p. 12.

vítima mais à punição do agente. Como consequência, é dada grande ênfase ao nexo de causalidade no fato danoso, revelando a importância da identificação exata do agente, mas com menor importância dada à avaliação de sua conduta em termos de culpa. Havia, também, movimento em direção à caracterização da responsabilidade por fato de terceiro enquanto subjetiva, quando havia a possibilidade de se demonstrar que, no fato, não havia dever de vigilância ou de escolha do agente, isentando assim o terceiro.

Por outro lado, se o objetivo é a simples reparação da vítima por razões de justiça social, independentemente da prevenção ante a punição do agente, o nexo de causalidade perde importância. Usando do mesmo exemplo acima ressaltado, na responsabilidade de terceiros, atualmente, tende-se a total objetivação, sem a possibilidade de defesa pela demonstração de que os deveres relevantes foram cumpridos, sendo clara essa posição na responsabilização, por exemplo, dos pais e curadores pelos atos daqueles submetidos a sua responsabilidade.

Nessa linha, portanto, é apenas natural que Bodin de Moraes também defenda um pressuposto de caracterização do fato danoso distinto daquele das teorias tradicionais, afirmando que a responsabilidade civil não mais teria sua origem no ato ilícito, mas no dano injusto, fiando-se em artigo escrito na década de 80 por Orlando Gomes,¹²² no que o autor chamou de giro conceitual. Sobre o que seria essa injustiça do dano, Bodin de Moraes afirma que ela não pode ser confundida com a noção de antijuridicidade e violação do direito. Partindo, então, de uma noção de interesses como elementos jurídicos, segundo a qual a ideia de injustiça precisa englobar também interesses que, dignos de tutela jurídica, dão origem a ações indenizatórias quando violados,¹²³ a autora defende que essa injustiça seria aferível com base em um *entendimento* ou em um *sentimento da consciência coletiva* em relação aos *interesses* em jogo, ponderados no caso concreto.¹²⁴

Em síntese, a construção da autora instrumentaliza a responsabilidade civil para a proteção da dignidade da pessoa humana a partir da compreensão de que esse valor se realiza, quando se fala em danos não contratuais, a partir do ressarcimento da vítima que sofreu danos em seus interesses avaliados conforme uma consciência coletiva a respeito

¹²² GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹²³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 178.

¹²⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ibidem*, p. 179/180.

de sua importância. Neste cenário, se se compreender que o dano sofrido é relevante (injusto), deve-se promover seu ressarcimento, seja por meio da atribuição da obrigação de indenizar ao agente causal, seja a terceiro a ele relacionado, seja a outra pessoa qualquer que seja identificada a partir das razões consequencialistas relevantes para cada ponto de vista. O problema óbvio dessa construção, como será visto, é uma das principais críticas que serão apontadas a essas visões instrumentalistas nacionais: elas não oferecem parâmetros claros e diretrizes seguras para a definição da atribuição de responsabilidade.

No caso da primeira linha investigada, a eleição de funções incompatíveis para o instituto, quais sejam, a reparação da vítima e a prevenção do dano pela punição, faz com que não seja possível avaliar qual a função prevalente e, assim, impede que o instituto cumpra adequadamente os objetivos estipulados. Não se afirma que, em uma abordagem consequencialista, um instituto não possa ter mais de uma função.¹²⁵ Afirma-se apenas que deixa de se justificar esse tipo de abordagem quando se elegem funções potencialmente incompatíveis para um mesmo instituto. Mais, o consequencialismo tende a reduzir toda a ação a um único objetivo englobante dos demais, como, por exemplo, na maximização da felicidade, do bem-estar ou da eficiência, permitindo, a partir dessa redução, a hierarquização dos valores e, logo, as prioridades da prática. Quando se elegem, assim, dois objetivos incompatíveis sem que se estabeleça uma prioridade entre eles, a funcionalização tende à ineficácia, não se justificando e não sendo um aparato justeorético adequado, já que ficaria sujeito a critérios subjetivos, em cada caso, a prioridade entre ressarcimento ou punição, ainda que pudessem coincidir em determinadas ocasiões.

No caso da responsabilidade civil, mesmo na saída de Aguiar Dias, que elege a manutenção do equilíbrio social como objetivo precípua,¹²⁶ englobando, igualmente, a reparação e a dissuasão, tal construção não permite eleger uma prioridade, levando à tentativa possivelmente infrutífera de buscar a reparação sem deixar de se punir o ofensor e sem se recorrer a fundos ou outras formas que garantam essa reparação. Em resumo, elegem-se múltiplas funcionalidades, estrutura-se o instituto de modo a pretensamente

¹²⁵ Há uma tentativa interessante de justificar uma espécie de pluralismo no *tort law* sem que se incorra em arbitrariedade na proposta de CHAPMAN, Bruce. *Pluralism in Tort and Accident Law: Toward a Reasonable Accommodation*. In: POSTEMA, Gerald (Ed.). *Philosophy and the law of torts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 276-320.

¹²⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume I. 10ª Ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 100.

atender a todas e, dessa forma, reduz-se a sua eficácia e deixa-se de atender ao fundamento principal do instituto, o que o torna injustificável. Todo esse movimento é feito, claro, sem que se estabeleçam critérios de preferência ou prioridade entre estas finalidades.

Já no caso do instrumentalismo defendido por Bodin de Moraes, o problema surge da definição da instrumentalização prática do instituto em dissonância com as funções teóricas inicialmente definidas. Esse problema se dá não apenas pela ambiguidade e pelos vários sentidos que possam ser atribuídos ao conceito de dignidade da pessoa humana. A autora possui grande dificuldade em vincular a prática reparatória simples do instituto à sua principal função teórica, qual seja, o combate às desigualdades sociais em sua visão de solidariedade como corolário jurídico principal do conceito de dignidade humana.

É difícil ver como a reparação do dano injusto com atenção apenas à figura da vítima pode atender ao objetivo de redução das desigualdades sociais ou mesmo de promoção da dignidade humana. Sem nos estender demais no assunto, basta indicar que, por um lado, a simples busca pela reparação, independentemente sobre quem deva recair esse dever, pode ser compreendida como uma instrumentalização dos responsáveis em relação à vítima, violando a dignidade humana em seu sentido de proibição da instrumentalização, sentido ressaltado pela própria autora.¹²⁷ Por outro lado, essa busca central pela reparação igualmente tem dificuldades para atender à finalidade da solidariedade enquanto busca por justiça social, já que não avalia a relação entre os patrimônios do agente e da vítima e acaba por superestimar a regra da reparação integral enquanto necessidade de reparação pela reparação, ampliando o potencial regressivo dessa regra, especialmente em sociedades marcadas por grande desigualdade econômica e de renda.¹²⁸ Um bom exemplo de como a prática, ignorados aspectos teóricos, da responsabilidade civil pode ser pensada como instrumento de combate a desigualdades econômicas é feita por Keren-Paz,¹²⁹ cujas práticas apontadas como ideais para esse objetivo são em muito distintas daquelas defendidas por Bodin de Moraes. Ainda, há teorias muito mais sofisticadas e convincentes a respeito de um possível papel do instituto da responsabilidade civil em um esquema maior de justiça distributiva e nenhuma delas

¹²⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

¹²⁸ Sobre a regressividade da regra de reparação integral, ver: KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007.

¹²⁹ KEREN-PAZ, Tsachi. *Ibidem*.

confunde a realização desse tipo de justiça com a simples reparação da vítima.¹³⁰ Assim, a autora nem consegue justificar adequadamente a funcionalização da prática do instituto para a reparação da vítima, como entende ser o caso, e nem consegue desenvolver quais seriam as práticas adequadas para as funções teóricas identificadas, de promoção da dignidade humana e da solidariedade enquanto busca por justiça social.

Enfim, a impressão que estas teorias trazem sobre o objeto do presente trabalho é que, nesta perspectiva da reparação enquanto elemento primordial, a deficiência que envolva transtorno mental seria muito mais um problema a ser afastado para que se permita o ressarcimento das vítimas, do que uma condição especial do sujeito que enseja proteção ou promoção da autonomia.

2.1.2. A necessidade da justiça corretiva na explicação da relação limitada de responsabilidade civil

Em geral, há em nossa prática da responsabilidade civil uma limitação da relação: uma determinada vítima de um incidente possui legitimidade exclusiva para ir a juízo exigir uma indenização de uma determinada pessoa, em geral a pessoa considerada a agente causal, com culpa ou sem, do resultado danoso do incidente. A limitação dessa relação é verdadeira mesmo para casos de responsabilidade por ato de terceiro ou de responsabilidade no âmbito do direito do consumidor, uma vez que não se pode exigir uma indenização de uma pessoa qualquer, mas somente daquela indicada por lei como a elegível para o ressarcimento, como é o caso do art. 928 c/c o art. 932, II, de nosso Código Civil, que regulamentam a responsabilidade dos tutores e curadores. No entanto, se essas limitações, em determinadas situações, podem impedir a consecução da finalidade e da função que justifica o instituto, como explicá-las?

Se o objetivo é punir o agente ou mesmo promover a reparação da vítima por questões de justiça social ou por combate ao dano como elemento social indesejado, por que deve ser conferida legitimidade ativa somente à vítima? E porque somente o agente causal do dano deve ser elegível para pagar a indenização, reduzindo as possibilidades de reparação? Se o objetivo for, por exemplo, a punição e a dissuasão, por que deve a vítima

¹³⁰ FLETCHER, George P. Fairness and Utility in Tort Theory. *Harvard Law Review*. Vol. 85, n. 3, p. 537-573, janeiro de 1972.; KEATING, Gregory C. Rawlsian Fairness and Regime Choice in The Law of Accidents. *Fordham Law Review*. Vol. 72, n. 5, p. 1857-1921, 2004.; KEATING, Gregory C. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents. *Southern California Law Review*. Vol. 74, p. 193-226, 2000.

receber o valor total aplicado como punição? Por que deve-se limitar essa relação se os objetivos perseguidos poderiam ser obtidos de forma mais eficaz com a busca por outras pessoas elegíveis para ambos os polos da situação? Todas essas perguntas são apenas exemplos de como é frágil a relação que mantém como únicos legitimados agente e vítima do incidente danoso.

Esta crítica é colocada como desafio às principais teorias instrumentalistas desenvolvidas no âmbito da *common law*, em especial às teorias econômicas da responsabilidade civil, prevalentes na literatura anglo-saxã. Conseguem as teorias instrumentalistas explicarem o porquê a consecução das funções propostas é limitada à relação de responsabilização entre poucas pessoas elegíveis? Ou, em formulação mais adequada: há alguma justificativa instrumentalista para que a relação de indenização por danos não contratuais se mantenha, tal qual sua prática, localizada apenas entre vítima e causador do dano?

Teorias econômicas respondem de forma relativamente convincente a essa questão, ainda que em formulação sujeita a verificação empírica. Por exemplo, um dos possíveis argumentos é aquele de que a limitação da relação de responsabilização se dá em razão dos elevados custos que seriam exigidos para, em cada caso, se buscar o responsável ideal entre todos os possíveis atores elegíveis para a situação, de modo que é mais barato manter uma estrutura limitada de responsabilização que atenda aos objetivos propostos.¹³¹

Essa resposta, entretanto, não pode ser válida para o caso das pessoas cuja deficiência envolva transtorno mental. A lógica da funcionalização econômica do direito da responsabilidade civil é sua capacidade para regular os índices de acidentes¹³² e reduzir seus custos por meio da dissuasão de comportamentos que gerem ineficiência e do incentivo a comportamentos que gerem eficiência. As regras de responsabilidade civil, nessa visão, estimulariam os elegíveis para responsabilização a arcar, de forma prévia, com os custos razoáveis para evitar acidentes em vez de terem que arcar com custos superiores em momento posterior à concretização dos riscos envolvidos em suas ações. Se se considerar, entretanto, que entre as PCDs há uma possível redução da capacidade

¹³¹ COLEMAN, Jules L. The Structure of Tort Law. The Yale Law Journal. Vol. 97, p. 1233-1253, 1988. p. 1243

¹³² POSNER, Richard. A Theory of Negligence Law. *Journal of Legal Studies*. Vol. 1, p. 29-96, 1972. p. 33.

de resposta a estímulos abstratos que poderiam conformar razões para agir de determinada maneira, o argumento econômico perde força.¹³³ Essa colocação é válida mesmo para a aceitação da capacidade legal universal, já que o importante para a teoria econômica do direito é a efetiva redução de custos e aumento da eficiência do sistema, resultados sujeitos a avaliação empírica.

Diante dessa colocação, poderia ser argumentado que, em havendo um sistema de apoios adequadamente instalado, as apoiadoras da PCD poderiam auxiliá-la a proceder de forma a evitar determinados riscos que poderiam ensejar sua responsabilização, como evitando de levá-la a lugares que possuem riscos elevados para essas pessoas. Mas esse argumento apresenta duas desvantagens. Primeiro, essa afirmativa considera a eficiência de uma dissuasão indireta, questão que é altamente questionável, conforme em geral discutida.¹³⁴ Segundo, pode-se entender que essa dissuasão indireta estritamente dependeria de um sistema de apoios (formal ou informal) adequadamente instituído, sem o qual se tornaria injustificável a responsabilização direta da PCD. Nesse caso, os custos desse sistema de apoios deveriam entrar na avaliação sobre a eficiência da responsabilização da PCD, se seria mais eficiente responsabilizá-la através de sua responsável ou se seria mais eficiente a absorção pela vítima dos custos dos danos por ela causados em vez de custear o correspondente sistema de apoios que permitiria que sua responsabilização gerasse a dissuasão desejada. Nessa conta, talvez, não seria absurdo o resultado que indicasse que é mais eficiente a absorção dos custos dos danos das PCDs, considerada a baixa representatividade dos casos de danos decorrentes das ações dessas pessoas no judiciário. Como se pode perceber, pensar um sistema que seja economicamente eficiente para o suporte e a responsabilização (ou não) da PCD pode levar a soluções absolutamente distintas da atualmente existente em lei, não sendo interesse deste trabalho, no presente momento, discutir esse tipo de construção.

¹³³ Landes e Posner, para dar efetividade a seu argumento, chegam a indicar a tendência, atualmente irreal e inaceitável, de que as PCD que não tenham capacidade de regular seu comportamento estejam institucionalizadas: "[P]eople whose insanity is severe enough to affect their ability to avoid physical injury to themselves and others are generally kept under restraint." (LANDES, William; POSNER, Richard. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.)

¹³⁴ BEST, Eli K. Atypical Actors and Tort Law's Expressive Function. *Marquette Law Review*. Vol. 96, p. 461-515, 2012.; GOLDSTEIN, Elizabeth J. Asking the Impossible: The Negligence Liability of the Mentally Ill. *Journal of Contemporary Health Law and Policy*. Vol. 12, p. 67-92, 1995.; GOUDKAMP, James. Insanity as a Tort Defence. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 31, n. 4, p. 727-754, 2011. p. 734; JACOBI, John V. Fakers, Nuts, and Federalism: Common Law in the Shadow of the ADA. *U.C. Davis Law Review*. Vol. 33, p. 95, 1999. KELLEY, Patrick. Infancy, insanity, and infirmity in the law of torts. *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 48, p. 179-252, 2003.

Enfim, afastada a possibilidade de justificação da responsabilização civil da PCD pela lógica econômica, é válido, ainda, lançar olhos sobre outra teoria instrumentalista que busca justificar o instituto, nesse caso, por uma questão de justiça distributiva. Neste sentido, Gregory Keating compreende que a finalidade do instituto de responsabilidade civil deve ser a de proporcionar uma distribuição equânime e justa dos ônus e dos bônus decorrentes do exercício de atividades que envolvam riscos.¹³⁵ Essa distribuição adequada levaria em consideração a lógica simples de que aqueles que gozam os bônus de determinada atividade devem, proporcionalmente, arcar com seus custos.¹³⁶

Essa abordagem, entretanto, tem algumas peculiaridades. A distribuição adequada desses ônus e bônus não depende da definição de quem foi o agente que causou os danos verificados. O relevante é a identificação adequada da comunidade de pessoas envolvidas na atividade cujos riscos serão distribuídos e a avaliação dos benefícios que cada uma extrai dessa atividade. Nessas circunstâncias, o regime de responsabilização objetiva, na visão do autor, seria preferível ao de responsabilização subjetiva.¹³⁷ Este último teria dificuldades para se adaptar à lógica favorecida, uma vez que, na responsabilização por culpa, não basta que exista um dano para que seja necessária a reparação e a distribuição dos custos, é preciso que o dano seja causado por uma conduta tida por incorreta. Somente nesse caso é que será devida a reparação, mesmo se o agente do dano tiver colhido benefícios do risco imposto de forma diligente.¹³⁸

Esse arranjo de responsabilidade por culpa só se adequa à lógica distributiva de Keating se construída uma noção a respeito da reciprocidade dos riscos em uma comunidade. Nesse caso, riscos recíprocos não gerariam a responsabilização, enquanto a atribuição de riscos não recíprocos seria interpretada como culpa e atrairia a responsabilização.¹³⁹ Essa forma de se pensar a atribuição dos riscos e custos dos acidentes, entretanto, leva a uma preferência, em atividades onde prevalecem riscos recíprocos, de uma forma de *entreprise liability*, que seria uma forma de lidar com os custos de determinada atividade por meio de sua internalização pela própria atividade e pela sua dispersão entre todos os participantes naquela atividade por meio, por exemplo, de seguros obrigatórios.¹⁴⁰ Essa forma de distribuição dos custos de determinada

¹³⁵ KEATING, Gregory C. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents. *Southern California Law Review*. Vol. 74, p. 193-226, 2000. p. 194

¹³⁶ KEATING, Gregory C. *Ibidem*, p. 195.

¹³⁷ KEATING, Gregory C. *Ibidem*, p. 200.

¹³⁸ KEATING, Gregory C. *Ibidem*, p. 202.

¹³⁹ KEATING, Gregory C. *Ibidem*, p. 203 e ss.

¹⁴⁰ KEATING, Gregory C. *Ibidem*, p. 217.

atividade acaba, por óbvio, por descaracterizar a essência da prática da responsabilidade civil, reduzindo a litigância e ampliando a relação inicialmente restrita de legitimados para arcar com os custos de determinado acidente. Nesse caso, não há elemento que permita dizer como seria necessária e, logo, justificável a responsabilização direta da PCD. Isso porque, considerando, enfim, que as ações de uma PCD não geram, em geral, riscos desproporcionais para outras pessoas pelo simples fato do agente ser uma PCD, seria preferível um regime de distribuição dos custos das atividades das PCDs entre uma comunidade maior, com sua dispersão, em relação à alternativa de atribuição direta à PCD, cuja culpa moral, em geral, é diminuta.

O que se pode dizer a respeito dessa sintética avaliação é que ela é razoável, constituindo um argumento que pode ser convincente, podendo, inclusive, ser estudada como uma ideia atraente para lidar com os custos decorrentes das atividades das PCDs. No entanto, é uma proposta que foge aos objetivos desse trabalho. Como já justificado anteriormente, não se quer, aqui, identificar qual a melhor forma, em geral, de lidar com os riscos e custos das atividades das PCDs. A ideia é ver se há justificativa para a prática, atualmente vigente, da responsabilização civil direta da PCD, podendo ser aceitos argumentos que alterem alguns aspectos dessa prática, mas não cabendo, aqui, avaliar alternativas que substituam por completo essa prática. Dessa forma, não se está falando que a responsabilização civil direta da PCD é mais ou menos justa que alguma forma de distribuição como a proposta por Keating. Indica-se apenas que esse trabalho busca compreender uma prática e suas justificativas, não cabendo desviar de seus objetivos. Isso, claro, não impede que se discutam, em outro âmbito, soluções alternativas que possam ser, inclusive, mais desejáveis e até mais justas para lidar com a questão referente aos custos dos incidentes em que se envolvam as PCDs.

Esse insucesso, em geral, das teorias instrumentalistas em justificar a prática limitada da responsabilização civil, entretanto, não faz com que as teorias não-instrumentalistas, que serão investigadas em maiores detalhes no tópico a seguir, sejam automaticamente elegíveis para essa resposta. Entre outros problemas que serão discutidos nos tópicos posteriores, o desafio de se justificar a limitação da relação de responsabilidade civil se coloca até mesmo para essas teorias, surgindo a necessidade, aqui, de determinar essa possibilidade. Para tanto, este trabalho lança mão de argumento elaborado por John Gardner sobre o tema. Esse argumento é menos um ataque direto às teorias instrumentalistas e mais uma demonstração de como qualquer justificação

razoável do instituto da responsabilidade civil conforme sua prática e estrutura atual precisa se valer da norma moral da justiça corretiva para explicar essa estrutura.¹⁴¹

O raciocínio, sobre o qual não serão discutidos detalhes no presente trabalho, é a seguir sintetizado: a prática de solução da injustiça surgida do dano por meio do litígio privado, limitado às partes envolvidas diretamente no incidente, faz dessa prática uma expressão da norma moral de justiça corretiva.¹⁴² Essa norma moral funciona, considerada a tese da continuidade de Gardner,¹⁴³ como uma forma de garantir, quando verificado dano em razão da violação de um dever de cuidado, que seja cumprida a obrigação identificada como a segunda melhor forma de atender à razão primária pela qual havia a obrigação de se observar o referido dever de cuidado na situação¹⁴⁴. Essa compreensão permite, afinal, indicar que uma expressão da norma moral de justiça

¹⁴¹ GARDNER, John. What is Tort Law For? Part 1: The Place of Corrective Justice. *University of Oxford Legal Research Paper Series*. Paper n. 1, janeiro, 2010. p. 6.

¹⁴² GARDNER, John. *Ibidem*, p. 19.

¹⁴³ A tese da continuidade tenta explicar justamente o problema que as teorias consequencialistas têm tanta dificuldade em compreender: porque é pertinente, em atenção a uma racionalidade corretiva, imputar somente ao agente, especificamente, um dever secundário de indenização quando violado um dever primário de cuidado? Gardner argumenta que a explicação dessa imputação não pode ser, sob o risco de indesejada circularidade, a própria norma de justiça corretiva, já que esta não explica, em primeiro lugar, a obrigação primária de cuidado que se busca corrigir por meio da justiça corretiva (p. 26 e ss.). Nesse caso, é necessário, em primeiro lugar, entender qual o objetivo da norma moral de justiça corretiva para, então, compreender qual o objetivo de se dar expressão a essa norma no ordenamento jurídico. Neste ponto, entra em questão a tese da continuidade, segundo a qual a razão primária pela qual somos obrigados em relação a outra pessoa, por exemplo, a cumprir um dever de cuidado, não se esvai quando descumprido esse dever principal. Nesse caso, a razão primária mantém sua força, exigindo que a pessoa faltosa, na impossibilidade de cumprir sua obrigação principal, aja da segunda melhor forma possível para atender às razões relevantes pelas quais existia, em primeiro lugar, a obrigação principal. Neste sentido, a obrigação secundária de indenização é um eco da obrigação primária e de sua razão para ser cumprida. A norma de justiça corretiva serve, assim, para dar expressão e forma a essa correção através da conformação da obrigação secundária que permite atender à razão inicial. Nas palavras de Gardner: “To generalize: Once the time for performance of a primary obligation is past, so that it can no longer be performed, one can often nevertheless still contribute to satisfaction of some or all of the reasons that added up to make the action obligatory. Those reasons, not having been satisfied by performance of the primary obligation, are still with us awaiting satisfaction and since they cannot now be satisfied by performance of that obligation, they call for satisfaction in some other way. They call for next-best satisfaction, the closest to full satisfaction that is still available. We need to know the rationale of the obligation, of course, so that we can work out what counts as next best. But once we have it we also have the rationale, all else being equal, for a secondary obligation, which is an obligation to do the next-best thing. If all else is equal, the reasons that were capable of justifying a primary obligation are also capable of justifying a secondary one. I will call this the ‘obligation-in, obligation-out’ principle. And the explanation for it that I have just sketched out I will call the ‘continuity thesis’. It is the thesis that the secondary obligation is a rational echo of the primary obligation, for it exists to serve, so far as may still be done, the reasons for the primary obligation that was not performed when its performance was due. How does the continuity thesis help us to solve the problem of reparation for wrongs? How does it help to make a case for moral norms of corrective justice? Like this. The normal reason why one has an obligation to pay for the losses that one wrongfully occasioned (i.e. that one occasioned in breach of obligation) is that this constitutes the best still-available conformity with, or satisfaction of, the reasons why one had that obligation. Or to put it more tersely, the reasons why one must pay for the losses that one occasions are the very same reasons why one must not occasion those losses in the first place, when it is true that one must not occasion them.” (GARDNER, John. *Ibidem*, p. 39/40.)

¹⁴⁴ GARDNER, John. *Ibidem*, p. 26.

corretiva serve como objetivo a ser alcançado, afinal, pelo instituto de responsabilidade civil, justificando sua estrutura bilateral limitada e as demais características principais da prática.¹⁴⁵

2.2. TEORIAS FUNDADAS NA JUSTIÇA CORRETIVA

Como visto, nas perspectivas instrumentalistas da responsabilidade civil há uma preocupação, na tentativa de justificar o instituto, em identificar as finalidades a que a lei pretende atingir por meio da imposição da obrigação de indenizar a determinados sujeitos em face de incidentes que tenham gerado danos e prejuízos. A realização desses objetivos influenciaria no modo de aplicação das regras do instituto, moldando a interpretação dos termos de seu uso comum e permitindo a aplicação que melhor atenda às finalidades perquiridas.

Essa interpretação a partir de finalidades escolhidas por razões estranhas ao próprio instituto, porém, faz com que surjam críticas às teorias instrumentalistas, como vistas no tópico anterior, no sentido de que elas não conseguiriam adequadamente explicar a estrutura bilateral e as regras de litigância tradicionais do instituto, sendo explicações insuficientes ou inadequadas. Assim, em sua perspectiva de que as finalidades eleitas seriam independentes em relação à prática do instituto, essas teorias, se levadas a sério, deveriam ser consideradas teorias reformistas, que acabariam por alterar a prática e suas normas de modo a desconfigurar o instituto como um todo, não mais podendo se falar, em determinados casos, em responsabilidade civil.

Outro tipo de crítica que surge a algumas das teorias instrumentalistas da responsabilidade civil, especialmente à teoria econômica, diz respeito ao seu caráter utilitarista, inserindo-se no bojo das críticas gerais às teorias morais utilitaristas e a seu desrespeito pela individualidade dos sujeitos, por meio de técnicas de agregação de interesses entre pessoas e grupos de pessoas.

Ante essas fragilidades dessas teorias, outro tipo de explicação passa a ser perseguida por determinados autores para explicar o instituto em questão, compreendendo suas regras, tanto as formais e processuais quanto as substantivas, de um

¹⁴⁵ GARDNER, John. What is Tort Law For? Part 1: The Place of Corrective Justice. *University of Oxford Legal Research Paper Series*. Paper n. 1, janeiro, 2010. p. 26.; GARDNER, John. What is Tort Law For? Part 2. The Place of Distributive Justice. In: OBERDIEK, John (Ed.). *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 348.

modo que busque respeitar as pessoas e seus direitos individuais, assim como a fazer sentido de sua prática privada e bilateral, que contrapõe litigantes específicos em defesa de interesses próprios que, dificilmente, podem ser ligados a interesses públicos elegíveis como elemento de finalidade da lei ou possam ser inseridos em instituições públicas regulatórias a partir desses acidentes privados.

Essas teorias, em geral, identificam nas características do instituto de responsabilidade civil e na sua estrutura, especialmente da responsabilidade subjetiva, um formato que faz sentido apenas a partir da forma da justiça corretiva, bilateral e desvinculada de elementos morais das partes e de qualquer outra situação externa, ligando-se apenas a um incidente fático específico e localizado. Essas teorias identificam, ainda, nas regras substantivas de imputação da obrigação de indenizar conforme a estrutura inicial estabelecida, princípios que se fundam em valores morais e políticos que respeitam a primazia do indivíduo, sua liberdade e sua segurança enquanto elementos centrais da relação estabelecida entre sujeitos livres que interagem no mundo em busca de realizar seus interesses e suas próprias concepções do bem. A perspectiva a partir da qual esses elementos são identificados e trabalhados varia entre essas teorias, mas elas se assemelham no que tange à identificação / justificação da prática da responsabilidade civil enquanto um instituto jurídico informado por princípios morais de justiça entre partes. Essa localização da relação de justiça afasta qualquer razão que busque uma agregação entre pessoas distintas ou que promova preferências arbitrárias ou interesses que extrapolam a relação particular estabelecida entre aquelas pessoas, evitando a sua instrumentalização às finalidades maiores perseguidas pelo Estado. São, assim, teorias que buscam levar a sério as pessoas enquanto fins em si próprias e suas liberdades.

Essa perspectiva possui formulações robustas nas obras de Ernest Weinrib, Jules Coleman¹⁴⁶ e Arthur Ripstein.¹⁴⁷ Como o espaço é limitado neste trabalho, foi feita a opção por trabalhar com a teoria de Ripstein, considerada a mais adequada para lidar com a questão central desta tese, como será detalhadamente comentado.

Para justificar brevemente, a teoria de Weinrib foi afastada em razão de seus fundamentos teóricos/metafísicos kantianos serem excessivamente rigorosos na caracterização da personalidade jurídica e da ação livre, o que poderia trazer diversos

¹⁴⁶ COLEMAN, Jules. *Risks and Wrongs*. New York: Cambridge University Press, 1992.; COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹⁴⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

problemas para se trabalhar a ação da PCD que envolva transtorno mental. Segundo Weinrib, a forma da justiça corretiva que é, em sua teoria, típica e caracterizadora de todo o direito privado, possuiria, na atual prática do *common law*, o elemento substantivo melhor justificado e compreendido a partir dos elementos da filosofia jurídica kantiana. Conforme esses elementos, a igualdade pressuposta na estrutura de justiça corretiva da responsabilidade civil subjetiva seria a igualdade abstrata entre seres livres e capazes de terem propósitos sob o conceito kantiano de direito.¹⁴⁸

Segundo o autor, Kant identifica as raízes conceituais da justiça corretiva no livre-arbítrio e na autodeterminação das pessoas, conectando a referida forma de justiça à sua compreensão do processo de volição pessoal.¹⁴⁹ Esse processo de volição livre, conforme explica Weinrib, manifesta-se na capacidade para a ação propositada, que é a ação voltada à obtenção de uma finalidade contida na representação mental.¹⁵⁰ Essa ação propositada é, assim, livre expressão da *vontade* quando determinada pela razão prática enquanto uma causalidade conceitual, livre das influências das inclinações.¹⁵¹ Essa capacidade é, posteriormente,¹⁵² adotada por Weinrib como a principal característica da personalidade e a base para a responsabilização no direito privado.

Weinrib, assim, se fia integralmente na construção metafísica kantiana, onde a capacidade para *ação propositada livre* se funda na razão prática e na capacidade para se abstrair das condições contingentes do contexto. Apenas a partir dessa concepção é possível chegar à formulação do Direito como esfera externa de contato de pessoas cujo arbítrio é livre nesse sentido metafísico, âmbito onde, derivado totalmente da concepção conceitual kantiana, prevalece o forte formalismo do autor e sua aversão a razões externas a essa estrutura.

Dessa forma, considerando que o transtorno mental pode ser considerado inclinação influente ou, por outro lado, pode reduzir a capacidade para a cognição abstrata e conceitual, não é possível ignorar o fundamento teórico da ação propositada livre apenas para justificar, a partir da proibição da autopreferência,¹⁵³ a responsabilização das PCDs

¹⁴⁸ WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 58.

¹⁴⁹ WEINRIB, Ernest J. *Ibidem*, p. 84.

¹⁵⁰ WEINRIB, Ernest J. *Ibidem*, p. 89.

¹⁵¹ WEINRIB, Ernest J. *Ibidem*, p. 91.

¹⁵² WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2012; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Comentário às ideias de “Correlatividade e Personalidade” em Ernest Weinrib. *Revista IBERC*. Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 88-100, set./dez. 2020.

¹⁵³ WEINRIB, Ernest J. *Toward a Moral Theory of Negligence Law*. In: BAYLES, Michael D.; CHAPMAN, Bruce (Ed.). *Justice, Rights, and Tort Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1983. p. 137.

conforme se dá na prática. Se não é possível justificar a autonomia dessas pessoas, o autor deveria seguir as conclusões lógicas de seu fundamento, de que tais pessoas não deveriam ser consideradas agentes na esfera do Direito e, dessa forma, não deveriam ser responsabilizadas.¹⁵⁴

A questão, desse modo, é que a formulação de Weinrib, assim como a de Kant, tende a excluir a PCD do mundo moral e, logo, do mundo das liberdades e dos direitos. Assim, não é apropriada sua utilização para a compreensão das ações dessas pessoas que possuem dificuldades de formulações cognitivas complexas, as quais, em maior ou menor medida, estariam abaixo de um patamar mínimo exigido pela teoria kantiana e, dessa forma, seriam objeto de paternalismo e compaixão, não de respeito enquanto iguais no reino moral.

Já a teoria de Coleman, é afastada em razão da metodologia pragmática¹⁵⁵ que lhe serve de fundamento. Para este autor, a explicação do *tort law* pelo princípio da justiça corretiva é obtida pela própria avaliação da prática e dos princípios a ela incorporados e por ela expressados, não sendo, entretanto, uma característica intrínseca do instituto ou mesmo uma justificação única ou insuperável por outras possíveis justificações para aquela prática ou para outras práticas possíveis. Por este caráter pragmático, a utilização da teoria de Coleman para a explicação do direito brasileiro seria, de partida, inadequada. Para que tal fosse possível, seria necessária uma avaliação extensa da prática brasileira da responsabilidade civil e da verificação se ela incorpora e expressa regras e princípios que permitiriam, então, reconduzir sua explicação ampla ao princípio da justiça corretiva, como Coleman busca fazer no âmbito da *common law*.

¹⁵⁴ Em nota de pé de página à folha 183 do *The Idea of Private Law*, Weinrib chega a admitir que pode haver a ausência de responsabilidade no caso de, em razão de questões mentais, não se verificar qualquer manifestação de volição por parte do causador dos danos, como nos casos em que a parte é subitamente acometida por um ataque cardíaco ou um desmaio repentino. Essa explicação, apesar de razoável e de considerar de forma adequada que pode haver algum tipo de intencionalidade mesmo em pessoas com algum tipo de transtorno mental, não se ajusta, no caso da teoria de Weinrib, aos pressupostos teóricos por ele estabelecidos e assumidos como básicos. Uma intencionalidade pragmaticamente verificada em qualquer ação de uma pessoa não corresponde, em uma abordagem kantiana, a uma ação propositada livre. Essa possui, como comentado anteriormente, fundamento na razão prática e numa causalidade conceitual abstrata, desvinculada de percepções, paixões e contextos. Assim, surge um hiato entre o fundamento teórico de Weinrib e sua aceitação, sem maiores problemas, de uma intencionalidade em sentido fraco e não metafísico nas ações das pessoas acometidas por determinados transtornos mentais. Neste ponto, a abordagem prática e política de Ripstein, aliada à noção de capacidade legal universal trabalhada no primeiro capítulo e sem recair em contradições, consegue melhor explicar essas situações de responsabilização da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental, como será trabalhado no restante desse capítulo e no próximo.

¹⁵⁵ COLEMAN, Jules. *Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Esses fatores que afastam a utilização das teorias em questão, faz com que a escolha recaia sobre a teoria de Arthur Ripstein, autor que, como será visto, busca evitar aspectos metafísicos que acabam por complicar a teoria formalista de Weinrib, se preocupando em compreender o instituto da responsabilidade civil em um quadro mais amplo de uma concepção política de um estado liberal, o qual igualmente se funda em valores que buscam levar a sério as pessoas enquanto fins em si próprias e suas liberdades. Ademais, sua teoria, como construção conceitual a partir de características juspolíticas e práticas que, em linhas gerais, podem ser identificadas no direito brasileiro, evita os problemas surgidos da metodologia pragmática de Coleman, permitindo que seja utilizada para explicar a responsabilização da PCD sem que se verifique se os elementos centrais da prática, para além do caso da PCD, explicitam os princípios relevantes.

2.2.1. Ripstein: a justiça corretiva da responsabilidade civil em uma abordagem política

2.2.1.1. Direito, filosofia política e ação

A teoria de Ripstein busca explicar as principais características formais e substantivas do instituto da responsabilidade civil sem dissociá-lo de sua prática. Essa explicação / justificação é fundada em uma noção de justiça corretiva e em uma abordagem principiológica de raízes kantianas. Ripstein, entretanto, busca se desvincular de qualquer aspecto metafísico das teorias do filósofo alemão, afastando-se, igualmente, do formalismo e do conceitualismo da teoria weinribiana.

Para tanto, Ripstein busca compreender o instituto da responsabilidade civil a partir de conceitos e problemas que o direito, enquanto objeto de estudo, compartilha com a filosofia política, de modo que elementos desta última possam iluminar aspectos importantes dos institutos jurídicos.

Mas por que esse ponto de partida na filosofia política? Ripstein diz que, assim como o direito, a filosofia política busca compreender as justificativas e os limites do uso da coerção pelo Estado.¹⁵⁶ Ademais, o autor vê vantagens em explicar esse problema e questões dele derivadas a partir de pontos de vista mais amplos que aqueles da perspectiva

¹⁵⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 3.

jurídica, usando de noções como a de cooperação social¹⁵⁷ e a de justos termos em que devem ocorrer as interações em sociedade.¹⁵⁸

Essa abordagem do direito a partir da filosofia política, entende Ripstein, seria válida para um estado liberal igualitário.¹⁵⁹ É um pressuposto em sua teoria, portanto, a

¹⁵⁷ Apesar de Ripstein usar de expressões e, como será visto, pressupostos teóricos inspirados naquelas expressões e pressupostos típicos da teoria de John Rawls, não se pode dizer, apenas por estes motivos, que a teoria de Ripstein é uma teoria rawlsiana. Por exemplo, para esse caso da utilização da noção de termos justos de cooperação e interação, pode-se dizer que, assim como Rawls esclarece no *Liberalismo Político* (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1995. p. 16.), Ripstein entende que termos justos de cooperação é concepção distinta da simples noção de coordenação social, envolvendo, talvez, regras publicamente reconhecidas e procedimentos que são aceitos por todas as pessoas como regulando suas condutas, em uma forte noção de reciprocidade (RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 2). No entanto, essas regras básicas de conduta, na teoria rawlsiana, se confundem com os princípios da ideia de justiça como equidade (RAWLS, John, *Ibidem*, p. 16; RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press (1971) 1999. p. 19; 122; 194; 337; 339), definindo os direitos e deveres fundamentais da estrutura básica da sociedade. Isso certamente não é válido em Ripstein, que trabalha a noção de termos justos para a definição das regras de responsabilidade civil, se referindo a esses termos mesmo para a definição dos deveres de conduta especificamente avaliados caso a caso a partir da noção de pessoa razoável. Talvez, não por outro motivo Ripstein use muito mais a expressão termos justos de interação do que termos justos de cooperação. Poder-se-ia argumentar que as regras gerais do instituto podem fazer parte da estrutura básica da sociedade e, portanto, poderiam se conformar a uma formulação rawlsiana (argumento que teria que lidar com o problema da aplicação, ou não, do princípio de justiça distributiva a essas regras, se contrapondo, em alguns casos de forma forte, à justificação da responsabilidade civil pela ideia de justiça corretiva. Ver: SCHEFFLER, Samuel. Distributive justice, the basic structure and the place of private law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015; ZANITELLI, Leandro. Liberalismo Igualitário, Direito Privado e Valores Bilaterais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n.1, p. 133-146, jan./abr. 2019; ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado, demanda distributiva e sensibilidade ao ponto de vista pessoal. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 30, p. 17-32, out./dez. 2021.). Ripstein, entretanto, rejeita expressamente a noção de que regras gerais do instituto de responsabilidade civil possam decorrer da deliberação na posição original e, dessa forma, possam estar determinadas na estrutura básica da sociedade (RIPSTEIN, Arthur. Tort, The Division of Responsibility and the Law of Tort. *Fordham Law Review*. Vol. 72, p. 1811-1844, 2004), o que, para o autor, não invalida sua teoria do *tort law* como possivelmente inserível em uma formulação rawlsiana a partir da noção de divisão do trabalho da responsabilidade. Essa divisão da responsabilidade traz à teoria de Ripstein (RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 264 e ss.) uma tentativa de coordenação entre os âmbitos de aplicação de princípios distributivos e de princípios corretivos, com a subordinação dos fatos caracterizados como *brute luck*, em contraposição a uma noção de *option luck*, a um princípio de justiça distributiva e uma adequada distribuição inicial de bens, a partir de sua noção de justiça histórica. Há, nessa subordinação da noção da *brute luck* à justiça distributiva, uma necessidade constante de ajustes distributivos na sociedade a fim de que seja válida sua justificação para a o instituto da responsabilidade civil em relação àquilo que pode ser compreendido como *option luck*. Nesse caso, como será discutido no capítulo 4, pode ser questionável a noção construída no capítulo 1 de que a capacidade legal universal e a submissão das PCDs a um regime de responsabilidade civil independe da instituição de qualquer regime de suportes.

¹⁵⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 5.

¹⁵⁹ Ripstein não adota uma teoria política específica, se valendo de diversas características mais ou menos comuns a concepções de um liberalismo igualitário, que possui seus principais defensores em John Rawls e Ronald Dworkin, e mesmo concepções libertárias, para expressar os princípios de moralidade política que informam a prática do *tort law* conforme ele a compreende. Algumas dessas características são aqui dignas de nota. Primeiramente, ele entende que há uma oposição entre visões conservadoras sobre responsabilidade individual e concepções liberais sobre igualdade, oposição essa que ele pretende demonstrar que é inadequada: “One of the central claims of this book is that, far from being opposed ideals, individual responsibility and social equality need to be understood together. A society of equals - a just society, if you like - is also a society that supposes people are responsible for their choices. Though liberals and their conservative critics differ on some fundamental questions of political morality, those differences

noção de que o Estado se preocupa com o respeito pela individualidade das pessoas e com o estabelecimento de termos justos de cooperação e interação entre elas, exercendo o Direito um papel fundamental na realização desses pressupostos.¹⁶⁰

Ripstein, ainda demonstrando os diversos pontos de contato entre as matérias, indica que a definição dos termos de cooperação e interação em um Estado liberal, conforme debates desenvolvidos no âmbito da filosofia política, devem fazer distinção entre o papel exercido pela justiça distributiva e pela justiça corretiva, assim como deve se preocupar em estabelecer as condições e os âmbitos de exercício da ação livre e as correspectivas responsabilidades daí decorrentes. Para tanto, é preciso lidar com a questão da sorte nas situações em que os efeitos das ações livres não são pretendidos por nenhuma das partes, prevendo princípios que permitam avaliar quem deve arcar com os custos dos acidentes e em quais circunstâncias.¹⁶¹

Essa discussão da ação livre e suas consequências a partir de conceitos e problemas típicos da filosofia política liberal contemporânea permite a Ripstein afastar os complexos e obscuros fundamentos metafísicos kantianos aos quais Weinrib precisa recorrer para construir sua teoria formalista. Seguindo solução proposta por John Rawls no *Liberalismo Político*,¹⁶² Ripstein afirma que a estratégia é avaliar a questão da

are not rooted in a liberal rejection of ideas of responsibility. Properly understood, liberalism has a distinctive conception of responsibility, one that is inseparable from an abstract understanding of equality.” (RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 1.). Outro ponto que merece destaque é que o autor compreende que trabalha dando seguimento a uma tradição liberal que entendia o Direito como parte importante da compreensão dos fundamentos e da justificação do Poder do Estado: “This book is also about law. The classical tradition of liberal thought, from Hobbes and Locke through Kant and Hegel, supposed that an adequate account of political philosophy must also include accounts of both private law and crime. Those accounts were not merely incidental to a larger project of studying the basis and limits of state power. Instead, they were integral to the project, for those philosophers took the fundamental question of political philosophy to concern how people interact *with each other* (...) On the view I will develop, the exercise of state power is necessary to sustain conditions of fair interaction, but the first question of justice concerns the limits on people's treatment of each other. Coercion is important, but its justification rests on the ideas of freedom and equality that underwrite fair terms of interaction.” (RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 1/2). Essa noção de que o liberalismo é comprometido com as ideias de igualdade e liberdade e que o Estado deve atuar, inclusive por meio do Direito, para garantir esses valores por meio de *termos justos de interação* entre as pessoas irá permear todo o livro, sendo exaustivamente retomada.

¹⁶⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 1/2.

¹⁶¹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 3.

¹⁶² Este, talvez, seja um dos pontos mais sensíveis e frágeis da teoria de Ripstein. Se, por um lado, é verdade que Rawls busca construir sua visão de um liberalismo político enquanto uma noção política autônoma (*freestanding*), que possa ser compreendida de forma independente de qualquer doutrina compreensiva, moral ou política ou filosófica, por outro lado é de se reconhecer que essa concepção, justamente para que possa ter a autonomia pretendida, é fruto de uma construção metódica a partir de ideias fundamentais implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1995. p. 13), as quais dão origem a princípios definidos a partir de um rigoroso artifício de representação, a posição original (RAWLS, John. *Ibidem*, p. 24), e estão sujeitos a um extenso processo de consenso por justaposição (*overlapping consensus*)

responsabilidade enquanto uma questão política, não metafísica.¹⁶³ Isso significa que as concepções relevantes de pessoa, ação e responsabilidade necessárias para os debates são definidas em termos específicos para se trabalhar a noção de instituições coercitivas e relações em sociedade.¹⁶⁴

Assim, um dos pontos no qual o autor busca se afastar de problemas metafísicos complexos diz respeito à sua escolha por trabalhar com o que ele identifica como um conceito de ação fundado no senso comum. Isso significa dizer, para o autor, que não se questionam problemas complexos a respeito da propriedade, da autenticidade ou mesmo da ausência de influências externas em uma ação qualquer. Nessa perspectiva de senso comum da ação, é preciso apenas verificar se um ato foi praticado por alguém, em relação a quem, tendo gerado quais consequências.¹⁶⁵ Essa perspectiva ainda prescindiria de uma noção robusta de capacidade para decidir.¹⁶⁶ Essas opções, segundo o autor, evitariam discussões sobre autoconsciência, sobre a habilidade de se distanciar de suas finalidades e circunstâncias, ou de qualquer outra questão relativa a estados mentais de ordem elevada, como a tradicional avaliação dos desejos em instância reflexiva como requisito para a autonomia.¹⁶⁷

(RAWLS, John. *Ibidem*, p. 133). A visão de Ripstein não passa por nenhum desses processos para que possa ser considerada, de forma consistente, como uma concepção política autônoma, desvinculada de uma doutrina filosófica compreensiva que lhe fundamente de forma adequada. Apesar dessa grave fragilidade, entende-se que não está totalmente comprometida a utilização da teoria deste autor. É comum no âmbito jurídico que definições razoáveis e largamente utilizadas prescindam de base teórica forte, fundando-se em concepções comuns amplamente aceitas, como noções de personalidade jurídica (expressão, aqui, referente ao termo técnico para a personalidade coletiva), a própria noção de capacidade legal universal trabalhada no primeiro capítulo deste trabalho, além de questões relativas, por exemplo, a presunções diversas de veracidade e mesmo de fatos (como presunção de morte) que dão operacionalidade ao trânsito jurídico e permitem que direitos e deveres sejam realizados de forma satisfatória, ainda que pudessem ser questionados em avaliação cuidadosa e teoricamente consistente. O principal problema dessa característica do direito e da construção jurídica nestes termos está em sua instabilidade em relação, por exemplo, à forte estabilidade buscada por Rawls na construção dos princípios básicos de sua sociedade plural. Não possuindo raízes profundas, essas visões jurídicas autônomas, como a percepção política de Ripstein em sua construção da justificativa da responsabilidade civil, ficam amplamente abertas a ataques teóricos, o que, entretanto, não faz delas, em si, práticas injustas enquanto inseridas em um arranjo social maior em que são aceitas sem maiores questionamentos, sendo discutidas apenas a nível de litígio judicial, o âmbito adequado para esse tipo de dissenso razoável. É de se registrar, de toda forma, que o autor, em trabalho posterior (RIPSTEIN, Arthur. *Tort, The Division of Responsibility and the Law of Tort*, *Fordham Law Review*. Vol. 72, p. 1811-1844, 2004) busca inserir sua teoria no âmbito da teoria rawlsiana, reduzindo as possíveis fragilidades apontadas. A adequação da proposta do autor no referido trabalho, entretanto, não pode ser avaliada nesta tese.

¹⁶³ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 12.

¹⁶⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 12.

¹⁶⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 1/2.

¹⁶⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 14.

¹⁶⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 14.

Entretanto, apesar desse intuito, as noções de senso comum das quais o autor parte, especialmente do ponto de vista deste trabalho, seriam aptas a suscitar, imediatamente, algumas questões relevantes. Isso porque, Ripstein parte do que chama do *familiar fato* de que as pessoas são, em geral, capazes de moderar seu comportamento à luz dos interesses dos demais, com a *notável exceção* das crianças e *dos doentes mentais*.¹⁶⁸ Para o autor, partindo dessa capacidade mínima, suas bases, sejam metafísicas ou empíricas, pouco interessariam aos desenvolvimentos posteriores de sua teoria.¹⁶⁹ No entanto, a partir do momento que essa capacidade é tomada como critério e parâmetro mínimo para a determinação de questões relevantes de responsabilidade, cidadania, personalidade e capacidade jurídica, não se pode simplesmente tomar como fato comum que *doentes mentais* – ou pessoas com deficiência que envolva transtorno mental – sejam notavelmente incapazes. Neste sentido, simplesmente não se pode aceitar que adotar uma concepção prática qualquer seja simplesmente igualado a adotar o *senso comum* sobre o tema, especialmente se esse *senso comum* leva a um resultado de exclusão social.

Isso é especialmente verdadeiro quando se percebe que o autor, logo em seguida, afirma que irá trabalhar com uma noção de ação que não faz sentido de uma perspectiva individualizada, mas que seria apropriada para a faceta pública da pessoa, considerada a ação da perspectiva de suas interações sociais.¹⁷⁰ Essa perspectiva interacional sobre o problema da ação e, conseqüentemente, da responsabilidade, reduz a importância da *capacidade subjetiva individual* de escolha em face dos problemas enfrentados pelo direito e pela filosofia política.¹⁷¹ Assim as questões da responsabilidade civil e da atribuição do dever de indenizar a uma vítima específica não dependem da solução de problemas metafísicos sobre a agência moral,¹⁷² mas de concepções práticas razoáveis, que atendam às necessidades das pessoas em suas interações políticas e sociais, dando ao direito as importantes características de razoabilidade, reciprocidade e de, na perspectiva desse trabalho e da capacidade legal universal discutida, privilegiar soluções inclusivas e que resguardam direitos em casos em que não há fundamentos suficientes para uma escolha teórica clara.

¹⁶⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 15.

¹⁶⁹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 15.

¹⁷⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 15.

¹⁷¹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 15.

¹⁷² RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 15.

Não se tratando, portanto, de um problema de responsabilidade moral, o cerne da responsabilidade civil é identificado por Ripstein na filosofia política, de modo que a avaliação acerca da atribuição a alguém do dever de indenizar determinado dano decorrente de um incidente em que se envolveu terceiro deve ser equânime tanto para o agente quanto para vítima.¹⁷³

Em outros termos, Ripstein entende que a grande vantagem de sua abordagem pelo viés político diz respeito à demonstração de que a avaliação acerca da responsabilização de determinada pessoa depende da perspectiva sob a qual a ação é avaliada, do fato e da definição de quais interesses, em termos normativos, estão em jogo.¹⁷⁴ Dessa forma, uma avaliação unilateral e subjetiva de uma ação, considerando-se a responsabilidade moral do agente, pode gerar conclusões distintas de uma avaliação, sobre a mesma ação, de uma perspectiva interacional e social, que demanda uma concepção política razoável para resolver o possível dissenso entre aquelas partes.

Isso se relaciona à percepção que Ripstein possui da moral enquanto esfera distinta da esfera jurídica, denunciando sua influência kantiana, apesar das notáveis diferenças de compreensão dessa tradição em relação a Weinrib. Nessa linha, Ripstein considera que o direito difere da moral por estar preocupado com a interação entre duas pessoas, em uma noção de moralidade política e pública, em vez das questões subjetivas da moral, assumindo o primado kantiano de que a lei serve para viabilizar a liberdade e não para concretizar a moral.¹⁷⁵ Nesse sentido a moralidade política, ou a moralidade que governa o exercício da força, *teria seus próprios parâmetros de responsabilidade*, os quais não necessariamente precisam ser adequados a outros contextos morais.¹⁷⁶

2.2.1.2. *Termos justos de cooperação, razoabilidade e teoria histórica de justiça*

Feita essa introdução a respeito da teoria de Ripstein, é possível focar naquilo que o autor coloca como principal questão na compreensão do instituto de responsabilidade civil e suas regras formais e substanciais: os termos justos de interação e cooperação social entre as pessoas em uma determinada sociedade. Esses termos justos de interação são questões processuais e substantivas de moralidade política que irão moldar o instituto

¹⁷³ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 16.

¹⁷⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 4/5.

¹⁷⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 5.

e as possibilidades de responsabilização, assim como as medidas cabíveis no caso de violações dos direitos envolvidos.

Para Ripstein, a principal função desses termos justos de interação entre pessoas livres é a de balancear interesses em liberdade e em segurança,¹⁷⁷ os quais seriam fundamentais em um estado liberal por representarem as condições básicas para que cada pessoa possa formular e perseguir suas próprias concepções do bem. A proteção a esses interesses, no entanto, não pode ser abstrata ou vazia, de modo que a definição das liberdades e seguranças específicas que merecerão proteção são reflexo das escolhas substantivas sobre o que é importante para se ter uma vida aceitável.¹⁷⁸

Essas escolhas, entretanto, não podem ser aleatórias ou simplesmente subjetivas. Para evitar essa aleatoriedade, uma das formas de se dar expressão a esse balanceamento entre interesses de liberdade e segurança, ou seja, entre as visões substantivas específicas, seria através da noção de razoabilidade, que tomaria sua forma jurídica mais tradicional na concepção da “pessoa razoável”, compreendida como uma expressão da ideia de termos justos de interação:

O homem razoável tem sido, por muito tempo, um personagem central no *common law*, tomando as precauções adequadas para não lesar acidentalmente as demais pessoas, cometendo apenas erros aceitáveis e mantendo o nível adequado de autocontrole quando provocado. A pessoa razoável não é a pessoa típica e nem a média. E nem deve ser confundida com a pessoa racional, a qual age efetivamente em busca de seus objetivos. Em vez disso, a pessoa razoável precisa ser compreendida como a expressão da ideia de termos justos de cooperação social.¹⁷⁹

A pessoa razoável seria, assim, um artifício de avaliação hipotética que permitira sopesar, a partir de um único ponto de vista representativo da igualdade entre as pessoas, os interesses de liberdade e segurança relevantes para os indivíduos daquela sociedade.¹⁸⁰

A noção de razoabilidade, neste contexto de termos justos de interação, não se trata de uma avaliação da ação de um ponto de vista racional-subjetivo, onde espera-se que todos busquem apenas maximizar seus interesses. Trata-se, na medida em que

¹⁷⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 6.

¹⁷⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 7.

¹⁷⁹ Tradução livre de: “The reasonable man has long been a central character in the common law, taking appropriate precautions against accidentally injuring others, making only allowable mistakes, and maintaining an appropriate level of self-control when provoked. The reasonable person is neither the typical nor the average person. Nor is the reasonable person to be confused with the rational person, who acts effectively in pursuit of his or her ends. Instead, the reasonable person needs to be understood as the expression of an idea of fair terms of social cooperation.” (RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 7.)

¹⁸⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 6.

Ripstein segue a compreensão rawlsiana de razoabilidade,¹⁸¹ de uma noção que está imbuída da ideia de cooperação e de interação em igualdade, onde, para buscar realizar seus propósitos, seus interesses e suas concepções do bem, determinada pessoa precisa tomar o cuidado adequado em relação aos interesses de seus pares. A pessoa razoável, neste sentido, sabe que sua condição de livre está inserida em uma sociedade organizada para que, reciprocamente, todos possam se beneficiar dessa organização enquanto local adequado para buscar sua própria visão do bem.¹⁸² *Razoabilidade, assim, estaria vinculada à noção de igualdade*, onde termos razoáveis de interação permitem que se garanta a liberdade das pessoas de forma compatível com a proteção do interesse na segurança dessas mesmas pessoas.¹⁸³

Ademais, é importante ressaltar que, para Ripstein, a noção de razoabilidade, justamente por considerar ações em sentido de interação entre pares, exigindo a moderação do comportamento, e por partir de um patamar de igualdade e um igual interesse das diversas pessoas nas questões de liberdade e segurança, *acaba possuindo uma lógica própria e tendo elementos relevantes que são distintos de outras formas de responsabilização, como a moral*. Essa lógica própria faz com que testes de razoabilidade não se confundam com testes de responsabilidade moral, de modo que, em uma sociedade liberal, a pessoa pode ser responsabilizada de diferentes formas conforme as circunstâncias e os interesses normativos em jogo,¹⁸⁴ seguindo conclusão obtida no subtópico anterior.

Assim, a pessoa razoável, nessa concepção interativa, é a pessoa que sempre busca moderar, à luz da noção de termos justos de interação, suas ações conforme os legítimos interesses das demais, não podendo, logo, ser avaliada somente pelo ponto de vista da

¹⁸¹ Alguns sentidos dados ao *reasonable* por Rawls estão por trás das concepções de senso comum de Ripstein e também de sua noção de reciprocidade, de termos justos de interação e de igualdade. No *Liberalismo Político*, Rawls afirma que o razoável, em contraposição ao racional, é um elemento da sociedade enquanto sistema de cooperação e expressa a ideia de reciprocidade nessa cooperação, compreendida a reciprocidade enquanto ideia encontrada entre os extremos do altruísmo e da vantagem mútua (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1995. p. 49/50). Em outro momento, Rawls afirma que é pela razoabilidade, enquanto noção ordenadora das interações, que adentramos como iguais no espaço público e nos colocamos como aptos a propor e aceitar termos justos de cooperação (RAWLS, John. *Ibidem*, p. 53). Além disso, ele afirma que a ideia de justificação razoável é um problema prático, não epistemológico ou metafísico (RAWLS, John. *Ibidem*, p. 44), dando força à conclusão feita anteriormente (Nota 160) sobre a utilização de concepções práticas para a soluções de problemas jurídicos de interação e solução de dissensos razoáveis.

¹⁸² RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 7.

¹⁸³ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 7.

¹⁸⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 8.

ação individual, independentemente das consequências dos atos praticados para as demais pessoas:

Uma vez compreendido o sistema da responsabilização por culpa como uma expressão de termos justos de interação em um mundo de riscos, nós podemos ver o porquê ele impõe uma demanda geral aos agentes para que levem em consideração os custos que suas ações podem impor sobre terceiros. A questão não se trata da avaliação se estou sendo cuidadoso pelos padrões daquilo que estou individualmente fazendo, mas da avaliação se estou sendo adequadamente cuidadoso à luz do interesse em segurança de meu vizinho e de meu interesse em liberdade. A minha atividade em particular ganha importância para a definição dos níveis adequados de cuidado ao permitir, em sua avaliação, a fixação dos níveis de liberdade apropriados para aqueles engajados nesse tipo de atividade.¹⁸⁵

Entretanto, essa noção de razoabilidade e de que agentes razoáveis devem moderar seu comportamento à luz dos interesses legítimos de seus pares enquanto expressão do ideal liberal de termos justos de interação, por si, *não explica a necessidade de se desfazer as interações danosas por meio da imputação de um dever de indenizar específico à pessoa envolvida no incidente* e nem exatamente o modo e as situações em que devem ser desfeitas essas consequências da interação entre pessoas livres.

Para explicar essas características, Ripstein recorre a uma noção histórica de justiça¹⁸⁶, conceito que permitiria explicar e justificar o desfazimento de interações danosas entre pessoas específicas, em relação distinta das questões de distribuição concernentes à sociedade como um todo. Teorias históricas da justiça são aquelas que levam em consideração que uma distribuição inicial de bens entre determinado grupo pode se alterar ao longo do tempo por motivos diversos, atribuíveis ou não à ação das pessoas do referido grupo, sem gerar questões a respeito da justiça quanto ao resultado dessas alterações posteriores.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Tradução livre de: “Once we understand the fault system as an expression of fair terms of interaction in a world of risks, we can see why it imposes a general requirement on agents that they take into account the costs their actions may impose on others. The question is not whether I am being careful by the standards of what I am doing, but whether I am being appropriately careful in light of my neighbor's interests in security and mine in liberty. The importance of my particular activity enters into defining the appropriate degree of care, by fixing the degree of liberty appropriate to those engaged in that sort of activity.” (RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 58.)

¹⁸⁶ O conceito é expressamente referenciado na teoria libertária de Robert Nozick, porém Ripstein entende que a compreensão de que as pessoas devem arcar com os custos de incidentes que elas mesmas criaram (dando enfoque na forma como foi alterada a distribuição inicial) é uma ideia que vale a pena ser desenvolvida em teorias não libertárias (RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 46), permitindo a explicação de mecanismos que valorizam a liberdade das pessoas e sua correlativa responsabilidade, sem exigir a todo momento uma redistribuição de bens para manter o padrão original.

¹⁸⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 29.

Assim, uma teoria histórica de justiça não se preocuparia com um padrão atual de distribuição de bens, mas com os eventos que levaram àquele padrão.¹⁸⁸ Se o ponto de partida das pessoas de determinado grupo não pode ser considerado injusto, posteriores alterações voluntárias desse padrão, como por meio de doações, comércios, etc., só podem ser consideradas injustas se forem fruto de transações que violem os justos termos de interação. Essa teoria, dessa forma, seria uma expressão da ideia intuitiva de que, dada uma distribuição inicial adequada, uma pessoa pode dispor como quiser de seus bens.¹⁸⁹

Se abro mão de minha propriedade legitimamente adquirida, não é necessário levantar nenhuma questão a respeito da justiça da situação resultante. Igualmente se realizo uma troca de bens. E se, como aspecto mais importante para o presente propósito, perco ou danifico inteiramente, por minha própria conta, os bens de minha propriedade, o prejuízo será infortúnio meu e nenhuma questão de justiça deve ser levantada. A justiça pode determinar que um bolo seja dividido em pedaços iguais, porém ela não determina que esses dividendos sejam reavaliados se eu abro mão ou consumo minha parte.¹⁹⁰

Como se pode perceber, nesse tipo de teoria da justiça prevalece uma noção de que transações voluntárias, quando realizadas conforme os termos justos de interação, são preservadoras da situação de justiça, ainda que os resultados das interações gerem desigualdade quando considerada a distribuição inicial de bens. Caso o resultado tenha sido gerado por circunstâncias que contrariem os justos termos de interação e seus deveres de cuidado, será considerado incorreto e, dessa forma, deverá ser desfeito. A incorreção¹⁹¹

¹⁸⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 27.

¹⁸⁹ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 28.

¹⁹⁰ Tradução livre de: “If I give away my legitimately acquired possessions, no questions of the justice of the resulting holdings need arise. Likewise, if I exchange them. And, most salient for present purposes, if I lose my possessions, or damage them entirely on my own, the loss may be my misfortune and raise no issues of justice. Fairness may mandate dividing a cake into equal pieces; it does not mandate equalizing shares again if I give away or consume my share.” (RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 29.)

¹⁹¹ A tradução do termo *wrongfulness* por ‘incorreção’ precisa ser devidamente justificada neste trabalho. A opção inicial para tradução aqui seria a *antijuridicidade*. Essa opção, entretanto, não capta o sentido de *wrongfulness* conforme trabalhado por Ripstein, como elemento de valoração da conduta do agente ante os deveres de cuidado devidos em face do direito da vítima, em relação bilateral de exercício razoável da liberdade, respeitando-se o direito a segurança de terceiros. O antijurídico, no Brasil e no *civil law*, possui diversas interpretações e usos, porém raramente ele tem uma acepção que o aproxima da noção de dever de cuidado (PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 18. ano 6. p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019.). Dessa forma, para preservar esse sentido fundamental ao texto, prefere-se não utilizar o termo antijurídico como tradução de *wrongfulness*, evitando confusões com os sentidos atribuídos ao termo na doutrina brasileira. Apenas para exemplificar, toma-se a posição do próprio Peteffi sobre o tema no artigo referenciado. Apesar de isolar a antijuridicidade da culpa e do dano, tomando-a como elemento autônomo do ato ilícito, Peteffi acaba por tomá-la apenas como violação do direito alheio (interesse juridicamente protegido), afastando-a, portanto, da noção mais limitada de violação do dever de cuidado na conduta do agente, o que seria a definição mais próxima do

dessas ações, por sua vez, é definida a partir da comentada noção de razoabilidade e da consideração adequada pelos interesses legítimos das demais pessoas. Essa avaliação sobre a forma pela qual os resultados foram obtidos, inclusive, ajuda a compreender porque a coerção no desfazimento de transações é apropriada em alguns casos e não em outros.¹⁹²

Em síntese, assim, o arranjo é o seguinte: numa sociedade onde as pessoas devem ter garantidas, em condições de igualdade, sua liberdade e sua segurança para perseguir suas concepções do bem, transações voluntárias tendem a preservar a justiça das relações ainda quando seus resultados alterem as distribuições de bens iniciais. Essas transações, entretanto, serão consideradas incorretas quando a pessoa agir de forma desarrazoada, conforme o padrão da pessoa razoável, desconsiderando os interesses legítimos de liberdade e segurança de seus pares, sendo demandado, nesse caso, seu desfazimento.

A responsabilidade civil tem dois papéis nesse arranjo: primeiro, ela provê a estrutura para o desfazimento das interações cujas circunstâncias violaram os termos justos de interação e a razoabilidade¹⁹³ e, segundo, ela incorpora a ideia de que as pessoas devem moderar suas ações à luz dos interesses legítimos de seus pares.¹⁹⁴

2.2.1.3. Normatividade e a definição dos termos justos de interação

Enfim, as noções de agência razoável e de estrutura corretiva enquanto justos termos de interação explicam e justificam, na visão de Ripstein, a estrutura básica da

wrongfulness, como colocado. Na posição mais ampla de antijuridicidade admitida por Peteffi, referente à simples violação do direito alheio protegido pelo ordenamento, abarcando inclusive as situações da responsabilização objetiva onde não há culpa (ou dever de cuidado violado), o autor mostra que é inadequada a tradução entre os termos em questão, o que justifica, assim, a utilização aqui do termo incorreção. Outra confusão evitada seria aquela que confunde a antijuridicidade com o dano, tendência que chega a afirmar que a responsabilidade objetiva seria a responsabilidade por condutas lícitas (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. Revista dos Tribunais, vol. 854, dez./2006, p. 25). Apesar dessa vantagem de evitar a confusão com os diversos conceitos do antijurídico no *civil law*, é preciso, entretanto, que fique claro que *a incorreção aqui não é moral*. O sentido dessa incorreção dependerá da justificação dada ao instituto, sendo diferente, por exemplo, para teorias econômicas da responsabilidade ou para teorias fundadas na noção de justiça corretiva. No presente caso, considerado o largo uso que se faz da obra de Arthur Ripstein, a incorreção, como colocado no início desta nota, é a violação do dever de cuidado, o qual seria uma expressão dos termos justos de interação em sociedade, em vista dos interesses relevantes de liberdade e segurança dos cidadãos.

¹⁹² RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 18.

¹⁹³ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 55.

¹⁹⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 54.

responsabilidade civil. No entanto, são necessários mais alguns detalhes para compreender a visão do autor sobre o instituto.

Como visto, a incorreção das ações que demandam seu desfazimento em termos de justiça corretiva é dada por sua razoabilidade, avaliada conforme o parâmetro da pessoa razoável. Mas quando uma ação será atribuída a alguém? Quais as condições necessárias para que determinado resultado de uma interação seja atribuído a determinada pessoa?

A especificação dessas condições, em geral, é feita, na prática da responsabilidade civil, em termos denexo de causalidade. Essa noção de causalidade, conforme o senso comum, é identificada com a possibilidade de se verificar faticamente, em sentido naturalístico, qual o elemento determinante naquela cadeia causal para que se verificasse o resultado danoso. Na prática, essa impressão de que a causalidade é um elemento pré-jurídico e acaba por se revelar na busca por avaliações a respeito de testes de interrupção do nexocausal, semelhante ao teste *but for* do *common law*, assim como a avaliações complexas, que englobam aspectos naturalísticos e normativos, como noções de causalidade direta e imediata, causação necessária, causação adequada ou qualquer outras das diversas teorias que tentam explicar a questão.

Entretanto, Ripstein, entende que essa relação não pode ser dada em termos de uma relação de causalidade naturalística entre as ações das pessoas que interagem entre si e o dano resultante.¹⁹⁵ O autor argumenta que se for levantado questionamento sobre a causa fática de um incidente qualquer, a presença da vítima no momento e lugar onde estava sempre será uma causa tão fundamental quanto a ação da pessoa que é tida como autora do dano, sendo impossível decidir entre uma causa ou outra sem que seja estabelecido um critério normativo anterior:

Se a causação é tomada como base para a atribuição de prejuízos, duas questões podem ser levantadas em cada caso de danos. Primeiramente, se foi o ‘agente’ [*defendant*] que causou os danos. Em segundo lugar, se foi a vítima [*plaintiff*] que os causou. O problema surge do fato de que a resposta para ambas as perguntas parece ser ‘sim’ se entendemos a pergunta causal em questão em termos daquilo que teria acontecido se não fosse pelo agente (ou vítima),

¹⁹⁵ Em linha semelhante sobre uma impossibilidade de uma análise naturalística de causalidade na responsabilidade civil e sobre a natureza normativa dessa análise ver: COLEMAN, Jules. *Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 45 e ss. COLEMAN, Jules; RIPSTEIN, Arthur. *Mischief and Misfortune*. *Mcgill Law Journal*, vol. 41, p. 91-131, 1995. PERRY, Stephen. *The Impossibility of General Strict Liability*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. 1, n. 2, p. 147-171, July 1988. Mais sobre causalidade na responsabilidade civil ver: WRIGHT, Richard W. *Causation in Tort Law*. *California Law Review*. Vol. 73, dez., p. 1735-1828, 1985.

hipótese em que devemos obter o mesmo resultado para todo acidente, em que ambos, agente e vítima, causaram o dano.¹⁹⁶

A definição desses critérios e, portanto, a definição da responsabilização de determinada pessoa depende, assim, da definição de parâmetros prévios de conduta, ganhando sentido normativo no que é identificado como deveres de cuidado.¹⁹⁷ Esse raciocínio, ao afastar a possibilidade de definições de responsabilidade a partir de avaliações naturalísticas de causalidade, permite ver como a responsabilidade civil está intimamente conectada à noção de termos justos de interação e como a decisão a respeito de quais riscos devem ser suportados por cada pessoa requer a avaliação de questões substantivas em moralidade política.¹⁹⁸

Considerando, assim, que a atribuição das ações às pessoas envolvidas em determinados incidentes depende da própria definição prévia de direitos e deveres respectivos, o autor compartilha a compreensão de que esses direitos e os remédios à sua violação devem ser estabelecidos de forma igualmente correlacionada. E é justamente essa correlação intrínseca entre direitos e deveres que irá justificar a solução entre as partes e a limitação da relação bilateral estabelecida no litígio de responsabilidade civil. A referida relação também seria ligada ao fato de que, dentro da construção kantiana do Direito enquanto esfera de interação entre pessoas livres, o espaço de liberdade de cada indivíduo é definido a partir de uma noção de igual importância conferida à liberdade e à segurança de cada um.

Não cabe, dessa forma, qualquer avaliação naturalística de causalidade no âmbito da responsabilidade civil. Nesse caso, partindo da noção de que o estabelecimento de direitos em uma sociedade igualitária leva à correlativa imposição de deveres sobre os demais, na acepção de deveres de cuidado, o autor conclui que, *para fins de responsabilização civil, a distinção entre o que uma pessoa fez enquanto agente e aquilo que simplesmente aconteceu é uma distinção eminentemente normativa.*¹⁹⁹

¹⁹⁶ Tradução livre de: “If causation is made the basis for shifting losses, two questions can be asked in every case of injury. First, was the defendant the cause of the injury? Second, was the plaintiff? Trouble is, the answer to both questions seems to always be “yes” If we understand the causal question in terms of what would have happened but for the act of the defendant (plaintiff), we are likely to get the same result for every accident, both the injurer and the plaintiff cause the injury.” (RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 36.)

¹⁹⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 16.

¹⁹⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 45.

¹⁹⁹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 49.

Se foram tomados os cuidados esperados com os direitos dos demais, as consequências das ações de determinada pessoa em um incidente qualquer não podem ser a ela atribuídas, sendo tratadas como meros acontecimentos. Por outro lado, se não foram tomados os cuidados relevantes, ou seja, tendo sido descumpridos os deveres de cuidado exigidos em uma interação, o agente assumiu o risco e deve arcar com os custos dos prejuízos gerados. Essa distinção seria válida somente para fins de responsabilidade civil.²⁰⁰

Essa concepção normativa da definição de direitos, de deveres, de medidas desconstitutivas de ações incorretas e dos espaços de liberdade e segurança de cada pessoa, gera a responsabilização das pessoas de uma forma que procura ser justa tanto em relação à vítima quanto ao agente.²⁰¹ Ambos têm iguais interesses em liberdade e segurança, interesses que, se perseguidos de forma unilateral, inevitavelmente irão entrar em conflito. Se busco garantir, a todo momento, minha segurança, posso gerar restrições indevidas nas liberdades dos demais, mas se, por outro lado, busco realizar meus interesses e propósitos de forma unilateral e sem limites, coloco em risco a segurança dos demais.²⁰² Essa atuação unilateral, portanto, viola os princípios fundamentais dos termos justos de interação, a igualdade e a reciprocidade, princípios que exigem que *nenhuma das partes defina unilateralmente os termos de interação*.²⁰³

2.2.1.4. Riscos

Para Ripstein, a melhor forma de se abordar essa relação entre deveres de cuidado e atribuição de responsabilidade é a partir da noção de riscos. Considerando que toda ação pode gerar um risco para a segurança das pessoas próximas e que, numa avaliação histórica da justiça, cada um deve arcar com os custos que voluntariamente gerar, Ripstein conclui que o que é ou o que não é um custo deve ser definido em termos de riscos.²⁰⁴

Nessa divisão de riscos, claro, não pode prevalecer uma definição unilateral. Fazer com que eventuais vítimas arquem com a totalidade dos riscos da interação representaria uma desconsideração do seu interesse em segurança e, por outro lado, fazer com que o

²⁰⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 49.

²⁰¹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 49.

²⁰² RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 49.

²⁰³ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 49.

²⁰⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 44.

agente arcar totalmente com esse risco prejudica o seu interesse em liberdade.²⁰⁵ A solução seria a definição de um nível aceitável de risco para ambas as partes da relação, protegendo de forma adequada (não necessariamente igual) os interesses de liberdade e segurança.²⁰⁶ Aqui, entra novamente em tela a noção de pessoa razoável e de parâmetros adequados de cuidado.

Em uma relação de reciprocidade, de interação entre pessoas livres, toda ação representa um risco em termos de geração de algum tipo de prejuízo para quem interage, de modo que ambas as pessoas envolvidas contribuem causalmente para a criação desse risco e, eventualmente, para a concretização do dano. Neste cenário, determinar quem deve arcar com os custos desses danos, sendo responsabilizado civilmente, envolve a necessidade de se avaliar quais os deveres e direitos existentes nessa interação. Para Ripstein, como visto, essa avaliação se dá na definição, a partir das noções de pessoa razoável, de comportamento razoável e de deveres de cuidado, de modo que essa definição permitirá avaliar quem é o responsável pelo risco que ensejou o dano ou, na terminologia utilizada pelo autor, quem “possui” esse risco.²⁰⁷ A concepção de riscos, assim, representa um elemento normativo derivado dos deveres de cuidado estabelecidos com base nos interesses em jogo.

Nesse arranjo, os parâmetros de ação razoável servem para dividir e atribuir os riscos decorrentes de qualquer ação humana ordinária e aceitável, de modo que aqueles que deixem de tomar cuidados razoáveis em suas ações, ensejando riscos de segurança não tidos como inseridos nos termos justos de interação, devem ser tidos como responsáveis pelos resultados dessas ações.²⁰⁸ O autor coloca a questão nas seguintes palavras: afirmar que alguém assumiu um risco com a segurança dos demais depende da definição acerca da razoabilidade de sua ação.²⁰⁹ Se não é possível verificar a razoabilidade e se se decide por definir que a pessoa assumiu riscos em relação à segurança de outra, ela deve arcar com os custos de eventual dano. Por outro lado, se a pessoa, no exercício de sua liberdade, agiu de forma razoável e tomou o cuidado que se espera com o direito à segurança das demais pessoas, os possíveis prejuízos envolvidos em sua ação não deverão lhe ser atribuídos.²¹⁰

²⁰⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 50.

²⁰⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 49.

²⁰⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 43.

²⁰⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 10.

²⁰⁹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 10.

²¹⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 10.

Essa divisão de riscos, para o autor, expressaria uma ideia intuitiva de que a culpa em determinada ação se estenderia somente aos aspectos negligentes da ação, não alcançando aquilo que esteja fora do esperado em uma ação.²¹¹ Quando se deixa de agir com os cuidados esperados, age-se como se ignorasse o valor normativo dos interesses das demais pessoas e, dessa forma, incorpora-se como parte da ação os riscos gerados para esses interesses.²¹² Se desse risco, que é parte da ação, se concretizarem danos, deve-se arcar com eles. Agora, se são tomados os devidos cuidados esperados na ação, observando a qualidade normativa dos interesses protegidos das demais pessoas, já se está arcando, a agente, com os custos necessários para a redução desses riscos e, dessa forma, os riscos residuais que extrapolam os cuidados esperados acabam por recair sobre a própria vítima.

Desse modo, os padrões de cuidado, tidos como os cuidados que devem ser tomados na ação de determinada pessoa para evitar danos aos interesses de outras pessoas, são, também, representativos da relação de igualdade existente entre as pessoas: o risco de dano existente em uma interação é dividido de forma equânime entre potenciais agentes e potenciais vítimas, onde não se espera que o agente precise se esforçar de forma ilimitada para evitar danos a terceiros ao mesmo tempo em que se garante à vítima que os esforços razoáveis serão observados.²¹³

A divisão dos riscos pelo estabelecimento de deveres de cuidado, ou seja, pela especificação dos interesses das demais pessoas em relação aos quais se deve ter cuidado quando da ação (e em qual grau) serve, assim, para definir a igualdade entre as partes. Da perspectiva unilateral da vítima, todos os danos são idênticos, mas, da perspectiva da pessoa razoável, danos são diferenciados conforme as limitações à liberdade impostas para que se tome as precauções necessárias para evitar esses danos.²¹⁴

Para que seja justa essa divisão de riscos, é preciso que riscos específicos sejam atribuídos a atividades específicas em seus contextos.²¹⁵ Essa necessidade de especificação dos riscos e de sua atribuição conforme o contexto em que se desenvolvem as atividades é uma consequência direta da noção de que interações são recíprocas e não possuem causalidade naturalística definida. A queda de uma ferramenta solta em uma

²¹¹ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 48.

²¹² RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 48.

²¹³ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 51.

²¹⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 51.

²¹⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 51.

obra não representa o mesmo risco em qualquer contexto. Esse mesmo fato possui significações normativas distintas se acontecido em uma obra em local público ou se acontecido em um canteiro de obras controlado, dependendo igualmente das pessoas atingidas pela ferramenta para que sejam, então, avaliados os interesses e os deveres de cuidado relevantes e, conseqüentemente, a divisão dos riscos.²¹⁶

Neste sentido, a noção de propriedade de riscos (*risk ownership*) estabelece a devida ligação entre as demais noções de dever de cuidado, de padrão de conduta e de dever de indenizar. Aqueles que falham em exercer o cuidado apropriado são responsáveis pelos danos sofridos por aqueles a quem ele tinha, a princípio, um dever de cuidar em relação a um risco em particular.²¹⁷

2.2.1.5. *Parâmetro objetivo de conduta e previsibilidade*

Essa justificação normativa da responsabilidade civil, baseada em noções de reciprocidade e de termos justos de interação, acaba por influenciar em outras duas importantes características do instituto: a objetividade do parâmetro de conduta que reflete o dever de cuidado, assim como a normatividade da característica de previsibilidade dos danos ocasionados nos incidentes que ensejam a responsabilização civil, ambas características importantes para o presente trabalho.

A respeito da objetividade do padrão de conduta que emerge da figura da pessoa razoável, é importante destacar que sua preferência em relação ao padrão subjetivo decorre do fato de que a definição dos interesses prevalentes e dos correspondentes deveres não pode ser feita com base apenas nas capacidades de uma das pessoas envolvidas no incidente. A pessoa razoável parte do princípio da avaliação de ambos os interesses em jogo, de modo que, ao se concentrar em um único ponto de vista representativo da igualdade entre as partes, faz com que não seja permitido que as características subjetivas de uma pessoa definam, unilateralmente, os direitos e deveres das demais. Essa unilateralidade na definição dos termos de interação, como já visto, seria uma violação da igualdade entre as partes e da ideia de reciprocidade.

²¹⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 51.

²¹⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 69.

Espera-se de cada parte que demonstre o devido respeito e consideração pelos interesses da outra,²¹⁸ não sendo possível permitir que apenas um lado dessa relação social estipule os termos de interação, os quais, então, deixariam de ser justos. Essa característica do instituto será explorada em maior profundidade no próximo capítulo, quando serão discutidas suas importantes implicações para a questão da PCD.

A mesma lógica vale a para a noção de previsibilidade, a qual Ripstein afirma ser, muitas vezes, tida enquanto requisito para a responsabilidade civil subjetiva.²¹⁹ Essa importância decorreria da percepção de que a responsabilidade por negligência seria considerada limitada às consequências de uma conduta incorreta que possam ser previstas enquanto tal. Se uma consequência não é previsível, não seria imputável a alguém especificamente. O problema desse requisito é que, em um primeiro momento, ele parece contrariar a preferência por parâmetros objetivos na responsabilidade civil subjetiva e, logo, as noções de razoabilidade, de reciprocidade e de termos justos de interação. Esse problema, por sua vez, decorre do fato de que, se a previsibilidade for definida enquanto uma questão epistêmica, subjetiva ou objetiva, a respeito daquilo que uma pessoa específica consegue prever ou mesmo a respeito daquilo que, em geral, é possível prever, tal faria com que os termos de interação fossem definidos unilateralmente ou indefinidos.²²⁰

Para que a previsibilidade seja uma característica válida do instituto da responsabilidade civil, argumenta Ripstein, ela deve ser compreendida enquanto uma noção normativa referente àquilo que uma pessoa razoável preveria em relação aos interesses das demais quando praticasse suas ações.²²¹ Ripstein indica, neste sentido, que a previsibilidade, compreendida em termos normativos, engloba as consequências que seriam previstas por uma pessoa que age levando em consideração os interesses legítimos das demais pessoas.²²² Assim, riscos previsíveis seriam aqueles que uma pessoa razoável iria considerar, independentemente do fato destes riscos terem sido levados em consideração por uma pessoa determinada em uma situação determinada.²²³

²¹⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 52.

²¹⁹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 94.

²²⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 94.

²²¹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 94.

²²² RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 105.

²²³ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 105.

Neste sentido, juntamente com a noção de um parâmetro objetivo de conduta, a noção de previsibilidade razoável serve para explicar o quanto é exigido de uma parte que leve em consideração os interesses alheios.²²⁴

2.2.1.6. *As capacidades exigidas*

Enfim, a relação entre razoabilidade e responsabilidade joga luz sobre outro aspecto importante para este trabalho, qual seja, as capacidades que se espera que o agente responsável possua. Para Ripstein, essas capacidades seriam duas: a capacidade de perseguir seus próprios propósitos e a capacidade de moderar suas pretensões à luz das pretensões legítimas de outras pessoas.²²⁵

A exigência dessas capacidades não teria o condão de afastar a teoria de Ripstein para as PCDs, assim como feito para a teoria de Weinrib? Entende-se que não. Essas capacidades são colocadas por Ripstein sem correlacioná-las diretamente a uma dimensão cognitiva forte, com implicações metafísicas relevantes, como faz Weinrib em relação à adoção das visões kantianas de livre-arbítrio e razão prática. As definições de Ripstein, como o próprio autor faz questão de ressaltar, buscam se fundar em noções práticas da ação, sem problematizar seus fundamentos metafísicos.

Nessa perspectiva, apesar do próprio Ripstein excluir os *doentes mentais* de sua acepção comum de pessoas que possuem as capacidades necessárias para serem responsabilizadas, especialmente a capacidade de moderar seu comportamento à luz dos interesses alheios, essa conclusão não decorre necessariamente dos fundamentos de sua própria teoria, como no caso de Weinrib. Essa inexistência de uma relação lógica entre os fundamentos adotados e a irresponsabilidade das PCDs abre espaço para que seja melhor explorada a responsabilização dessas pessoas, inclusive, por meio de outras concepções de ação jurídica, como, por exemplo, aquela vista no primeiro capítulo deste trabalho, de capacidade legal universal e de um sistema de suportes.

²²⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 131.

²²⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 53.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE ENVOLVA TRANSTORNO MENTAL

Dada a justificação de Ripstein para o instituto da responsabilidade civil em suas características fundamentais, é preciso compreender de forma mais detalhada como essa justificação trata a responsabilização da PCD que envolva transtorno mental.

Retomando as características básicas trazidas pelo autor, é possível dizer que a responsabilidade civil subjetiva parte de uma situação de igualdade normativa entre as pessoas em sociedade e da necessidade de que essa igualdade seja reestabelecida pelo pagamento de danos quando quebrada, em uma interação casual, por uma ação incorreta de uma pessoa, no sentido de inobservar um dever de cuidado existente em relação à segurança de outro.

Nesse arranjo normativo, como se pode perceber, as questões relacionadas ao dever de indenizar, à sua atribuição e à quantificação dessa indenização não são elementos independentes. Sua definição não está ligada a uma finalidade autônoma qualquer. O agente processado, nessa explicação, é legitimamente levado a essa posição em razão de sua ação ter quebrado a igualdade por meio da violação do direito da vítima a partir do descumprimento de um dever de cuidado a ela devido. O direito da vítima não surge após o acidente como um imperativo de reparação autônomo, ele é anterior, definido em igualdade aos direitos das demais pessoas e correlativamente aos deveres dessas mesmas pessoas. A quebra dessa igualdade exige a eliminação de seus efeitos em uma noção de justiça corretiva.

A normatividade característica desse arranjo está não só nessa definição da igualdade enquanto igualdade de direitos e deveres, mas também na noção de que a relação de causalidade entre as ações e o resultado não é naturalística, sendo uma causalidade normativa, relacionada à avaliação a respeito da violação de deveres de cuidado. Essa violação determina a incorreção da ação e sua ligação normativa com o resultado danoso. No vocabulário de Ripstein, a violação de um dever de cuidado, que é um dever de razoabilidade em termos justos de interação, gera riscos não razoáveis aos direitos das demais pessoas, de modo que o agente violador assume esses riscos e, logo, as consequências deles advindas.

Assim, quando um risco se concretiza em danos, esses danos pertencem a quem possuía os riscos que o geraram, em outras palavras, a quem eles eram atribuídos. Mas se os riscos são aceitáveis em termos de razoabilidade, sendo inevitáveis mesmo quando

exercido o adequado dever de cuidado em atenção aos interesses das demais pessoas, os danos surgidos desses riscos devem ser suportados por quem os sofreu em primeiro lugar. Essa concepção normativa procura entender a responsabilidade civil de uma forma que busca ser justa tanto em relação à vítima quanto ao agente. Ambos têm iguais interesses em liberdade e segurança, interesses que, se perseguidos de forma unilateral, provavelmente irão entrar em conflito.

E como é avaliada a razoabilidade das ações, no sentido de observância dos deveres de cuidado relevantes? Para Ripstein, essa avaliação, no âmbito da responsabilidade civil, se dá a partir da noção de pessoa razoável. Nesse dispositivo teórico, tomam-se os interesses em liberdade e segurança de um único ponto de vista de uma pessoa representativa (hipotética), evitando que as particularidades da situação de determinada pessoa definam os limites da liberdade ou da segurança da outra com a qual interage, retornando à concepção central de justos termos de interação.

Essa justificativa normativa da responsabilidade civil, como visto no final do capítulo anterior, acaba por influenciar a escolha por um parâmetro objetivo de conduta para análise dos deveres de cuidado, bem como a escolha por uma compreensão normativa da característica de previsibilidade dos danos ocasionados nos incidentes, ambas as escolhas vinculadas à noção de que termos justos de interação não podem ser unilateralmente definidos.

A partir dessa concepção, já caberia, aqui, uma explicação simplista para a questão central desse trabalho: se o parâmetro de análise das condutas é objetivo, centrado na percepção de que a ação deve respeitar os legítimos interesses dos demais e ignorando os aspectos subjetivos do agente, a PCD passa a ser responsabilizada com fundamento nessa análise de conduta, considerados os mesmos parâmetros que as demais pessoas. Essa explicação chegou a ser aventada mais recentemente na doutrina nacional.²²⁶ Entretanto,

²²⁶ A utilização direta desse argumento foi feita por Mulholland, que assim se expressou: “Considerando essa renovada concepção da culpa, pode-se concluir que na investigação da conduta causadora do dano, realizada por pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, há uma facilitação na identificação da culpa, na medida em que é levada em conta muito mais a contrariedade ao direito e a violação de standards abstratos de conduta, do que uma investigação psicológica da culpa, que leva necessariamente à avaliação da capacidade de reconhecimento da conduta culposa como potencial causadora do dano. A objetivação da culpa permite que a avaliação da conduta culposa da pessoa com deficiência seja realizada independentemente de uma perspectiva de culpabilidade e imputabilidade clássicas, psicológicas, o que, por sua vez, afasta a antes necessária análise da capacidade de discernimento em concreto.” 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*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 648.

a simples evocação da avaliação objetiva da culpa para a responsabilização da PCD mais levanta novas dúvidas do que responde às questões preexistentes. Não se esclarece, nesse argumento, como a prevalência de parâmetros objetivos de conduta na prática da responsabilidade civil pode justificar a imputação de danos a alguém que, a princípio, não poderia ou teria dificuldades acima da média em compreender e observar os deveres relevantes, justificando, quando muito, a aplicação de medidas protetivas nessa responsabilização em razão da vulnerabilidade dessas pessoas.

É necessário, assim, uma justificativa mais detalhada dessa possibilidade de responsabilização a partir de parâmetros objetivos de conduta, pois não é óbvia a adequação da submissão das PCDs a esses parâmetros, ainda que considerada sua característica de desconsideração dos elementos subjetivos da agente. Pelo contrário, considerando que, em geral, se assume que são necessárias capacidades mínimas para se estar sujeito à responsabilização civil, mesmo com a escolha por parâmetros objetivos, é preciso compreender como exatamente se pode justificar essa sujeição. A resposta a essa pergunta tanto não é óbvia que o próprio Ripstein, em determinado momento, e como já comentado no capítulo anterior, exclui as PCDs (ou ao menos parte desse grupo) expressamente da comunidade de agentes, conforme sua concepção de senso comum: “Início, de outra forma, a partir do familiar fato de que, com a notável exceção das crianças e dos doentes mentais, as pessoas são, em geral, capazes de moderar seu comportamento à luz dos interesses das demais”.²²⁷

As duas capacidades indicadas como necessárias por Ripstein, como já assinaladas no final do capítulo anterior, são a capacidade de perseguir seus próprios propósitos e a capacidade de moderar suas pretensões à luz das pretensões legítimas de outras pessoas.²²⁸ Essas seriam capacidades básicas para que se possa assumir a igualdade entre as pessoas e a possibilidade de cooperação social a partir de termos justos de interação.²²⁹ Essas duas capacidades, ainda que se possa discutir o *quanto*, envolvem

²²⁷ Tradução livre de: “I begin instead with the familiar fact that, apart from such notable exceptions as children and the mentally ill, people are by and large capable of moderating their behavior in light of the interests of others.” RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 15.

²²⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 53.

²²⁹ Não por acaso essas capacidades são semelhantes aos poderes morais identificados por Rawls como necessários às pessoas para que escolham e consigam de forma adequada construir uma sociedade cooperativa e livre. Esses poderes morais rawlsianos são o senso de justiça e a capacidade para ter uma concepção própria do bem. O senso de justiça possui uma dimensão de alteridade e reciprocidade que está por trás da noção de que as pessoas devem moderar seu comportamento à luz dos interesses legítimos das demais e, por sua vez, a capacidade de possuir uma concepção própria do bem está por trás da capacidade

algum poder cognitivo, o qual pode variar do mínimo necessário para praticar ações que possam ser compreendidas por terceiros como moralmente significativas até condições elevadas, como aquelas necessárias, talvez, para universalizar máximas de ação válidas para qualquer pessoa e qualquer situação.

Essa necessidade de capacidades cognitivas mínimas por parte dos teóricos da responsabilidade civil subjetiva indicaria, assim, que é injusta a responsabilização em regime subjetivo da PCD que envolva transtornos mentais.

3.1. HÁ RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA?

De forma sintética, essa necessidade de capacidades subjetivas mínimas leva à conclusão, por alguns críticos, de que a responsabilização das PCDs é, na verdade, uma responsabilização objetiva, ainda que escamoteada em uma análise de parâmetros de conduta. Ora, se a PCD não possui as condições mínimas para atuar conforme o esperado, sua responsabilização por resultados que não poderiam ser por ela controlados é nada

de perseguir seus próprios propósitos. São, como é óbvio, capacidades que não são coincidentes, Ripstein enfatiza muito mais o aspecto agencial do que Rawls, que enfatiza uma visão mais geral sobre capacidades para a cooperação política e social, mas, de toda forma, são capacidades correlatas. A indicação dessa relação serve para trazermos uma justificativa ante a significativa bibliografia, principalmente feminista, que busca criticar as condições rawlsianas como excludentes, principalmente, das PCDs que envolva transtorno mental (p.ex.: KITTAY, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999; NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership*. Nova Iorque: Harvard University Press, 2006; STARK, Cynthia A. How to Include the Severely Disabled in a Contractarian Theory of Justice. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 15, Number 2, pp. 127–145, 2007; BRIGHOUSE, Harry. Can justice as fairness accommodate the disabled? *Social Theory and Practice*. Vol. 27, p. 537–560, 2001; WONG, Sophia Isako. Justice and Cognitive Disabilities: Specifying the Problem. *Essays in Philosophy, A Biannual Journal*, Vol. 9, No. 1, p. 21-40, January 2008. Para mais referências e uma introdução aos debates sobre justiça e deficiência: PUTNAM, Daniel; WASSERMAN, David; BLUSTEIN, Jeffrey; ASCH, Adrienne. Disability and Justice. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/disability-justice/>. Acessado em 05/04/2021). Esse debate não será trabalhado nessa tese e essas críticas não serão consideradas como extensíveis às capacidades indicadas como fundamentais por Ripstein. Essa opção se dá por dois principais motivos: primeiramente porque nós não estamos tratando das condições pessoais para participação na escolha dos princípios fundamentais da sociedade em situação ideal, de modo que, como veremos, o peso da diferença de capacidades no arranjo prático de responsabilidade subjetiva é menor do que o problema que é gerado para o experimento hipotético da posição original que exclui a participação dessas pessoas; além disso, temos que as críticas feministas a Rawls se estendem não só a esses poderes morais, mas, por exemplo, à noção de desinteresse mútuo e à compreensão de que as pessoas devem ser livres enquanto auto originadoras ou autenticadoras de pretensões sobre o bem (p.ex.: SILVERS, Anita; FRANCIS, Leslie Pickering. Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities. *Metaphilosophy*, Vol. 40, Nos. 3–4, p. 475-498, July 2009) e membros totalmente cooperativos da sociedade. Todas essas posições rawlsianas são de menor importância numa análise localizada da justificação de um arranjo de responsabilidade subjetiva, apesar de que podemos afirmar que sua importância seria bastante ampliada numa análise da própria justificativa do instituto da responsabilidade civil frente os arranjos distributivos reais de uma determinada sociedade.

mais nada menos que uma responsabilização sem culpa. Essa posição, apesar de pouco visível atualmente no Brasil, já foi articulada na doutrina nacional e é recorrente na doutrina de língua inglesa que se opõe à responsabilização das PCDs.²³⁰

A consideração, entretanto, merece reparos devido a seus pressupostos. Considerar que a responsabilização das PCDs equivale a responsabilização sem culpa significa assumir que, em geral, as PCDs não possuem qualquer nível de capacidade que seja suficiente para minimamente se submeter aos deveres de cuidado e aos correspectivos padrões esperados em suas ações. Essa afirmativa, entretanto, não corresponde à realidade. Como discutido no capítulo 1 desta tese, não há como generalizar, principalmente em generalização excludente, a ausência total de capacidade por parte dessas pessoas,²³¹ especialmente quando a generalização se dá com base no fator

²³⁰ “O princípio não pode *ser o princípio da culpa*, pois que em todos os casos se pressupõe incapacidade ou falta de integridade mental. Há de ser *O princípio da causalidade* (...), embora seja pressuposto o ter sido responsável se incapaz não fôsse, ou em estado de perturbação mental. Não há a incompatibilidade doutrinária que se tem apontado (...). A equidade não é, aí, fonte da responsabilidade (...), nem fundamento para atenuação da responsabilidade (...), mas sim – conforme seguimos o princípio desde as fontes – de ajustamento dos patrimônios.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo LIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 269; “A afirmação dos preclaros mestres Clóvis Beviláqua e Spencer Vampré nos levariam a consequências que nem sequer as legislações que regulam a responsabilidade dos alienados nos arrastam - a reparação integral dos danos, nas mesmas condições em que se impõem aos sãos de espírito. *Seria, ademais, a consagração mais brutal da responsabilidade objetiva*, porque sendo inconsciente o ato da pessoa privada de discernimento, a responsabilidade surgiria, não da imputabilidade moral, mas pura e exclusivamente de um fato material; seria a proclamação, como um princípio, da responsabilidade do alienado, quando as próprias legislações, que acolheram a obrigação de reparar os danos ocasionados pelos mesmos, fundando-a na equidade, repudiam, declarando-o expressamente. como princípio, a sua responsabilidade.” LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 180; “Ora, o incapaz não responde, precisamente porque é incapaz e, ainda, como se lê no Projeto, porque alguém responde por ele, é por ele responsável. *Mais exato seria dizer que o patrimônio do incapaz constitui garantia da reparação do dano por ele causado e que por essa obrigação responde solidariamente aquele a quem incumbe a sua guarda.*” DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume I. 10ª Ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 32; CALIXTO, Marcelo Junqueira, *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 51. Na literatura de língua inglesa, podemos destacar: GOUDKAMP, James. *Insanity as a Tort Defence*. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 31, n. 4, p. 727-754, 2011. p. 734; BROMBERGER, Nikki. *Negligence and Inherent Unreasonableness*. *Sydney Law Review*. Vol. 32, p. 411-435, 2010. p. 434; CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Re-examining Reasonable: Negligence Liability in Adult Defendants with Cognitive Disabilities*. *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 6, 2015, p. 38.; GOLDSTEIN, Elizabeth J. *Asking the Impossible: The Negligence Liability of the Mentally Ill*. *Journal of Contemporary Health Law and Policy*. Vol. 12, p. 67-92, 1995.

²³¹ Ainda sobre esse tema, ver: BEST, Eli K. *Atypical Actors and Tort Law's Expressive Function*. *Marquette Law Review*. Vol. 96, p. 461-515, 2012.; BROMBERGER, Nikki. *Negligence and Inherent Unreasonableness*. *Sydney Law Review*. Vol. 32, p. 411-435, 2010. p. 434; FANNING, John. *Mental Capacity as a Concept in Negligence: Against an Insanity Defence*. *Psychiatry, Psychology and Law*. Vol. 24, n. 5, 694-714, 2017.; MORRIS, Grant H. *Requiring Sound Judgments of Unsound Minds: Tort Liability and the Limits of Therapeutic Jurisprudence*. *SMU Law Review*. Vol. 47, p. 1837-1860, 1994.; SPLANE, Stephanie I. *Tort Liability of the Mentally Ill in Negligence Actions*. *The Yale Law Journal*, Vol. 93, p. 153-170, 1983. Mais sobre as possibilidades de desenvolvimento, de agência, capacidades e sobre a responsabilização moral das PCD que envolva transtorno mental pode ser visto em: HARRIS, James C. *Developmental Perspective on the Emergence of Moral Personhood*. In: KITTAY, Eva F.; CARLSON, Licia (Ed.) *Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy*. Malden: Blackwell Publishing,

médico. Há grande diversidade nessa comunidade tanto em relação ao tipo de disfunções e transtornos e deficiências quanto à educação existente, aos apoios formais e informais e ao acesso a ambientes inclusivos, dentre outros fatores. Desse modo, simplesmente equivaler a responsabilização das PCDs à modalidade sem culpa por ausência de capacidade é falso.

Ademais, ainda que se compreenda que é defensável um sistema de responsabilização objetiva das PCDs, devem ser indicadas as justificas pertinentes. Se essa justificativa for de tipo consequencialista, como vimos no início do capítulo anterior, deve-se justificar porque manter limitada a relação de responsabilidade sem culpa no caso da PCD e porque ela é a pessoa ideal para ressarcir os prejuízos verificados no incidente danoso: cabe a dissuasão? Ela é a melhor pessoa para promover a reparação? Qual seria essa pessoa se não for a PCD? Como foi discutido, entende-se que essas perguntas, especialmente para o caso das PCDs, são muito difíceis de serem respondidas de forma satisfatória.

Por outro lado, essa responsabilização objetiva, se considerada em um arranjo submetido ao princípio da justiça corretiva, deveria ser justificada ou pela generalização da forma objetiva de responsabilização (em arranjo que siga as linhas gerais de Epstein²³²) ou, considerada a preferência da responsabilização subjetiva na maior parte dessas teorias, como uma exceção justificada à regra da responsabilização por culpa. Neste último caso, poderiam ser várias as justificativas, todas apontando, de alguma forma, para a discrepância dos riscos gerados pelas condutas das PCDs em relação aos riscos das condutas das demais pessoas. Poderia ser defendido, por exemplo, que os riscos oferecidos pelas PCDs, pelo simples fato de possuírem transtorno mental, são não recíprocos em relação aos riscos gerados por outras pessoas.²³³ Ainda, poderia ser argumentado que os riscos envolvidos nas ações das PCDs, pelo simples fato de sofrerem

2010; KITTAY, Eva F. *Learning from My Daughter: the Value and Care of Disabled Minds*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019; CARLSON, Licia. *The Faces of Intellectual Disability: Philosophical Reflections*. Indianapolis: Indiana University Press, 2010; JAWORSKA, Agnieszka. Caring and Full Moral Standing. *Ethics*. Chicago, v. 117, p. 460-497, abril/2007; NUSSBAUM, Martha. The Capabilities of People With Cognitive Disabilities. *Metaphilosophy*, Vol. 40, Nos. 3-4, p. 331-351, July 2009; SHOEMAKER, David. Responsibility, Agency, and Cognitive Disability. In: KITTAY, Eva F.; CARLSON, Licia (Ed.) *Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy*. Malden: Blackwell Publishing, 2010; VEHMAS, Simo. Disability and Moral Responsibility. *Trames*, vol. 15, no. 2, p. 156-167, June 2011.

²³² EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. *Journal of Legal Studies*. Vol. 2, p. 151-204, 1973.

²³³ KEATING, Gregory C. Reasonableness and Rationality in Negligence Theory. *Stanford Law Review*. Vol. 48, n. 2, p. 311-384, Jan. 1996. p. 366. KEATING, Gregory C. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents. *Southern California Law Review*. Vol. 74, p. 193-226, 2000. p. 203.

de algum transtorno mental, são não razoáveis ou excessivamente elevados²³⁴ ou inerentemente perigosos, significando a imposição de riscos inaceitáveis e não mitigáveis às demais pessoas,²³⁵ entre outras possíveis explicações.

É fácil perceber que nenhuma dessas explicações é razoável para o caso das PCDs. Não se pode indicar que o simples agir dessas pessoas, especialmente considerada a heterogeneidade entre elas, gera riscos inaceitáveis, não recíprocos ou não razoáveis ante as demais pessoas. Isso implicaria em ignorar totalmente o interesse dessas pessoas em liberdade, o qual é, na igualdade formal estabelecida, equivalente ao das demais pessoas, não podendo sua liberdade ser simplesmente solapada em razão da segurança das demais. Além disso, essa retórica que identifica o transtorno mental e a deficiência com o aumento de riscos e perigos é extremamente prejudicial para os objetivos de inclusão e integração dessas pessoas em sociedade.²³⁶

Por último, a respeito desse tema, cabe observar que a definição da responsabilização da PCD como objetiva impediria qualquer defesa possivelmente cabível quanto à adequação de sua conduta, o que é um gravame significativo.

3.2. DA RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA

Como se pode perceber, é de difícil justificação a caracterização da responsabilidade da PCD como objetiva. Isso, entretanto, não torna, por si, mais fácil a justificativa da responsabilização da PCD no arranjo de responsabilização subjetiva. É preciso entender como os princípios da justiça corretiva e da reciprocidade e a aplicação de um parâmetro objetivo de conduta justificam essa responsabilização, além de ainda ser necessário enfrentar a difícil missão de compreender o lugar das capacidades mínimas indicadas por Ripstein e sua relação com as possibilidades de ação das PCDs.

Sobre essa última questão, podemos, inicialmente, especular que as capacidades mínimas exigidas por Ripstein não dependem, em geral, de grande poder cognitivo. Afirmar que alguém é capaz de perseguir seus próprios propósitos e de moderar suas pretensões à luz das pretensões legítimas de outras pessoas, em uma leitura bastante ampla e esvaziada de condições metafísicas, exige somente a indicação de um mínimo de

²³⁴ COLEMAN, Jules. *Risks and Wrongs*. New York: Cambridge University Press, 1992. p. 367/368.

²³⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 70/71.

²³⁶ BEST, Eli K. Atypical Actors and Tort Law's Expressive Function. *Marquette Law Review*. Vol. 96, p. 461-515, 2012. p. 496 / 502.

intencionalidade e de empatia. Nessa leitura ampla, apenas poucos casos graves de deficiências relacionadas a transtornos mentais colocariam totalmente em dúvida essas capacidades em alguma pessoa, sendo tranquilo assumir que a maior parte dos indivíduos possui essas capacidades em algum grau. Quanto ao pequeno grupo sobre o qual poderia ser levantada alguma dúvida, como em casos de estágios muito avançados de demência ou de deficiências intelectuais profundas ou mesmo crises agudas de esquizofrenia, cabe aqui pensar estas situações excepcionais a partir da noção de capacidade legal universal desenvolvida no primeiro capítulo.

Como afirmado, não obstante o próprio Ripstein excluir os *doentes mentais* de sua acepção comum de pessoas que possuem as capacidades necessárias para serem responsabilizadas, essa conclusão não decorre necessariamente dos fundamentos de sua própria teoria, o que abre espaço para que sejam pensadas novas compreensões sobre essas capacidades.

De acordo com o visto no primeiro capítulo, a agência jurídica, ou capacidade legal, é um direito que deve ser reconhecido independentemente da verificação de qualquer característica individual do agente, sendo parte indissociável da personalidade jurídica e constituindo base para o próprio exercício de outros direitos. Ao mesmo tempo, essas mesmas características individuais, em interação com o ambiente no qual o agente está inserido, podem caracterizar deficiência e gerar uma reivindicação por suportes, buscando condições adequadas para que todos esses direitos sejam exercidos de forma justa.

Assim, no regime de capacidade legal universal, a agência e sua validade jurídica são um pressuposto. Não há hipótese em que seja possível ignorar o agir de alguém, excluindo esse alguém do mundo jurídico. Nesse caso, diferenças de habilidades e capacidades entre as pessoas são enfrentadas a partir de estratégias como acomodações razoáveis, eliminação de barreiras e suportes, trabalhando-se pela inclusão dessas pessoas, não por sua simples exclusão. Em outras palavras, a agência sendo um pressuposto, os eventuais ajustes necessários para a igualdade não podem passar, no caso da responsabilidade civil, pela irresponsabilidade sumária da pessoa, dado que isso seria negar sua capacidade para ação e sua personalidade jurídica.

Nesse âmbito da responsabilidade civil, considerada a situação inicial de igualdade formal estabelecida, se há alguma injustiça em sua aplicação decorrente das diferenças entre essas pessoas, deverão atuar mecanismos de avaliação das condições e circunstâncias da responsabilização. Esses mecanismos se materializam na forma de

compreensão e aplicação adequada das tradicionais regras sobre os parâmetros de conduta, a avaliação de culpa concorrente da vítima, as obrigações da vítima de mitigar prejuízos, bem como a possível redução equitativa do valor da indenização e, no caso das PCDs, a possível subsidiariedade de sua responsabilização como prevista no Brasil.

Essas regras de responsabilização civil precisam ser, então, melhor compreendidas para que tenhamos uma visão completa da responsabilização civil da PCD, interpretando-as de modo a não constituírem barreiras não razoáveis. Essa tarefa, entretanto, ficará para o próximo capítulo. Antes, é necessário melhor compreender como o parâmetro objetivo de conduta, em sua cegueira ante os elementos subjetivos, cognitivos ou morais, das pessoas envolvidas no incidente danoso ajuda a justificar a responsabilização da PCD que envolva transtorno mental.

3.2.1. A neutralidade da justiça corretiva: o papel da sorte na definição da justiça dos resultados danosos das interações sociais

Para estabelecer os parâmetros de conduta que irão balizar a análise da correção da ação, definindo se há ou não obrigação de indenizar, Ripstein defende que deve ser utilizado um parâmetro neutro, no sentido de que seja definido a partir de uma avaliação de razoabilidade entre a possibilidade de ação livre e o respeito pelos interesses do outro, o que seria feito pelo dispositivo hipotético da pessoa razoável. Esse arranjo, para que mantenha sua neutralidade e respeite a igualdade normativa pressuposta entre as partes, deve ser de tal forma praticado em atenção à noção de reciprocidade, segundo a qual não pode uma das partes de uma interação definir unilateralmente os termos dessa relação, sendo fundamental que sejam levados em consideração os interesses de ambas as partes. Neste sentido, a avaliação de razoabilidade da ação deve ser desvinculada de elementos subjetivos das partes e deve excluir elementos de apreciação moral dos agentes.

Essa objetividade da análise de razoabilidade é importante também por outro motivo. A definição de termos justos de interação, especialmente em casos de acidentes ocorridos por negligência e seus consequentes danos não intencionais, deve lidar com a questão da *sorte*, *quando os efeitos das ações livres são indesejados por ambas as partes da interação*. A própria compreensão do parâmetro objetivo de conduta passa pela compreensão dessa questão da sorte, como veremos a seguir, de modo que sua invariabilidade ignora esses elementos, possuindo papel fundamental na definição de até que ponto as pessoas devem arcar com os custos decorrentes do azar.

3.2.2. Dos fatores subjetivos irrelevantes na análise da conduta

Dizer que uma ação é voluntária e intencional não significa dizer que é premeditada em todos os seus detalhes ou praticada de forma superconsciente, no sentido de que a atenção da agente esteja voltada para todos os elementos específicos daquela ação ou mesmo para a ação como um todo. Por exemplo, quando alguém caminha na rua pode-se dizer que essa pessoa, na maior parte do tempo, não está conscientemente atenta ao ato de caminhar e mesmo ao ato de desviar de obstáculos, pessoas e outros perigos existentes nas calçadas. No momento, entretanto, de atravessar uma rua, por mais que haja dever de cuidado dos motoristas em estarem, a todo tempo, atentos aos pedestres, o pedestre volta sua atenção momentaneamente para o trânsito, cuidando para atravessar com segurança, porém novamente dispersando sua atenção ao finalizar o cruzamento. Mesmo no caso do motorista, que tem o dever de estar a todo tempo atento, pode-se dizer que grande parte das pessoas acaba por dirigir a partir de habilidades automatizadas, muitas vezes confiando na adequação da conduta de todos, motoristas e pedestres, para que não se verifiquem incidentes danosos na atividade de se dirigir um automóvel em uma cidade.

Considerada essas características da ação cotidiana, é possível imaginar o seguinte exemplo: em determinada situação, na qual nenhuma das partes possua qualquer deficiência, um pedestre desatento inicia uma travessia de forma um tanto descuidada e acaba sendo atingido, de forma leve, por um motorista igualmente descuidado, mas que em último momento conseguiu desviar-se de uma colisão direta com o pedestre. Nesse caso, ambas as vítimas são, de forma clara, causalmente responsáveis pelo resultado danoso²³⁷ e o uso efetivo da capacidade cognitiva de atenção e de exercício consciente do dever de cuidado de cada parte pouco importa para a avaliação da responsabilização dessas pessoas. Motorista e pedestre terão suas condutas julgadas como se estivessem, ou devessem estar, totalmente atentas aos aspectos que estão no âmbito de seus deveres de cuidado.

Poderia ser argumentado que, não obstante a não utilização efetiva da atenção e da consciência aos deveres de cuidado e parâmetros de conduta da situação, as pessoas envolvidas nesse acidente hipotético possuem igual capacidade para exercer essas

²³⁷ Esse é, inclusive, um bom exemplo de como a responsabilidade civil, na situação, é definida pelo dever de cuidado relevante e não por uma análise naturalística das causas do evento.

habilidades. Essa possibilidade de exercer as capacidades é que seria importante. Isso pode, entretanto, não ser verdade também. Uma das pessoas envolvidas, seja o pedestre ou seja o motorista, pode ser uma pessoa já em idade avançada, na qual suas capacidades cognitivas e reflexos já não funcionam como as capacidades mais apuradas de uma pessoa jovem, sem que possa ser considerada deficiente. Da mesma forma, independentemente da idade, a pessoa pode estar num momento de abalo emocional, tendo acabado de receber uma notícia ruim e, por isso, ter dificuldade em se concentrar em determinada atividade. Outro exemplo que podemos pensar é que uma das pessoas envolvidas pode estar com uma condição levemente incapacitante, como uma enxaqueca, um enjoo ou mesmo um ato de espirrar pode involuntariamente impedir ou reduzir, no caso específico, a possibilidade de exercício das capacidades relevantes.

Em nenhum desses casos, entretanto, o agente causador dos danos é irresponsabilizado ante as consequências de sua situação. Ripstein afirma que os parâmetros de cuidado na responsabilidade civil subjetiva não são informados pelo estado mental do agente responsabilizável, mas apenas pelos aspectos externos do comportamento.²³⁸ Dessa forma, avaliar se alguém está expondo outros a riscos não diz respeito a avaliar se alguém está prestando atenção ao que faz ou se consegue, a partir de suas habilidades individuais, evitar os riscos relevantes. Se uma determinada pessoa possuir dificuldades de exercer os cuidados razoáveis em uma situação qualquer não seria, para o direito, mais relevante que o fato dessa mesma pessoa não possuir condições de pagar suas dívidas, as quais não deixarão de ser devidas.²³⁹ Em ambos os casos, é difícil justificar *porque os custos das dificuldades dessa determinada pessoa devem ser transferidos e suportados para a outra com a qual ela interage*.²⁴⁰

Dessa forma, pode-se afirmar que os parâmetros de cuidado definidos conforme a pessoa razoável são concernentes à avaliação da *demonstração* de cuidado com os interesses das demais pessoas independentemente das intenções e das capacidades/habilidades subjetivas da agente. A pessoa considerada cuidadosa pode o ser independentemente de se esforçar para isso, enquanto o descuidado pode o ser ainda que se empenhe muito para que nada de ruim aconteça, de modo que o padrão de cuidado se preocupa somente com a aparência de respeito aos interesses das demais.²⁴¹

²³⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 63.

²³⁹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 63.

²⁴⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 63.

²⁴¹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 74.

As intenções morais e o caráter da agente são igualmente irrelevantes para essa responsabilização. Há pessoas que intencionalmente (em dolo eventual) geram riscos para a segurança das demais e, talvez por habilidades elevadas, evitam danos e não são responsabilizadas. Por outro lado, há pessoas bem intencionadas e que se esforçam para observar seus deveres, mas são responsabilizadas quando acabam causando danos sem intenção. Se, do contrário, importasse para a responsabilidade civil a responsabilidade ou a culpabilidade moral, não faria sentido a limitação da responsabilização à análise do fato, de modo que seria apropriado investigar a vida moral da pessoa para a avaliação da responsabilização e mesmo para o cálculo da indenização.

Imagine a seguinte situação: um motorista pouco habilidoso, mas extremamente cuidadoso e preocupado com a observância das regras de trânsito, nunca tendo levado uma multa, sempre atento aos direitos das demais pessoas no tráfego urbano, acaba por, um dia, perder o controle de seu carro ao espirrar em razão de algum odor da via que lhe causa alergia. O carro invade a pista contrária, nessa situação, e atinge um carro causando ferimentos leves ao motorista atingido e destruindo seu carro. Nesse caso, quando é identificado o motorista atingido, verifica-se que é motorista recorrentemente imprudente, já tendo perdido a carteira por acúmulo de infrações, especialmente de excesso de velocidade e ultrapassagem perigosa em diversas ocasiões. Apesar de seu histórico, o motorista em questão nunca sofreu um acidente, até agora. Nessa situação, é justo atribuir todo o custo ao motorista de caráter moral elevado, fazendo-o pagar danos ao motorista que recorrentemente não respeita as regras de trânsito e eleva os riscos de acidentes? De acordo com a prática de responsabilidade civil e sua lógica corretiva, sim.

A partir dessas considerações, fica claro o que se quer dizer quando se afirma que o elemento subjetivo é incidental no regime de responsabilidade civil por culpa. As pessoas não agem o tempo todo calculando riscos e conscientemente pensando em padrões de conduta e deveres. Isso é feito incidentalmente de modo que, para qualquer pessoa, *há um elemento de sorte ligado ao cumprimento ou não dos deveres de cuidado esperados*. Uma pessoa habituada a comportamentos de menor risco está, conseqüentemente, menos sujeita a ser responsabilizada, não por ser habilidosa e capaz ou por estar constantemente atenta aos cuidados necessários e nem por ser uma boa pessoa em termos morais.

Esses exemplos demonstram como há, no regime de responsabilidade civil tal qual justificado por Ripstein e, em geral, na prática, um elemento inerente de aleatoriedade e

sorte.²⁴² Nesse contexto, pelo menos no que tange a incidentes culposos, sem qualquer resquício de dolo, a responsabilidade civil acaba por ter de tratar de uma questão relevante que surge desses efeitos do azar: quem deve arcar com seus custos? Nas palavras de Ripstein:

Desse jeito, a responsabilização civil por culpa inclui um elemento inevitável de sorte. Tal forma de responsabilização é, neste sentido, significativamente diferente de muitas concepções plausíveis de culpabilidade, as quais pressupõem que a qualidade moral de uma ação deriva da vontade do agente ou, talvez, do caráter do agente perceptível nessa ação. A razão dessa diferença não é devida a uma suposta amoralidade ou arbitrariedade da responsabilidade civil por culpa, mas a uma pergunta específica que ela enfrenta a respeito de cada dano indesejado: o prejuízo resultante é problema de quem? Os danos que se caracterizam como a problemática central da responsabilização civil por culpa são problemas que ninguém desejou que acontecessem e que são resultados que, necessariamente, envolvem algum tipo de azar. Nós podemos, assim, reformular a questão central da responsabilidade civil por culpa como uma questão acerca da atribuição da má-sorte envolvida na verificação de um dano não intencional. Para responder a essa pergunta, não é necessária nenhuma avaliação a respeito da vontade moral ou do caráter do agente, sendo demandada apenas uma avaliação sobre suas ações objetivamente consideradas.²⁴³

Desse modo, ante o inevitável elemento de chance e a necessidade de lidar com danos indesejados a partir da noção de atribuição de riscos desenvolvida por Ripstein, o autor entende que, nessa forma de organização, a culpa deve ser objetiva em um sentido

²⁴² RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 73.; Peter Cane traz dados interessantes levantados nos EUA, mas que demonstram, em geral, o papel da sorte na responsabilidade civil tal qual aqui aventado, ignorando-se fatores de culpabilidade moral: “A piece of momentary thoughtlessness on the road may cost someone their life and cause great loss to their family; but similar acts of thoughtlessness may be committed by scores of others every day with only minor or even no adverse consequences. It has been estimated that for every accident on the roads there are 122 near misses, and a US study found in a test under normal driving conditions in Washington, DC that even ‘good’ drivers committed an average of nine driving errors of four different types in every five minutes. Yet in this country, in 2004 only about two car drivers in every 1,000 were injured in road accidents, and most road accidents cause only minor property damage. **Thus, it seems that whether an act of negligence ends up in the accident statistics or as a near miss, and whether it causes much, little or no harm, are largely matters of chance, outside the control of the person at fault.** They would certainly appear to have little correlation with the defendant’s culpability.” CANE, Peter. *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*. 7ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 175-176. (grifo meu)

²⁴³ Tradução livre de: “In this respect, negligence liability includes an unavoidable element of chance. As such it is importantly different from many plausible conceptions of blameworthiness, which suppose that the moral quality of an act derives from the agent’s will, or perhaps the agent’s character that it expresses. The reason is not that tort liability is amoral and arbitrary, but because it asks a specific question about each unwanted injury: Whose problem is it? The injuries that are the main province of tort law are things that nobody wanted to happen, and as a result, there is necessarily an element of luck involved. We can thus restate the question of liability with a question about whose bad luck an injury is. In answering that question, no inquiry into the agent’s will or character is necessary, only one into his or her deeds.” (RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 73.)

forte, no qual não se afasta a responsabilização pelo fato da pessoa ter se esforçado ao máximo de suas capacidades para não cometer o dano.²⁴⁴

Todos esses elementos tratados neste subtópico demonstram que, nessa compreensão da responsabilidade civil subjetiva, a responsabilização da PCD não se diferencia, em larga medida, da forma como são responsabilizadas as demais pessoas por negligência e imprudência. Neste caso, há razões para acreditarmos que não é injusta a responsabilização subjetiva das PCDs, ao menos não injusta em relação ao transtorno mental que possuem. A única forma, neste arranjo, de não se responsabilizar alguém, é a consideração dessa pessoa, em todos os aspectos relevantes, como uma não-agente, como mero objeto ou como evento da natureza, o que dificilmente corresponde à realidade.

Ademais, nessa situação localizada de justiça corretiva, deixar de responsabilizar a PCD significa, sem justificativas, fazer com que a vítima arque com os custos das atividades da agente, tratando-a como menos igual que a PCD.²⁴⁵ Nesse caso, responsabilizar a PCD pelos riscos a ela atribuídos em sua ação, garantindo a proteção tanto para a sua liberdade quanto para a segurança daquelas que com ela interagem, é a única forma de tratar as partes como iguais.²⁴⁶

Não se trata de reconhecer culpa da PCD em um sentido moral. Trata-se de, em uma sociedade de pessoas livres que interagem entre si, realizar uma adequada atribuição dos riscos envolvidos, de modo que aqueles que possuem liberdade para realizar suas atividades conforme suas escolhas pessoais, devem ser responsabilizados pelos riscos não razoáveis que criarem. Como esses riscos gerados afetam, além da agente, outras pessoas inocentes, que estão também realizando suas atividades conforme suas escolhas e propósitos, *o nível de cuidado exigido na realização de uma atividade não é proporcional às habilidades da pessoa que realiza essa atividade, mas aos interesses legítimos e protegidos das demais pessoas*. Do contrário, se o nível de cuidado exigido fosse avaliado conforme as capacidades de cada um, a segurança das demais seria dependente, nas palavras de Ripstein, de quem são seus vizinhos.²⁴⁷

Por outro lado, considerado o elemento da sorte, o fato de, muitas vezes, a PCD não conseguir, em determinada atividade, atingir os padrões de cuidado esperados não significa que ela será sempre responsabilizada. Esse resultado depende da verificação de

²⁴⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 84.

²⁴⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 85.

²⁴⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 85.

²⁴⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 86.

danos e, a depender das circunstâncias, das ações da pessoa com quem ela interage. Mais do que isso, ainda que a PCD não tenha condições de, por exemplo, tomar os cuidados necessários e esperados para uma motorista, o exercício das capacidades necessárias para a responsabilização, na visão de Ripstein, não se verifica apenas em relação a esse momento da realização da atividade em si.²⁴⁸ São capacidades exercidas, inclusive, na própria escolha das atividades que serão realizadas, da forma como serão e *com quais apoios / suportes* serão.

Esse largo papel da sorte na responsabilidade civil subjetiva é, certamente, indicativo da possível injustiça desse arranjo e motivo para críticas contundentes ao instituto da responsabilização civil subjetiva (e objetiva) em si.²⁴⁹ No entanto, se considerarmos que, estabelecido um regime desse tipo, os efeitos da sorte serão não tão maiores sobre as PCDs do que sobre as demais pessoas, fazendo com que a deficiência que envolva transtorno mental não seja elemento de desvantagem em si, justifica-se a submissão das PCDs a esse regime pelo menos em igualdade às demais pessoas, *de modo que se o sistema é justo ou injusto é um juízo que valeria para todas as pessoas indistintamente, não o sendo mais ou menos injusto em razão da deficiência.*

3.2.3. Previsibilidade

Essas conclusões a partir da adequada compreensão das características de um parâmetro objetivo de cuidado ajudam a compreender, igualmente, a irrelevância de aspectos subjetivos ligados à noção de previsibilidade que comumente são trabalhados no âmbito da responsabilidade subjetiva. Diferentemente do que, em geral, se pode imaginar, que as pessoas devem ser responsabilizadas apenas por aquilo que fosse *possível* prever como consequência de suas ações, Ripstein defende que é necessária uma avaliação, mais uma vez, normativa da questão. Afinal, a previsibilidade faz parte dos parâmetros esperados de conduta, de forma que sua avaliação não irá, em linhas gerais, se diferenciar significativamente daquela que tem sido feita até este ponto.

Não raramente, as pessoas são condenadas por negligência sem que houvessem, no caso concreto, previsto os resultados. Essa ausência de previsibilidade pode ter se dado

²⁴⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 87.

²⁴⁹ Neste sentido: WALDRON, Jeremy. Moments of Carelessness and Massive Loss. In: OWEN, David (Ed.). *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 387-408. ATIYAH, P. S. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

por diversos fatores: a agente poderia não ter as habilidades / capacidades que eram necessárias para prever o resultado de sua ação, poderia não ter o conhecimento necessário, pode não ter tido o tempo necessário para refletir sobre essas consequências, bem como pode simplesmente não ter tido acesso às informações necessárias para prevê-las. Com a exceção, talvez, da última hipótese, nenhuma das outras impediria que essa pessoa respondesse por eventuais danos resultados para terceiros a partir de sua violação dos deveres relevantes de conduta.

Ripstein argumenta que termos justos de interação dependem de publicidade no sentido de ser possível identificar quais são os interesses legítimos das demais pessoas que devem ser respeitados,²⁵⁰ uma vez que somente é possível moderarmos nosso comportamento à luz dos interesses de terceiros se for possível sabermos quais interesses devem ser levados em consideração.²⁵¹

Não faz sentido, a partir desse critério, imaginar e tentar avaliar se determinada consequência específica era previsível ou não, bastando a avaliação se era possível prever, por exemplo, algum tipo de risco para a integridade física ou para o patrimônio da pessoa com a qual se interage. Pode-se imaginar, nesse sentido, um jogo de futebol em um campinho afastado de locais mais movimentados, onde é pouco previsível que uma bola chutada mais forte acerte algum transeunte de forma a causar danos graves. Um dia, entretanto, uma bola chutada com vigor por jogador de grande força física erra o gol e acaba por acertar uma criança na cabeça, causando lesões graves e risco de morte. A criança, nessa situação, talvez não deveria estar onde estava (logo atrás das traves) e, dessa forma, pode-se considerar que não era previsível da parte do jogador que seu chute, praticado inúmeras vezes todos os finais de semana há anos, iria lesar de forma grave assim uma criança. De toda forma, ao praticar um ato de chutar bolas com tal força sem que exista uma proteção como uma tela em volta do campo ou algo parecido, poderia ser considerado previsível, dados os interesses das demais pessoas em segurança, que um chute desses pode lesar alguém, ainda que se trate de uma área de menor movimento. Não é necessário que mais seja previsto, não são necessárias avaliações cognitivas complexas e nem uma atenção a todo tempo sobre os transeuntes em volta do campo para que o jogador avalie seus chutes conforme essas circunstâncias externas ao jogo. Basta saber que em uma atividade em que se lançam objetos com certa força em áreas não controladas

²⁵⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 105.

²⁵¹ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 105.

e de movimento público, há uma possibilidade de que alguém se machuque, havendo interesses em segurança a serem respeitados, independentemente da previsibilidade da exata consequência verificada. Esse exemplo, inclusive, serve também para a reflexão anterior sobre a desnecessidade da culpabilidade moral do autor do dano para que incorra em responsabilização civil.

Dessa forma, do mesmo modo que uma conduta razoável não depende do fato de que uma pessoa tenha efetivamente exercido capacidades cognitivas de avaliação, raciocínio, atenção à forma de execução das tarefas, etc., a noção de previsibilidade, aqui, não depende da efetiva previsão por parte da agente.²⁵² O que se deve avaliar é o que seria adequado prever na situação, considerados os interesses protegidos daqueles com quem interajo, dando expressão tanto à noção de que as pessoas devem moderar seu comportamento, quanto à noção de que a liberdade depende da publicidade, no sentido de que as pessoas devem poder agir sem medo de consequências legais:

Uma outra forma de colocar o mesmo ponto é dizer que termos justos de interação demandam publicidade. Isso é, agentes precisam ter condições de saber quais ações podem ser realizadas sem que seja preciso temer as sanções legais e, mais especificamente, quais interesses das demais pessoas devem ser levados em consideração. A limitação da responsabilidade civil a prejuízos previsíveis é, dessa forma, uma expressão da ideia de que as pessoas devem ter condições de conhecer os seus próprios direitos e os direitos das demais pessoas. É demandada uma previsibilidade *razoável* em vez de uma previsibilidade factual porque aquela é pública no sentido relevante, isso é, acessível, em tese, tanto àqueles que podem causar danos quanto àqueles que podem ser lesados.²⁵³

3.2.4. Novamente as capacidades mínimas

Essa questão da previsibilidade, entretanto, mesmo a partir dessa interpretação normativa, pode despertar em algumas pessoas a intuição de que alguma capacidade cognitiva relevante deve ser colocada como fundamento da responsabilização. Mais do que isso, ela revela, em uma capacidade específica, o incômodo surgido quando da discussão a respeito do parâmetro objetivo de conduta, de que a moderação do

²⁵² RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 106.

²⁵³ Tradução livre de: “The other way of putting the same point is to say that fair terms of interaction require publicity. That is, agents need to be able to know which actions can be performed without fear of legal sanction, and, more to the point, the interests of others of which they must take account. The limitation of liability to foreseeable injuries is an expression of the idea that people must be in a position to know their rights and the rights of others. *Reasonable* foreseeability is required rather than actual foresight because it is public in the right way, that is, accessible in principle both to those who might injure others and those who might be injured by them.” (RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 95.)

comportamento envolve, no mínimo, uma capacidade cognitiva de avaliar possíveis consequências futuras de atos quaisquer.

O próprio Ripstein acaba tendo dificuldade para lidar com o tema, indicando que seria sim necessária uma capacidade mínima. Ele afirma que, apesar de ser irrelevante o fato de a pessoa ter podido prever determinada consequência no momento do ato danoso, seria relevante que a pessoa tivesse uma capacidade geral de previsão em um grau suficiente para realizar seus projetos de vida, ainda que essa capacidade seja abaixo da média das demais pessoas.²⁵⁴ Nesse cenário, Ripstein lança mão da noção da previsibilidade enquanto “propriedade de alcance” (*range property*), no sentido de que não se trata de uma qualidade que seja avaliada como existente ou não existente, mas uma qualidade que se identifique dentro de uma larga margem de possibilidade. O autor faz a exemplificação gráfica das possibilidades como possivelmente representadas por pontos dentro de um círculo, onde todos os pontos, mais ou menos próximos ao centro, estariam, igualmente, dentro do círculo. Neste sentido, Ripstein afirma que, desde que a capacidade da agente esteja situada no alcance dessas capacidades humanas ordinárias, ela possuiria o requisito necessário para ser responsabilizada conforme a lógica proposta.²⁵⁵

O primeiro problema dessa noção de *range capacity* é que, apesar dela não ser, em geral, uma questão de sim ou não, ela envolve um patamar mínimo fixo, dando margem à questão: quando considerar que as pessoas estão ou não dentro do círculo?

A oposição a essa questão da definição de um patamar mínimo de capacidades, como visto no primeiro capítulo, é cara à comunidade das PCDs, sendo interpretado este tipo de patamar como uma característica de exclusão das teorias das capacidades no direito. Sabe-se que, na prática, havendo dúvida, acaba-se por excluir a pessoa do alcance das capacidades mínimas exigidas. Essas dificuldades de avaliação são, em geral, de difícil superação, mesmo com os avanços no campo das técnicas desenvolvidas para tanto.

Como também visto no primeiro capítulo, a resposta a esse problema é a capacidade legal universal e o sistema de suportes. Deve-se considerar todo ser humano igualmente capaz na ordem jurídica e, se houver diferença que cause desigualdade

²⁵⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 107.

²⁵⁵ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 107.

relevante, deve-se buscar a construção de suportes que viabilizem a redução dessas desigualdades a patamares razoáveis.

Essa influência de questões ambientais na verificação das capacidades relevantes é reconhecida, de certa forma, pelo próprio Ripstein. O autor observa que, sobre essa questão das capacidades exigidas, para alguém ser considerado capaz conforme as qualidades de alcance mínimas necessárias deve-se ter acesso adequado a recursos e oportunidades.²⁵⁶

Neste sentido, nada impede a avaliação de que mesmo as capacidades aparentemente cognitivas, como a previsibilidade, sejam trabalhadas a partir da noção de suportes. Esses suportes, lembrando, não se confundem com um regime de auxílio simples de uma ou mais pessoas, como curadores ou cuidadores. Claro que essas pessoas fazem parte de um adequado regime de suportes, mas um Estado que investe em educação social para lidar com a diversidade, em ensino plural e não excludente das PCDs, em pesquisas e desenvolvimento do conhecimento sobre o assunto e sua divulgação, tudo isso ajuda na construção de uma sociedade mais inclusiva para as PCDs, permitindo, dessa forma, que os ambientes, inclusive as atitudes das pessoas, estejam mais abertas à convivência com alguém que, em geral, possui maior dificuldade em moderar seu comportamento sem o auxílio de outras pessoas. Essa questão será importante para análise, no capítulo seguinte, sobre os elementos da responsabilidade civil, seus critérios e regras internas de atribuição e de apreciação da conduta das partes e das demais circunstâncias envolvidas na situação de correção.

Além disso, é importante perceber que, muitas vezes, essas capacidades não são específicas e não envolvem uma possibilidade de, de fato, conforme elementos subjetivos, ter agido de outra forma. Como comentado anteriormente, na maior parte das vezes a compreensão do dever de cuidado relevante parte da noção simples de que há a possibilidade de alguém se machucar ou de que algum patrimônio pode ser lesado. Neste sentido, é incorreto imaginar que são necessárias capacidades cognitivas elevadas para a responsabilização. Uma PCD, mesmo com comprometimento cognitivo grave, pode, com o auxílio de seus cuidadores e por capacidades emocionais, empáticas e relacionais, compreender que determinado comportamento seu pode prejudicar as pessoas a sua volta. Mais, ainda que se questione se há essa compreensão por parte daquela pessoa, basta, para fins de responsabilização e para uma análise objetiva no direito tal qual propugnada,

²⁵⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 107.

que exista, por meio dos suportes necessários, ações que reflitam essa compreensão concreta.

É válido um exemplo para indicar como pode ser avaliada essa capacidade inespecífica. Uma pessoa com algum grau de transtorno mental que lhe impeça uma compreensão adequada da realidade, como alguma pessoa em momento de crise esquizofrênica, exerce adequadamente suas capacidades cognitivas quando decide agredir alguém com algum objeto que esteja ao seu alcance. Ela, quando especificamente pega um objeto e o lança em direção a outra pessoa, age para provocar alguma lesão física direta, sem se preocupar com a gravidade dessa lesão. Se os motivos pelos quais ela fez isso são questionáveis e podem ser, até certo ponto, atribuídos à sua compreensão inadequada da realidade ao seu redor, isso não muda o fato de que ela intencional e sabidamente, lesou a integridade física de alguém. Neste sentido, não se mostra fora do espectro da responsabilização subjetiva essa atitude, ainda que exercida por pessoa com uma ou mais capacidades reduzidas.

Enfim, é importante lembrar que não só o atendimento a parâmetros específicos de uma ação conta enquanto moderação do comportamento. A própria escolha das atividades, sua forma de execução e seus suportes, contam, de modo que pode não ser possível um auxílio específico para determinada atividade, como para se dirigir um carro, mas pode haver auxílio na escolha dessas atividades, como a opção por não dirigir, respeitados os gostos e preferências da PCD.

A significação das capacidades cognitivas no arranjo de responsabilização civil subjetiva é, assim, reduzida, especialmente quando considerada a noção de capacidade legal universal. O que interessa, aqui, é a consideração jurídica da pessoa como igual na ordem política e social para a adequada avaliação das consequências, muitas vezes totalmente indesejadas, advindas das interações com as demais pessoas. Não está em jogo uma avaliação, moral ou não, das atitudes isoladas dessa determinada pessoa. O que está em jogo é a proteção a direitos e interesses legítimos ao mesmo tempo em que se cria condições e critérios para que as pessoas possam dispor livremente de seus patrimônios sem que isso implique, a todo momento, na necessidade de reavaliação total da justiça da distribuição desses bens.

Desta forma, quando se fala em capacidades relevantes para a responsabilização, está a se falar das condições para uma interação justa e equânime, das capacidades que

são necessárias para que as pessoas possam interagir entre si,²⁵⁷ pouco importando a análise metafísica a respeito da independência da ação em relação à cadeia causal natural, se era possível àquela pessoa ter, de forma fática, agido de outra forma, se as ações praticadas podem ser moralmente atribuíveis àquela agente, ou qualquer outra questão do tipo que possa vir à mente. Em outras palavras, o direito, em um Estado de constituição política liberal igualitária, tem interesse em questões de responsabilização e de previsibilidade pelo significado que esses conceitos possuem em um mundo social, nos quais as pessoas interagem em situação de igualdade e em termos de reciprocidade.²⁵⁸

Vale registrar, por fim, que uma relação justa e equânime não pode se iniciar a partir do não reconhecimento da ação de uma determinada pessoa, relegando-a a posição de objeto e submetendo-a, a todo tempo, a algum tipo de paternalismo. Neste sentido, a capacidade legal universal, mais uma vez, coloca-se como o regime ideal para que essas pessoas sejam integradas na comunidade jurídica para que, então, possam lutar pelo reconhecimento de suas diferenças e pelos suportes que lhes devem ser garantidos.

3.3. A PESSOA RAZOÁVEL: CRÍTICAS E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS

Se de alguma forma é convincente a justificativa da responsabilização da PCD a partir da construção de Ripstein, essa convicção é colocada em dúvida em razão dela se escorar largamente na noção da avaliação de razoabilidade a partir da figura da pessoa razoável. Essa forma de avaliação de conduta tem sido sistematicamente objeto de críticas contundentes, tendo sido atacada como concepção pouco representativa da realidade, como excludente (principalmente em suas formulações de homem razoável ou bom pai de família) e como veículo da dominação e do exercício de poder de classes dominantes.

No entanto, em um sistema de responsabilização individual, existe um instrumento melhor que a pessoa razoável para realizar uma avaliação justa e igualitária das condutas das pessoas em interação social? Mayo Moran enfrenta essa questão no âmbito do *common law* identificando que, apesar de seus riscos e seus defeitos, os quais deve-se devem ser enfrentados e corrigidos, o parâmetro de conduta da pessoa razoável ainda possui uma dimensão de igualdade que pode ser importante. Essa dimensão de igualdade pode ser fundamental, inclusive, para a proteção da segurança e da liberdade

²⁵⁷ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 105.

²⁵⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Ibidem*, p. 106.

de grupos minoritários que, em uma avaliação inicial, podem ser prejudicados pela adoção de um parâmetro invariável de conduta.

No ponto de partida de sua análise, Moran entende que é injusta a responsabilização da PCD por um parâmetro invariável de conduta, aplicável a todos sem distinção. Essa injustiça seria ainda mais grave no âmbito do *common law*, tradição jurídica na qual a jurisprudência construiu, ao longo dos anos, parâmetros objetivos específicos para crianças e para pessoas com deficiências físicas ou visuais.²⁵⁹

Moran coloca de forma simples e direta o problema aparente da injustiça na responsabilização subjetiva da PCD, questionando sobre qual seria a justificativa para que uma pessoa que possui limitações genuínas em sua inteligência seja responsabilizada por um infortúnio num sistema que o faz por uma noção de culpa. Analisando diversos argumentos, alguns deles já trabalhados nessa tese, a autora entende que não há justificativa razoável para a responsabilização da PCD por conduta culposa.²⁶⁰ Ela

²⁵⁹ O tratamento diferenciado dado para as PCDs que envolva transtorno mental em relação às PCDs que envolva disfunção ou lesão física e às crianças é central no debate do *common law*. Isso porque, no contexto em questão, passa a ser fundamental justificar o porquê há um padrão objetivo ajustado para esses grupos e o porquê não o há para o caso das PCDs que envolva transtorno mental. A existência, porém, desses parâmetros ajustados para crianças e pessoas com deficiências físicas (inclusive visuais) não é uma simples aplicação de um parâmetro diferente para quaisquer PCDs ou criança em quaisquer situações, envolvendo uma longa história jurisprudencial que diferencia, por exemplo, no caso das crianças a aplicação do parâmetro objetivo para elas quando estiverem em atividades típicas de crianças, porém não no caso de estarem realizando atividades típicas de adultos (como dirigir). Ainda a título de exemplo, no caso das PCDs físicas a aplicação de um parâmetro objetivo também é cercada de critérios e de avaliações, inclusive, acerca da previsibilidade da possibilidade de se perceber a deficiência, entre outras questões relevantes, existindo diversos argumentos considerando estas diferenças para poder justificar o tratamento distinto dado a esses grupos. Para melhor compreender o assunto e esse histórico jurisprudencial ver: KELLEY, Patrick. *Infancy, insanity, and infirmity in the law of torts. The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 48, p. 179-252, 2003; MORRIS, Grant H. *Requiring Sound Judgments of Unsound Minds: Tort Liability and the Limits of Therapeutic Jurisprudence. SMU Law Review*. Vol. 47, p. 1837-1860, 1994; GOLDSTEIN, Elizabeth J. *Asking the Impossible: The Negligence Liability of the Mentally Ill. Journal of Contemporary Health Law and Policy*. Vol. 12, p. 67-92, 1995; BEST, Eli K. *Atypical Actors and Tort Law's Expressive Function. Marquette Law Review*. Vol. 96, p. 461-515, 2012; e JACOBI, John V. *Fakers, Nuts, and Federalism: Common Law in the Shadow of the ADA. U.C. Davis Law Review*. Vol. 33, p. 95, 1999. Para uma visão crítica sobre o tema, inclusive mostrando como os padrões ajustados, principalmente em relação às crianças, são arbitrários e privilegiam determinados grupos de crianças, ver: MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. Para a história no que diz respeito ao tratamento jurisprudencial especificamente das pessoas com deficiências que envolvam disfunção ou lesão física, ver: tenBROEK, Jacobus. *The Right to Live in the World: The Disabled in the Law of Torts. California Law Review*. Vol. 54, n. 2, May, p. 841-919, 1966; MILANI, Adam A. *Living the World: A New Look at the Disabled in the Law of Torts. Catholic University Law Review*. Vol. 48, p. 323-417, 1999; e ROTHSTEIN, Laura. *Disability Discrimination Statutes or Tort Law: Which Provides the Best Means to Ensure an Accessible Environment? Ohio State Law Journal*. Vol. 75, n. 6, p. 1263-1313, 2014.

²⁶⁰ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 40.

conclui, neste sentido, que a responsabilização da PCD em regime subjetivo é incoerente e que o fato de o Direito não dispensar às PCDs um tratamento que se atente para suas peculiaridades seria revelador da situação de exclusão dessas pessoas em nossa sociedade.²⁶¹

Essa exclusão operaria, principalmente, pela percepção da PCD enquanto elemento de anormalidade em nossa sociedade. Se um parâmetro objetivo de conduta busca justamente ignorar as peculiaridades de condutas individuais para encontrar um ponto razoável que se pode exigir observância de todas as pessoas, é sintomático que não exista preocupação, na definição desse ponto, com as capacidades de um largo grupo de pessoas. Dessa forma, se as capacidades das PCDs enquanto grupo não são reconhecidas na definição daquilo que é razoável, sem que isso influencie nas condições e circunstâncias de sua responsabilização, é importante entender o porque isso acontece e justificar essa aplicação a elas de um padrão que, muitas vezes, lhes é inalcançável. Para Moran, essa justificativa não é possível de ser feita.

Esse caráter excludente seria ainda mais evidente quando se percebe que a definição daquilo que é razoável é, em geral, confundido com a identificação daquilo que é normal, natural ou ordinário. Essa confusão do razoável com o normal é, conforme identifica Moran, fonte dos principais problemas dessa noção enquanto pretensa promotora de igualdade. No Brasil, inclusive, esse parâmetro é historicamente expresso com a utilização da palavra ‘médio’ como adjetivo do homem hipotético, demonstrando ainda mais a proximidade entre o que se considera razoável e aquilo que seria simplesmente normal e costumeiro.

Essa identificação do razoável com o normal, primeiramente, tem a desvantagem de colocar tudo que está fora dessa noção como anormal, diferente, possivelmente anômalo. Neste sentido, inclusive, não é rara, no direito anglo-saxão, a afirmação de que a adoção de um parâmetro objetivo de conduta significa justamente o sacrifício de *idiosincrasias individuais* pelo bem-estar geral.²⁶² Essa noção de sacrifício de peculiaridades, no caso das PCDs, cujas deficiências não são voluntárias, leva a uma situação que fugiria à lógica aparente da reponsabilidade civil: essas pessoas acabam sendo responsabilizadas não pelos erros decorrentes de suas escolhas, mas pelas suas desvantagens “naturais”.

²⁶¹ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 41.

²⁶² MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 134/135.

Além disso, existiria, na concepção do parâmetro objetivo de conduta, uma pretensão de objetividade no sentido justamente de neutralidade, de que sua avaliação deveria refletir uma realidade que fosse a mesma para todas as pessoas, considerando fatos externos às subjetividades relativizantes.²⁶³ No entanto, essa neutralidade de um parâmetro objetivo seria falsa no caso de se identificar o razoável com o normal. O ordinário é carregado de juízos que refletem os valores predominantes no meio social, inclusive aqueles que subjazem às desigualdades, perpetuando esses valores e as relações de opressão existentes entre grupos dominantes e minorias.²⁶⁴ Especificamente sobre as PCDs, é certo que a retórica do normal, do natural ou do ordinário reflete uma longa história de exclusão.

Dessa forma, perpetuando desigualdades entranhadas na sociedade, a noção de pessoa razoável gera problemas graves para um objetivo maior de garantir justamente a igualdade formal que deveria ser por ela promovida.

É importante, antes de seguir nas soluções propostas pela autora, indicar que essa impossibilidade de justificativa indicada como óbvia está relacionada a uma assunção teórica controversa adotada pela autora. Para ela, a responsabilidade civil subjetiva e seu parâmetro objetivo estariam ligados centralmente à noção de evitabilidade enquanto uma possibilidade do agente ter evitado o resultado danoso.²⁶⁵ O princípio da igualdade, nesse caso, exigiria que fosse demonstrado em que medida a culpabilidade das pessoas com e sem deficiências seria equivalente em termos de evitabilidade, demonstração que seria inviável para grande parte dos casos.²⁶⁶

Fica claro já aqui que Moran possui compreensões muito distintas das de Ripstein acerca das características do regime de responsabilidade civil e de suas condições e critérios de responsabilização. Apesar dessas diferenças, de toda forma, Moran traz importantes percepções a respeito do critério objetivo de conduta que justificam continuar em sua exposição.

²⁶³ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 143.

²⁶⁴ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 144/148.

²⁶⁵ Moran primeiro cita a o requisito da evitabilidade conforme proposto por O.W. Holmes para refutar a defesa feita por Coleman do padrão objetivo de conduta mesmo para pessoas com impossibilidade de exercer essa capacidade (MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 19 e ss.). Esse requisito é, então, assumido como central à noção de culpa na responsabilidade civil ao longo de todo o restante da tese da autora.

²⁶⁶ MORAN, *Ibidem*, p. 174.

Considerados, assim, os problemas graves existentes na utilização de um parâmetro objetivo invariável para a responsabilização das PCDs, como resolver esse problema? *A solução seria simplesmente abandonar o parâmetro objetivo de conduta?* Acredita-se que *não*.

Por mais que existam críticas contundentes ao parâmetro objetivo de conduta, o simples recurso a um parâmetro subjetivo talvez possa ser ainda mais prejudicial do que o problema que se busca resolver. Estudos feministas analisados por Moran argumentam que se, por um lado, um parâmetro subjetivo poderia beneficiar pessoas que não se encaixam nas noções do homem normal e ordinário, como as PCDs e as mulheres,²⁶⁷ por outro lado a atenção às condições subjetivas do agente no momento da ação danosa pode gerar a não responsabilização de agentes que possuem culpa por determinados resultados.

Moran argumenta que, ao dar relevo à realidade social dos agentes, um parâmetro subjetivo acaba por dar relevo, igualmente, aos problemas dessa realidade social.²⁶⁸ Assim, as desigualdades podem se perpetuar de modo irremediável em um parâmetro subjetivo, aumentando a diferença entre grupos já marginalizados.²⁶⁹ O exemplo mais contundente de como esse efeito indesejado de um parâmetro subjetivo poderia operar vem de casos de estupro. Nesses casos, onde a violência se configura pela ausência de consentimento para o ato sexual, os agentes acusados podem se defender, sob um parâmetro subjetivo, com a alegação de que compreenderam, na ocasião do fato, ainda que erroneamente, que havia consentimento por parte da vítima.²⁷⁰ Sob a análise de um parâmetro objetivo, este “erro” por parte do agente deveria ser um erro razoável, mas sob um parâmetro subjetivo, *basta que ele demonstre que errou honestamente*.²⁷¹

Em uma sociedade machista, a utilização de um parâmetro objetivo já é problemática, especialmente se ele for confundido com as práticas que sejam consideradas normais ou ordinárias. Apesar desse risco, *um parâmetro objetivo permitiria a discussão a partir de uma abordagem normativa*, que focasse na construção do ideal de conduta, independentemente das condições efetivas do agente. Por outro lado, se se adota um parâmetro subjetivo, perde-se esse possível, pelo menos em teoria, suporte normativo e o julgamento da demanda passa a ser somente uma questão de credibilidade

²⁶⁷ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 210.

²⁶⁸ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 211.

²⁶⁹ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 211.

²⁷⁰ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 214.

²⁷¹ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 214.

das alegações da vítima ou do agente.²⁷² No caso do estupro, por exemplo, o agente, em vista de um parâmetro subjetivo, ganha força ao recorrer a estereótipos discriminadores quanto a mulheres em geral e, especificamente, a eventual histórico sobre a vítima, dando credibilidade a suas alegações de erro.²⁷³ Dessa forma, essa abertura para que o agente argua um erro honesto sobre consentimento resultaria em decisões judiciais que restringiriam ainda mais a segurança de mulheres, aprofundariam as desigualdades presentes no âmbito social e validariam as perspectivas discriminatórias sobre o comportamento feminino.²⁷⁴

Esse exemplo pode ser facilmente reconhecível em outros casos onde comportamentos discriminatórios em relação a minorias tentam ser justificados como erros honestos. Recentemente, no Brasil, um militar matou um vizinho negro alegando tê-lo confundido com um bandido que estaria sacando uma arma, quando o vizinho, na verdade, estava apenas retirando suas chaves de uma mochila.²⁷⁵ Nesse caso, assim como no exemplo do estupro, permitir o recurso a um parâmetro subjetivo de conduta permitira tão somente reforçar um estereótipo racista, viabilizando que a defesa do militar construía a imagem do vizinho assassinado como uma imagem que socialmente seria aquela do bandido. Outro caso recente, dessa vez referente a situação de injúria racial, demonstra de forma concreta os prejuízos advindos da simples utilização de um parâmetro subjetivo. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais absolveu dois torcedores de futebol que, em meio a uma confusão na torcida, proferiram ofensas racistas aos seguranças que trabalhavam no estádio. Segundo consta das notícias divulgadas sobre o tema, o relator do processo argumentou que “[o]s acusados, a princípio, agiram revoltados, em uma crescente e justificável ira, eis que sob o efeito de gás de pimento e temendo por sua integridade física, fato este que, em alguma medida, foi provocado pela própria vítima”.²⁷⁶ Tal justificativa dada pelo desembargador só é válida, e mesmo assim de forma absolutamente questionável, enquanto um parâmetro subjetivo de conduta, não podendo ser tomada como uma expressão de comportamento razoável, mesmo em situações de ira e revolta. Nestes exemplos, é clara a preferência por análises normativas de razoabilidade.

²⁷² MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 231.

²⁷³ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 231.

²⁷⁴ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 215.

²⁷⁵ Ver em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/02/03/sargento-da-marinha-mata-vizinho-negro-no-rj-e-diz-que-o-confundiu-com-bandido.ghtml>.

²⁷⁶ Ver em: <https://ge.globo.com/futebol/times/atletico-mg/noticia/2022/07/28/justica-de-mg-absolve-torcedores-do-atletico-mg-acusados-de-injuria-racial-contra-seguranca-galo-consegue-indenizacao.ghtml>.

É claro que essa preferência por um parâmetro objetivo sobre um subjetivo deve ser tomada com desconfiança e cautela. Não é como se todos os problemas do parâmetro objetivo sumissem com a constatação dos problemas da perspectiva subjetivante. Neste sentido, Moran busca identificar qual o problema central do parâmetro subjetivo em relação à culpabilidade do agente, identificação essa que irá, posteriormente, levar à solução proposta pela autora.

O que se identifica, neste sentido, é que o parâmetro subjetivo deixa de responsabilizar indivíduos que poderiam tomar os cuidados esperados, no sentido de possuírem as habilidades necessárias, porém não o fizeram.²⁷⁷ As condutas, assim, denunciam um tipo de autopreferência, de definição unilateral dos parâmetros de conduta, onde os agentes agem apenas com vistas ao próprio interesse, deixando de tomar as cautelas necessárias para observar o interesse da pessoa com quem interage.²⁷⁸

Ante este problema central no qual o parâmetro subjetivo é contraindicado por não captar uma dimensão de culpabilidade, a solução proposta pela autora passa pela *correção de aspectos problemáticos do parâmetro objetivo*. O primeiro passo para essa correção seria a necessária identificação de dois elementos centrais nesse parâmetro, que seriam os elementos cognitivos e os elementos prudenciais.²⁷⁹ Enquanto os elementos cognitivos representariam aspectos relativos às capacidades do agente, os elementos prudenciais englobariam aspectos referentes ao cuidado com os interesses das demais pessoas.²⁸⁰ Essa diferenciação entre elementos cognitivos e prudenciais das pessoas seria, para a autora, central para a compreensão de como um parâmetro objetivo de conduta pode levar a juízos de culpabilidade, permitindo explicar, ao mesmo tempo, a injustiça da utilização do parâmetro objetivo em alguns casos e as vantagens de sua utilização em outros.²⁸¹

Para os aspectos cognitivos da ação, seria inadequada a utilização de um parâmetro de conduta invariável. Nesse caso, seria necessário atentar para as qualidades subjetivas da agente, especialmente considerado o requisito da evitabilidade.²⁸² Já para os aspectos prudenciais da ação, estipular-se-iam parâmetros objetivos, definindo os

²⁷⁷ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 223.

²⁷⁸ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 223.

²⁷⁹ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 234.

²⁸⁰ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 234.

²⁸¹ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 236.

²⁸² MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 237.

cuidados que a agente capaz deve ter, fazendo-o de forma impessoal e normativa, a partir de padrões invariáveis de conduta.²⁸³ Diferenciados esses elementos, seria feita justiça para com aqueles que não possuem capacidade suficiente para agir, assim como seria mantida a promessa de igualdade do parâmetro objetivo a partir da identificação adequada dos elementos normativos prudenciais que levariam à definição das condutas esperadas para os que atendam aos requisitos de ação.

Nessa solução, como fica óbvio, não se aplicam parâmetros objetivos se os danos forem causados por erros cognitivos. Esses parâmetros se aplicariam somente aos elementos prudenciais da ação. A explicação da autora é que a negligência só denunciaria culpabilidade quando houvesse certas condições de indiferença do agente aos interesses das demais pessoas. Nesse caso, seria possível dizer que a agente escolheu aceitar riscos não razoáveis ou falhou, por motivos não cognitivos, em perceber riscos óbvios.²⁸⁴

Mas como diferenciar essa negligência prudencial da incapacidade? Moran não deixa claro se há formas objetivas de se realizar essa distinção, argumentando, por exemplo, que na avaliação de uma conduta deve-se perguntar se a falha é tal que apenas um comportamento indiferente poderia explicá-la, sendo também importante avaliar o quanto óbvio era o risco e qual era a sua gravidade.²⁸⁵ Esses elementos não seriam, de toda forma, muito difíceis de serem provados e seriam tomados totalmente em desvantagem da vítima? Essa pergunta não é endereçada pela autora. Moran apenas indica que esses elementos identificáveis a partir da distinção entre aspectos cognitivos e prudenciais da ação, dizem respeito às razões pelas quais uma pessoa deixou exercer um dever de cuidado relevante, pois haveriam falhas inocentes e falhas culpáveis, a depender de suas razões.²⁸⁶ Neste sentido, o parâmetro objetivo contaria somente como elemento de igualdade moral, não criando, para a autora, uma irreal igualdade cognitiva.²⁸⁷ Somente essa diferenciação entre esses elementos da ação é que permitiria ao parâmetro objetivo corresponder à sua prometida promoção da igualdade sem que gerasse a imposição de responsabilidade sem culpa em determinadas situações.²⁸⁸

²⁸³ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 237.

²⁸⁴ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 243.

²⁸⁵ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 244.

²⁸⁶ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 244.

²⁸⁷ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 251.

²⁸⁸ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 252.

Outros elementos de correção do parâmetro objetivo de conduta, para além de sua aplicação exclusivamente em consideração a elementos prudenciais da ação, seriam as medidas para afastá-lo de noções de normalidade. Especialmente em jurisdições em que o poder judiciário possua formação pouco democrática e com baixa diversidade, reproduzindo dinâmicas opressoras da sociedade, não é uma boa ideia confiar os juízos de razoabilidade totalmente à discricionariedade judicial.²⁸⁹ Para diminuir essa discricionariedade, o primeiro elemento sugerido pela autora seria aquele de incluir na lei qualidades descritivas do que se espera do parâmetro objetivo de conduta, reduzindo a esfera de elaboração a partir de noções daquilo que seja ordinário ou normal.²⁹⁰ Um dos exemplos trazidos seria a definição de que a pessoa razoável deve estar ciente das barreiras existentes para as mulheres no ambiente de trabalho, evitando, assim, que a avaliação de razoabilidade use de elementos da normalidade da perspectiva masculina que não teria conhecimento ou percepção dessas dificuldades.²⁹¹

Além dessa possibilidade de fixar aspectos descritivos da pessoa razoável, a autora sugere que o recurso a textos constitucionais definidores de direitos fundamentais e normas de direitos humanos podem igualmente ajudar a captar os aspectos relevantes de razoabilidade que fujam da confusão com o normal e o ordinário.²⁹²

Enfim, a autora conclui que, a partir dessas correções, da diferenciação dos elementos cognitivos e prudenciais do parâmetro de conduta e de seu afastamento de avaliações de senso comum que o confundam com noções de normalidade, seu uso é mais benéfico que o uso de um parâmetro subjetivo. Somente a partir dessas correções o parâmetro objetivo faria jus a sua promessa de igualdade, condenando a ausência de razoabilidade enquanto o desinteresse e a indiferença em relação aos interesses das demais pessoas.²⁹³

Aqui é necessário um balanço. Primeiro, para pontuar que é importantíssima a conclusão da autora de que é indesejada a utilização de parâmetros subjetivos de conduta na responsabilização civil, sob pena de se anular as pretensões igualitárias existentes nesse tipo de instituto e abrir espaço para que valores profundamente desiguais reinantes

²⁸⁹ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 261/262.

²⁹⁰ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 263.

²⁹¹ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 264.

²⁹² MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 265.

²⁹³ MORAN, Mayo. *Ibidem*, p. 282.

na sociedade prevaleçam em âmbito judicial sem que haja espaço de elaboração normativa. Dessa forma, no caso das PCDs, a utilização de parâmetros subjetivos de conduta incentivaria a utilização de argumentos capacitistas em juízo, permitindo a perpetuação de uma visão preconceituosa em relação às PCDs e reforçadora de estereótipos indesejados sobre sua suposta incapacidade.²⁹⁴ Além disso, a utilização de parâmetros subjetivos para essas pessoas demandaria que, sempre que necessário, fossem também utilizados parâmetros subjetivos para outras pessoas, abrindo caminho para consequências indesejadas e injustas, como nos casos de violência sexual, de racismo, homofobia e assim por diante. Qualquer distinção que atraia os parâmetros subjetivos somente para o caso de transtornos mentais deveria ser adequadamente justificada.

Desse modo, a principal contribuição aqui da análise da tese de Mayo Moran é a identificação de que, *se há algum problema com a utilização de parâmetros objetivos, a solução não passaria pela simples adoção de parâmetros subjetivos*. São, também,

²⁹⁴ Sobre essa preocupação com a perpetuação de estereótipos capacitistas pela simples definição de uma regra legal, Eli Best afirma que há literatura que evidencia e suporta aquilo que é identificado como função expressiva do direito e da lei, pela qual determinadas regras influenciariam as crenças sociais sobre determinados grupos: “In recent decades, a growing body of legal scholarship has analyzed the expressive function of law. These articles explain “the function of law in ‘making statements’ as opposed to controlling behavior directly” and explore ways in which “law affects behavior other than through sanctions.” Dan Kahan has argued that society should conceive of criminal punishment as a language. In other words, we should be aware that punishments do more than dictate the literal, concrete consequences for defendants. They also express meaning and convey specific messages about society’s values and norms. (...) While expressivist scholarship tends to focus on how laws encourage or discourage particular behaviors by changing the public’s beliefs about that behavior, the expressive function of law could also change the public’s beliefs about a group of people. Further, it is not merely the substantive rules of law that can alter public beliefs about a group of people, but also the ways in which the substantive rules of law are discussed and justified.” (BEST, Eli K. Atypical Actors and Tort Law's Expressive Function. *Marquette Law Review*. Vol. 96, p. 461-515, 2012. p. 474/475). No Brasil, em sentido bastante diferente, mas, talvez, com consequências semelhantes, Flávia Püschel fala em uma função comunicativa da responsabilidade civil: “A atribuição de responsabilidade feita desse modo, isto é, com base em regras e em um conceito de pessoa responsável publicamente reconhecidos pode ser compreendida como uma ação social com sentido próprio, como um ato performativo. Tal ato performativo se conclui com o proferimento da sentença, independentemente da sanção que seja eventualmente aplicada à pessoa considerada responsável. Como ato performativo, uma sentença condenatória, por exemplo, tem pelo menos quatro significados. Comunica ao delinquente, à vítima e à sociedade a mensagem de que a norma violada permanece válida. Ao delinquente, a sentença condenatória comunica que o ato ilícito foi um erro seu, que não pode ser atribuído às circunstâncias, à natureza, à sociedade etc. À vítima, comunica-se que o que ela sofreu não foi resultado de ação sua, ou resultado de má sorte, do destino etc. À sociedade, por fim, a sentença condenatória comunica que o ocorrido não lhe pode ser atribuído, nem tampouco ao azar, à natureza etc., mas à autoria de uma pessoa responsável.” (PÜSCHEL, Flávia Portella. A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade. In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 139) Por essa lógica, ao se permitir em juízo a utilização de argumentos capacitistas, seja com a finalidade de “proteger” a PCD ou com a finalidade de subsidiar defesas contra as ações dessas pessoas, seria legitimado o discurso excludente e comunicado à sociedade que essas pessoas não possuem capacidades suficientes para interagir em sociedade, de modo que ou não são responsabilizadas por seus atos, sendo objeto de proteção, ou representam riscos elevados em suas interações, gerando indisposição social para sua inclusão.

importantes contribuições as soluções propostas pela autora quanto à correção do parâmetro objetivo de conduta. Assim, analisar essas soluções, é igualmente importante.

Primeiramente, neste sentido, deve-se destacar que a construção do parâmetro de conduta por parte de Moran contém elementos não justificados que fogem ao caráter de reciprocidade presente na relação entre cidadãos que gozam de um mesmo *status*. Se, por um lado, Moran tem uma visão adequada da promessa de igualdade trazida por um parâmetro objetivo de conduta, levando-a a visão próxima à de Ripstein no sentido de que tal parâmetro serve para avaliar a medida em que se tem o dever de considerar os interesses de terceiros nas ações realizadas, por outro lado a autora permite que esse parâmetro de conduta possua elementos de análise unilateral e não normativa, identificados nos elementos cognitivos que o compoariam.

Essa unilateralidade da consideração dos elementos cognitivos do parâmetro objetivo atrai, naturalmente, a questão acerca da justificativa para que, nesses casos, a vítima arque sozinha com os custos dos erros cognitivos do agente. Moran, entretanto, não aborda essa questão. Sem essa resposta, é incompleta, no mínimo, qualquer indicação de que eventual incapacidade levaria à irresponsabilidade de determinada agente.

Desse modo, a principal solução de Moran para o caso das PCDs acaba por não responder aos anseios centrais da teoria da responsabilidade civil que informa esta tese, a respeito da solução para os danos indesejados e para que a segurança das pessoas em sociedade não dependa da capacidade dos agentes. Aqui, inclusive, fica claro o problema da comparação excessiva com o direito penal da qual a autora lança mão. Apesar de iluminadora em diversos aspectos e possivelmente uma comparação importante em pesquisas sobre os temas em questão, Moran deixa de perceber o quão distintos são os propósitos legais. Se no penal existe uma preocupação central com a pessoa que cometeu o crime, seja da perspectiva da punição, da prevenção ou da ressocialização, no direito privado deve haver uma preocupação tanto com a agente como com a vítima, buscando-se reestabelecer uma situação de igualdade normativa, tratando de danos indesejados e de como atribuir riscos criados pelas ações das pessoas. Nesse sentido, se no direito penal há elemento moral forte que justifique a atenção a este elemento cognitivo e a outros elementos subjetivos, como a *mens rea*, ligados à culpabilidade moral do agente, no direito civil esses elementos perdem importância ante a situação de correção, em grande parte das vezes indesejada por ambas as pessoas envolvidas. Se se defender, nessa seara, que não deve ser responsabilizada a PCD, deverá ser apresentada justificativa para a

atribuição dos custos à vítima ou para a criação de instrumento jurídico distinto, que permita lidar com esse tipo de dano de outra forma.

Outro problema existente com as soluções propostas por Moran, na perspectiva deste trabalho, diz respeito à definição de incapacidade a partir do patamar mínimo da deficiência que envolva transtorno mental. Como já comentado anteriormente, não há critério adequado para a identificação do que seriam os elementos relevantes de capacidade. Ademais, diante da inevitável incerteza dos parâmetros existentes, o critério tende sempre a ser hiperinclusivo em caso de dúvidas. Mais, essa perpetuação da percepção da incapacidade é, igualmente, uma perpetuação de estereótipos capacitistas.

Aqui, a própria perspectiva de que os elementos cognitivos da conduta seriam avaliados a partir do patamar mínimo do transtorno mental é preocupante. Esse critério discriminatório não só é proibido atualmente pela Convenção, como levaria a consequências semelhantes àsquelas previstas na adoção de um parâmetro subjetivo, como é sabido pela própria autora quando discute a possibilidade, por exemplo, de um parâmetro específico da *mulher* razoável.²⁹⁵ A necessidade de se mostrar a incapacidade cognitiva para afastamento ou suavização da responsabilização vai tender a exigir uma defesa fortemente capacitista, que se apoie justamente nos elementos de desigualdade das PCDs para retirar a responsabilização. Mas a que custo? Por mais que essa situação aponte possível injustiça, um adequado regime de suportes pode ser suficiente para que sejam reduzidas as desigualdades relevantes, reduzindo igualmente a possível desvantagem existente no arranjo de responsabilidade civil subjetiva.

Outro fator relevante que a autora ignora é que o instituto da responsabilidade civil possui regras internas à relação de correção e de avaliação da conduta das partes e das circunstâncias do caso, as quais podem ser melhor exploradas, inclusive a partir de parâmetros objetivos, para balancear a relação. Esse ponto ainda será melhor considerado no capítulo posterior.

A partir destas considerações e das justificativas discutidas no capítulo anterior e na primeira parte do presente, pode-se afirmar que a distinção que a autora faz de elementos cognitivos e prudenciais da ação não é relevante para fins de avaliação da situação jurídica de correção propiciada pelo instituto da responsabilidade civil. Quando muito, poderíamos interpretar essa distinção como um possível indicativo da maior ou menor presença do elemento sorte no acidente que levou os danos a serem corrigidos.

²⁹⁵ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 258.

Essa verificação da relevância do azar na situação pode exigir, conforme será discutido no capítulo seguinte, o maior ou o menor cuidado na avaliação das regras de apreciação internas à relação corretiva. Neste sentido, se há falha cognitiva relevante por parte do agente na ação que gerou os danos, haveria forte influência da sorte nos resultados, solicitando, a depender da situação, uma avaliação cuidadosa a respeito de possível culpa concorrente por parte da vítima ou mesmo, no direito brasileiro, da possibilidade de redução equitativa da indenização. Essa perspectiva de se tratar a questão da sorte como ligada a aspectos cognitivos da ação ajuda, inclusive, a responder a pergunta levantada pela própria Moran, quando ela afirma que a aplicação de um parâmetro objetivo de conduta às PCDs levaria à necessidade de se responder: porquê algumas pessoas, como as PCDs, deveriam sempre arcar com os custos de sua má-sorte?²⁹⁶ Adequadamente providos suportes e aplicada a lei de forma justa, reduz-se significativamente esse peso da sorte para a situação das PCDs.

3.4. A DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS OBJETIVOS DISTINTOS PARA VÍTIMAS E AGENTES

Como já afirmado anteriormente, a discussão da questão da responsabilidade civil da PCD no Brasil é menos complexa que no *common law*. A existência, naquela tradição, de parâmetros objetivos ajustados para crianças, pessoas com deficiências de mobilidade ou sensoriais acaba gerando um alto nível de perplexidade a respeito da não adaptação do parâmetro para as PCDs que envolva transtorno mental. Essa perplexidade é reduzida em nosso direito, no qual não há, pelo para o caso dos agentes, uma jurisprudência que diferencie a avaliação das condutas de crianças ou pessoas com deficiências outras que não as que envolvam transtorno mental.

Apesar dessa inexistência de uma jurisprudência nesse sentido, há aqui jurisprudência que considera parâmetros adaptados de conduta para vítimas. As características de grupos específicos são, algumas vezes, levadas em consideração quando se trata das vítimas, influenciando no nível de cuidados esperados das agentes que com elas lidam. No âmbito do direito do consumidor, essa consideração das características de determinados grupos de consumidores é expressa no art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que dispõe que é vedado aos fornecedores “prevaler-se da

²⁹⁶ MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999. p. 26.

fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Para além das relações de consumo, as decisões variam. Às vezes consideram a vulnerabilidade das vítimas como elemento de se impor maior cuidado aos agentes²⁹⁷, às vezes consideram essas desvantagens da vítima como custos próprios dela, impondo a elas maior cuidado que às pessoas sem qualquer deficiência²⁹⁸.

Diante dessa diferença de tratamento, fica a pergunta: é possível e justificável aplicar parâmetros de conduta distintos entre agentes e vítimas? Em outras palavras, independentemente da jurisprudência prevalente, o problema aqui a ser avaliado é se a extensão às vítimas de tratamento diferenciado em razão de suas condições subjetivas não necessariamente atrai o mesmo tratamento para os casos em que forem autoras dos danos

²⁹⁷ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE FERROVIÁRIO. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. VÍTIMA FATAL. IDOSO OCTAGENÁRIO. PROBLEMAS DE AUDIÇÃO. INDIVÍDUO HIPERVULNERÁVEL. INEXISTÊNCIA DE CERCAS OU PASSARELA NO LOCAL DENSAMENTE POVOADO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. CULPA EXCLUSIVA AFASTADA, RECONHECENDO-SE A CONCORRENTE. 1. "A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se, no caso de atropelamento de transeunte na via férrea, quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia - com muros e cercas - bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes." (STJ. REsp 1172421/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 19/09/2012) 2. Caso concreto em que o abalroamento de cidadão hipervulnerável, octagenário e com deficiência auditiva, não representa culpa exclusiva da vítima, mas, sim, em face da travessia em local inadequado pela vítima, a concorrência de causas, reduzindo-se 25% do quantum indenizatório devido à autora. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (STJ. AgInt no REsp 1653463 / RS – Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 02/09/2019. Data da Publicação/Fonte: DJe 05/09/2019)

²⁹⁸ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO - VÍTIMA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - DEVER DE INDENIZAR - INEXISTÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA. I - À luz do art.37, §6º da CR/88, é objetiva a responsabilidade do prestador de serviço de transporte coletivo, sendo prescindível, pois, a aferição da culpa, limitando-se a análise da responsabilidade civil à ocorrência do dano e do nexa causal. II - Demonstrado nos autos, que o acidente ocorreu durante a travessia da autora, deficiente visual, de movimentada avenida, em horário noturno, fora da faixa de pedestres e em sentido diagonal a do trânsito, sem qualquer transgressão de trânsito do motorista do veículo, resta caracterizada a culpa exclusiva da vítima, excludente de responsabilidade civil. III - Em sendo a vítima pessoa portadora de deficiência visual, deveria ter tomado maiores cautelas do que as exigidas normalmente ao atravessar a pista de rolamento por onde passa tráfego intenso de veículos, sobretudo em período noturno. (TJMG. Apelação Cível 1.0000.20.498532-9/001. Relator Des. João Cancio. 18ª CÂMARA CÍVEL. Data da publicação da súmula 06/10/2020); EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - EMBARQUE - QUEDA DO USUÁRIO - DANOS MORAIS - VERIFICAÇÃO - AUSÊNCIA. A teor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é objetiva a responsabilidade das concessionárias ou permissionárias de serviço público de transporte pelos danos causados por seus agentes a terceiros, como tal compreendendo-se quaisquer pessoas, usuárias ou não, atingidas pela ação danosa. A queda sofrida, no âmbito do contrato de transporte de passageiros, por usuário com restrição locomotora ao tentar embarcar em coletivo de maneira autônoma, sem se utilizar dos equipamentos disponibilizados aos portadores de deficiência física, não se erige como falha na prestação de serviço passível de reparação moral quando não demonstrada efetiva afronta a direito da personalidade do passageiro. (TJMG. Apelação Cível 1.0702.15.097543-2/001. Relator Des. Saldanha da Fonseca. 12ª CÂMARA CÍVEL. Data da publicação da súmula: 04/02/2021)

e se tal situação não fere o princípio de justiça corretiva. Existem argumentos convincentes que indicam que não haveria essa atração e que tal tratamento diferenciado não seria incompatível com a justificação proposta neste trabalho.

Avihay Dorfman argumenta que esse tratamento assimétrico promoveria uma noção de igualdade material entre as partes, para além de uma igualdade formal, levando a sério algumas diferenças relevantes que existam entre elas.²⁹⁹ Essas diferenças, na relação de responsabilidade civil, diriam respeito, principalmente, aos riscos que recaem sobre cada parte: quando alguém age para buscar seus próprios propósitos e, nessa ação, cria riscos à segurança de terceiros, não necessariamente é preciso que à sua liberdade seja atribuído o mesmo peso que à segurança desse terceiro, em situação de equivalência. O peso atribuído a cada uma, na verdade, é definido conforme os parâmetros de cuidado e conduta que são definidos em juízo e dependem da importância dada a cada valor em determinada sociedade. Neste sentido, desconsiderar idiosincrasias subjetivas ou de grupo para o caso de pessoas na posição de agentes e considerar essas questões para pessoas na posição de vítimas refletiria uma maior valorização da segurança, principalmente em termos de integridade física, sobre a liberdade da agente.³⁰⁰ Em outras palavras, quando se impõem cuidados a mais ao agente no caso de vítima com alguma deficiência, ou que seja criança ou idosa, por exemplo, está se indicando que a relativa limitação de liberdade, nesse caso, é mais aceitável que o risco que se imporia à integridade física dessas pessoas que possuem dificuldades para evitar danos enquanto vítimas.³⁰¹ Da mesma forma, quando não se ajusta o padrão de cuidado das PCDs na posição de agentes causadoras de danos, está se valorizando a segurança das potenciais vítimas em relação aos possíveis ganhos na liberdade das PCDs, considerada menos gravosa essa imposição da responsabilidade nesses parâmetros.

Essa lógica, para Dorfman, seria razoável inclusive para o caso das PCDs que envolva transtorno mental.³⁰² É claro que, nessa perspectiva, surgem dúvidas e questões relevantes sobre como e sobre os limites em que seria aceitável restringir a liberdade em prol da segurança e se essa assimetria de avaliação seria válida para qualquer caso.³⁰³ No entanto, ainda que não possuam respostas imediatas, essas questões não invalidam a

²⁹⁹ DORFMAN, Avihay. Negligence and Accommodation. *Legal Theory*. Vol. 22, p. 77-123, 2016. p. 79.

³⁰⁰ DORFMAN, Avihay. *Ibidem*, p. 79.

³⁰¹ DORFMAN, Avihay. *Ibidem*, p. 114.

³⁰² DORFMAN, Avihay. *Ibidem*, p. 120.

³⁰³ DORFMAN, Avihay. *Ibidem*, p. 114.

conclusão de que não é incompatível a variação dos parâmetros de condutas para agentes e vítimas.

Existe, entretanto, outro problema aqui, mas de caráter teórico. Dorfman entende que essa lógica de avaliação assimétrica seria incompatível com uma justificação da responsabilidade civil por qualquer teoria que tenha a justiça corretiva como valor central. Essa incompatibilidade decorreria do fato de que, diferente da demanda de reciprocidade e igualdade formal latentes no ideal de justiça corretiva, a avaliação assimétrica das condutas de agentes e vítimas indicaria que, nessa situação, a vítima poderia, em certa medida, impor unilateralmente os termos de interação, quebrando a igualdade formal em prol de uma igualdade material.³⁰⁴

Essa incompatibilidade, entretanto, não é óbvia como quer o autor. Essa incompatibilidade forte é apontada por Dorfman se referindo ao fato de que em um ideal de justiça corretiva seria inaceitável que, seja para o agente ou para a vítima, se permitisse uma avaliação subjetiva de conduta.³⁰⁵ No entanto, se esquece aqui o autor de que, no caso da jurisprudência por ele analisada, não se trata de análise subjetiva, mas da utilização de parâmetros objetivos de conduta adaptados às condições *percebidas* em determinado grupo. Dorfman, assim, desconsidera outro elemento importante da prática da responsabilidade civil: a previsibilidade.

Nesse caso, tomando a previsibilidade no sentido de publicidade relevante indicado por Ripstein, é de se compreender que o parâmetro objetivo de conduta adaptado somente seria aplicável no caso em que o pertencimento ao grupo e a necessidade de cuidados elevados fosse previsível em sentido normativo. Assim, se impossível saber se a vítima era uma criança ou um idoso, não se aplicaria o parâmetro objetivo adaptado. A vítima, assim, não está unilateralmente definindo os termos de interação. O que acontece é que, dentro dos termos justos de interação, colocam-se as desvantagens conhecidas da vítima, em defesa de sua segurança, como interesses legítimos que devem ser observados pelos agentes ao moderarem suas condutas.

Veja o exemplo da jurisprudência contida na Nota de Rodapé 298 à página 129: no caso, a vítima, deficiente visual, foi considerada exclusivamente culpada por ter feito travessia perigosa de uma via qualquer em período noturno. Nesse caso, não sendo razoável prever que vítimas em desvantagem seriam descuidadas a ponto de fazerem travessia perigosa em horário em que há redução de visibilidade para os motoristas, não

³⁰⁴ DORFMAN, Avihay. Negligence and Accommodation. *Legal Theory*. Vol. 22, p. 77-123, 2016. p. 106.

³⁰⁵ DORFMAN, Avihay. *Ibidem*, p. 105.

se poderia exigir do condutor que levasse em consideração que as possíveis vítimas, no caso, não teriam condições de perceber um veículo se aproximando. Por outro lado, se o acidente ocorre, por exemplo, próximo a um local público de recreação, como uma casa de shows, devidamente sinalizada e com trânsito intenso de pedestres, poderia ser levado em consideração que pessoas com deficiências visuais frequentam locais públicos de entretenimento, devendo ser uma área em que o trânsito de veículos deve observar cuidados redobrados com pedestres, inclusive aqueles com possíveis desvantagens, como idosos, pessoas com deficiência, etc.

Não há, em momento algum nesses exemplos, definição unilateral de termos de interação. Essa quebra de uma noção de igualdade e reciprocidade só ocorreria se se exigisse que, em qualquer situação, havendo ou não previsibilidade, deveria a agente levar em consideração particularidades ocultas das vítimas.

Com essas considerações, espera-se ter demonstrado que não há incoerência na valorização assimétrica dos interesses de liberdade e segurança dentro do arranjo de responsabilidade civil. O sopesamento entre esses interesses pode variar conforme cada sociedade valorize esses direitos, com reflexo nas aplicações das regras de definição dos deveres de cuidado e parâmetros de conduta relevantes. Essa variação, entretanto, não invalidaria a realização de justiça corretiva quando avaliado que determinado agente lesou, incorretamente, o direito de uma vítima, em uma situação de igualdade normativa inicial.

3.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Já neste ponto do presente trabalho, pode-se dizer que a responsabilização da PCD em regime subjetivo não é mais ou menos justa que a responsabilização de alguém que, mesmo sem deficiências, não tinha qualquer domínio – inclusive cognitivo – das consequências danosas de sua ação. Ambos respondem por um efeito da sorte em determinada situação em que deveriam ter tido algum tipo de controle, mas, por circunstâncias quaisquer, não tiveram. A pergunta que fica, nesta conclusão, é porque seria justo que a PCD responda pela sua má-sorte de forma mais intensa que as demais pessoas. Essa questão é válida a partir do momento em que se compreende que, em razão das deficiências, muitas vezes as PCDs não terão a mesma oportunidade de controle que as pessoas sem quaisquer deficiências.

A primeira resposta a essa questão é o regime de suportes, que é a resposta dada pela Convenção e pelo EPD para redução das desigualdades relevantes. Em havendo um adequado regime de suportes formais e informais, é de se imaginar que será reduzido a níveis aceitáveis o papel da sorte na responsabilização das PCDs. Convivendo em ambientes mais acolhedores, recebendo educação adequada, tendo o devido acesso a terapias e outras oportunidades, bem como possuindo os apoios necessários para a escolha de suas atividades, a PCD não deverá estar, mais do que outras pessoas, sujeita aos revezes do azar. Por outro lado, em não havendo o adequado regime de suportes instituído, é de se esperar que, ao se perceber em âmbito judicial que determinada PCD está sem regimes formais de suporte instituídos, esse fato seja corrigido com a busca pela instituição destes apoios.

Além dessa questão dos suportes, há outros mecanismos da própria prática da responsabilidade civil que podem reduzir as desvantagens e desigualdades relevantes na relação estabelecida. Esses mecanismos serão melhor analisados no capítulo seguinte, mas vale aqui enumerá-los. No Brasil, quando reconhecida a incapacidade das agentes, elas seriam beneficiadas com a subsidiariedade de sua responsabilização e com a análise equitativa do valor da indenização devida. Há, ainda, importantes regras de apreciação dos elementos internos à relação de correção estabelecida, podendo ser citadas regras de avaliação de responsabilidade concorrente da vítima, de mitigação de danos pela vítima, bem como possível avaliação assimétrica dos deveres de cuidado relevantes.

Se ainda assim, mesmo com a adequada utilização de todos esses mecanismos, se insistir que a responsabilização subjetiva dessas pessoas é injusta e que, para o caso de se lidar com os danos advindos de suas atividades, mais adequado seria a instituição de um regime de compensação por fundos ou de seguros obrigatórios, por exemplo, tais opções teriam que ser avaliadas em relação a seus possíveis benefícios e malefícios. Porque somente as PCDs, mesmo se aceito que não estão sujeitas a um nível de sorte superior ao das demais pessoas, estariam submetidas a esse regime distinto de compensação por danos? Qual seria o regime que melhor beneficiaria sua liberdade? Haveria uma perpetuação de estigmas capacitistas pela exclusão somente desse grupo do regime corretivo de responsabilização civil? Todas essas e, talvez, outras questões precisariam ser abordadas na comparação entre as possibilidades.

De toda forma, é possível concluir, a partir dos argumentos desenvolvidos aqui, que a responsabilização dessas pessoas no regime subjetivo de responsabilização civil

não é inerentemente injusto e não representa acentuada desvantagem para essas pessoas em relação às demais.

4. SUBSIDIARIEDADE, EQUIDADE E CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA

Levar a PCD que envolva transtornos mentais a uma situação legal de correção, como visto, não é, em si, injusto. Reconhecida enquanto pessoa capaz na ordem jurídica, ela deve moderar suas ações à luz do legítimo interesse de seus pares. A definição do quanto esses interesses devem ser respeitados, especialmente o interesse em segurança, entretanto, não pode ficar a cargo somente da PCD ou de qualquer pessoa unilateralmente. A definição, assim, do quanto deve ser respeitado esse interesse do outro e o quanto deve ser respeitada a liberdade da PCD, são questões a serem avaliadas em correlação, sopesando-as de acordo com os princípios de razoabilidade e da reciprocidade à luz da busca por termos justos de interação social.

Justificar a limitação da relação de correção e a pertinência de se levar a PCD a essa posição, entretanto, não é o suficiente. Como indicado no capítulo anterior, estabelecida a relação de correção, há critérios e regras internas de atribuição e de apreciação da conduta das partes e das demais circunstâncias envolvidas no caso. Essa apreciação, no âmbito da responsabilidade civil, é feita através de regras tradicionais de avaliação da culpa e do valor da indenização, como a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, a exigência de mitigação dos danos por parte da vítima, além da possibilidade, no direito brasileiro, da redução equitativa da indenização, conforme a relação verificada entre culpa e dano. Como esses critérios serão aplicados, claro, é questão que deve, igualmente, ter em vista os indicados princípios de razoabilidade e da reciprocidade, além do fato de que irão refletir os juízos substantivos de nossa sociedade (ou de nosso judiciário?) a respeito dos valores conflitantes em cada situação.

A utilização adequada dessas ferramentas, em geral, é importante para o caso da responsabilidade civil das PCDs. Como visto, apesar de ser possível justificar o seu chamamento para responder, tal situação pode se revelar, afinal, injusta caso a desvantagem sofrida pela PCD em suas ações tenha sido significativa, considerada a rede de suportes existente, ou não, ao seu redor. Neste sentido, no Brasil, além das já indicadas ferramentas, há outras regras de responsabilização dessas pessoas que, em geral, são indicadas como formas de proteção, dada a inevitabilidade da situação hostil da relação corretiva. São ferramentas que foram criadas justamente para reduzir a possível injustiça existente no caso. Trata-se da subsidiariedade da responsabilização direta dessas pessoas e daquilo que, em geral, se chama de mitigação da indenização a ela atribuída. Analisar

essas ferramentas é fundamental para que se tenha uma noção completa da responsabilização dessas pessoas e da justificação de suas regras.

4.1. SUBSIDIARIEDADE E EQUIDADE

No Brasil, diz-se da responsabilidade civil extracontratual da pessoa declarada incapaz que é subsidiária e mitigada. A *subsidiariedade* estaria no fato de que as pessoas declaradas incapazes responderiam pessoalmente apenas no caso de a pessoa por ela responsável não ter obrigação de fazê-lo ou não dispor de meios suficientes. Já a *mitigação* se daria em razão do caráter equitativo da indenização a ser estimada, o qual é interpretado, em geral, como a necessidade de reduzir ou zerar o valor da indenização a ser imposta à pessoa declarada incapaz se ela o privar do patrimônio mínimo necessário à sua subsistência ou a das pessoas que dela dependam.

Estas características seriam decorrentes da redação do art. 928, *caput* e parágrafo único, de nosso Código Civil, Lei n. 10.406/2002, o qual dispõe da seguinte forma:

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

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

São justificadas estas regras, quando o são, pela dogmática nacional contemporânea como uma questão de proteção das pessoas declaradas incapazes e de seus patrimônios ante a responsabilização por acidentes que, ao fim e ao cabo, não tinham, pela definição da incapacidade em nosso direito, condições de evitar e nem de assumir os riscos envolvidos em sua ação.

José Fernando Simão, em tese sobre o tema, identifica a dignidade da pessoa humana como princípio geral que atua como critério de valoração na determinação da responsabilidade civil, afirmando que a responsabilização direta da pessoa declarada incapaz garante a justa indenização à vítima e, assim, dá efetividade ao referido princípio. Logo em seguida, o autor afirma que esse mesmo princípio justifica que a indenização seja reduzida caso implique na ruína do agente incapaz, justificando que “[d]e nada adiantaria preservar a dignidade da vítima se ofensa houvesse à dignidade do incapaz.”³⁰⁶

³⁰⁶ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 108 e 109.

Simão entende, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana fundamenta, diretamente, todas as regras envolvidas (ainda quando contraditórias), justificando, ao mesmo tempo, a imprescindibilidade da reparação ao dano e a mitigação da indenização quando arcada diretamente por esta. Essa forma argumentativa de se recorrer à dignidade da pessoa humana para justificar cada aspecto da estrutura normativa é claramente questionável. Além do tratamento inadequado dado ao conceito de dignidade, como um conceito maleável onde podem-se reduzir mutuamente dignidades para se encontrar um meio termo, o simples recurso a esse princípio não deixa claro, por exemplo, o porquê da vítima demandar reparação em qualquer situação ou mesmo o porquê desse dever de indenizar recair, ainda que subsidiariamente, sobre a pessoa declarada incapaz.

Apesar de questionável esse simples fundamento na dignidade da pessoa humana, com essa justificação converge o Enunciado n. 39 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.³⁰⁷

Caitlin Mulholland, por sua vez, é direta ao afirmar que as condições de responsabilização do art. 928 do código civil são uma “forma de tutela protetiva das pessoas que se encontram nessa peculiar situação” de incapacidade civil.³⁰⁸ Posteriormente, a autora afirma, ao comentar o caráter equitativo da indenização, que essa proteção é uma regra “que busca o equilíbrio entre a indenização do dano injusto sofrido e a preservação da dignidade do incapaz, reconhecidamente vulnerável”.³⁰⁹ Em seguida, a autora ainda se refere aos “benefícios da subsidiariedade e da equidade na reparação”.³¹⁰

Mariana Lara igualmente considera as regras especiais do art. 928 como protetivas da pessoa declarada incapaz. Comentando acerca da possível *desproteção* gerada pela promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), uma vez que essa lei considera como plenamente capazes as pessoas com deficiências de qualquer tipo, a autora afirma o seguinte:

³⁰⁷ Enunciado: 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. BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n° 39. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/701>>. Acesso em 28 de março 2021.

³⁰⁸ 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*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 638.

³⁰⁹ MULHOLLAND, Caitlin. *Ibidem*, p. 656.

³¹⁰ MULHOLLAND, Caitlin. *Ibidem*.

No tocante à responsabilidade civil, o art. 928 do Código Civil estabelece que o incapaz só responde pelos prejuízos causados subsidiariamente. Ou seja, quem responde em primeiro lugar é o seu representante, no caso, o curador. Sendo a pessoa com deficiência mental ou intelectual considerada capaz, ela responderá, primariamente, com seus bens pessoais pelos prejuízos a que der causa. Também não parece ter sido um avanço.³¹¹

Enfim, sem pretender esgotar a dogmática, Eugênio Facchini Neto e Fábio Siebeneichler de Andrade afirmam o seguinte:

Em essência, trata-se de uma solução de equilíbrio, que pretende harmonizar a tutela da vítima, a fim de não deixar sem remédio aquele que sofre um dano injusto, com o resguardo da posição jurídica do incapaz, visto na ótica legislativa como alguém ainda merecedor de proteção jurídica.³¹²

Justamente por serem regras que são entendidas como benéficas e protetivas, não é raro encontrar posicionamentos na doutrina que buscam estender sua aplicação às PCDs não declaradas incapazes e não submetidas a regime de curatela. Existe, assim, uma compreensão de que seria possível e adequada uma espécie de declaração incidental de incapacidade para as PCDs em casos de responsabilidade civil, especialmente agora que há a impressão de que, após a promulgação do EPD, há lacuna a ser preenchida por interpretação adequada em nosso ordenamento.

Caitlin Mulholland, com fundamento na vulnerabilidade das PCDs, sustenta a possibilidade de que, mesmo nos casos em que ela seja capaz e sofra imputação de responsabilidade nos termos do art. 927 do Código Civil, seja possível quantificar o dano de forma equitativa, com uso das regras do parágrafo único do art. 928. Essa solução, segundo a autora, permite a proteção da dignidade da PCD, sem que se diminua sua capacidade, pois “[c]onsiderar o deficiente psíquico ou intelectual como vulnerável é medida que não diminui a sua capacidade, mas promove a teleologia do Estatuto”.³¹³

Raquel Bellini Salles igualmente entende possível essa declaração incidental de incapacidade da PCD quando se comprovar que ela esteja efetivamente impossibilitada

³¹¹ LARA, M. A. *Capacidade Civil e Deficiência*: entre a autonomia e a proteção. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 124.

³¹² NETO, Eugênio Facchini; 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 – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 93-115, jul./set. 2017, p. 104.

³¹³ 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*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 656.

de conformar e exprimir sua vontade,³¹⁴ alegando que o fundamento do art. 928 não seria a declaração formal de incapacidade ou a vulnerabilidade, mas o comprometimento da autonomia.³¹⁵ Essa declaração incidental de incapacidade, na visão da autora, poderia mesmo ser declarada de ofício pelo juízo.³¹⁶

Considerando, assim, essa visão sobre essas regras de subsidiariedade e mitigação, que seriam benéficas a ponto de serem estendidas em situação não prevista legalmente e com a possibilidade de aplicação de ofício, é preciso melhor avaliar se, em tese, há o benefício delas esperado e se elas se ajustam ao regime de responsabilidade civil tal qual justificado nos capítulos anteriores e mesmo à noção de suportes e capacidade definida no primeiro capítulo. O benefício dessas regras, inclusive, tem que superar o possível malefício decorrente do estabelecimento de uma defesa de incapacidade, a qual, como já comentado anteriormente, pode contribuir para a perpetuação de estereótipos capacitistas e para a indevida restrição de incapacidade onde não deveria haver.

Diante disso, é questionado no presente capítulo: são mesmo benéficas e representam proteção às pessoas declaradas incapazes essas disposições do art. 928 do Código Civil? As interpretações a elas dadas são as mais adequadas? E são elas compatíveis com a justificação da responsabilização desenvolvida nos capítulos anteriores?

Essas dúvidas não são postas sem qualquer motivo. Elas surgem da constatação simples que se pode fazer de ambas as regras: *o pretense benefício para as pessoas declaradas incapazes é gerado às custas de seus curadores e responsáveis legais e das vítimas dos incidentes danosos*. Aqueles são responsáveis principais e integrais pela indenização devida em função de danos oriundos de acidentes nos quais estavam envolvidas pessoas declaradas incapazes. Apenas no caso deles não serem responsáveis ou de não possuírem bens suficientes para arcar com a integralidade da indenização é que é acionada a responsabilização pessoal da pessoa declarada incapaz, guarnecida pelas suas regras supostamente protetivas. E, caso este não possua recursos suficientes para responder, o dano restará com a vítima, incidindo a regra de irresponsabilização *por avaliação unilateral de patrimônio e de necessidades*.

³¹⁴ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan./abr. 2021. p. 4.

³¹⁵ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Ibidem*, p. 5.

³¹⁶ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Ibidem*, p. 4.

Antes de adentrar nos subtópicos a seguir, é importante pontuar que, no caso da PCD não depender de suportes em nenhum aspecto de sua vida, como no caso de uma pessoa com um transtorno mental satisfatoriamente controlado por medicação ou por qualquer outra prática, médica ou não, não se justifica que ela seja tratada em nenhum caso de forma distinta às demais pessoas. É quando a PCD necessita de suportes, mais ou menos intensivos, que surgem questões a respeito da possível injustiça existente em sua responsabilização e, nesse caso, das ferramentas existentes para reduzir essa injustiça, como as já descritas para o caso do direito brasileiro.

Assim, em primeiro lugar é preciso fazer alguns comentários em relação à noção de (inter)dependência que acompanha as noções de suporte.

4.1.1. Dependência, obrigação de cuidado e trabalho de dependência

Pode-se dizer que as PCDs, quando necessários suportes para que exerçam sua capacidade legal, dependem, em maior ou menor medida, do auxílio de uma ou algumas cuidadoras ou outras pessoas que possam lhes oferecer o suporte necessitado. Essa dependência, claro, não se trata de uma simples dependência econômica e de curadoria de bens, como se pode imaginar apenas da leitura das disposições legais diretamente concernentes à curatela ou à tomada de decisão apoiada. Trata-se aqui da dependência no sentido de alguém que necessite, em maior ou menor medida, de outra pessoa que desenvolva uma relação de confiança com a PCD para que atenda a suas necessidades.

Essa compreensão acerca das situações de dependência é extraída da autora que irá guiar as reflexões que serão desenvolvidas neste subtópico, Eva Kittay. Ela argumenta que as percepções sobre a dependência podem variar conforme as concepções sociais prevalentes e de acordo com as disponibilidades tecnológicas, mas afirma que a vulnerabilidade dos dependentes cria condições a partir das quais algumas pessoas devem atender às necessidades de outras.³¹⁷ A dependência neste sentido é parte da condição humana, fato inevitável, ainda que possa ser amenizada ou agravada por preconceitos e práticas sociais, seja na primeira infância, na enfermidade ou na velhice.³¹⁸ Dependentes necessitam, em maior ou menor medida, de cuidado, cuidado esse que deve ser prestado a fim de que o dependente se desenvolva e tenha uma vida adequada e digna.

³¹⁷ KITTAY, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 30.

³¹⁸ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 1.

Essa obrigação de ofertar o cuidado necessário aos dependentes é considerada superrogatória na maior parte da tradição filosófica liberal,³¹⁹ no sentido de que estaria além das obrigações morais racionalmente aceitáveis a exigência de que determinada pessoa deixe de atender a seus próprios interesses para que atenda às necessidades de outro. Neste sentido, parte importante do trabalho de Kittay é o desenvolvimento da justificativa *moral* da obrigatoriedade desse trabalho de dependência, que seria, então, o trabalho de se atender às necessidades daqueles que são dependentes. É a partir da constatação dessa obrigatoriedade que algumas das principais reflexões de Kittay sobre justiça podem ser desenvolvidas. No presente trabalho, entretanto, não será trabalhada essa alegada obrigatoriedade moral das ações de cuidado. Essa escolha é possível dada a força da obrigatoriedade *legal* que tais ações possuem em nosso Direito. A maior parte do que se pode entender, atualmente, como um sistema de suportes no Brasil confunde-se com a obrigação legal imposta sobre os responsáveis legais – mães, pais, tutoras e curadoras – de que tenham total autoridade e cuidado para com aquelas pessoas cujo cuidado lhes é legalmente confiado mesmo quando maiores de idade, no caso das PCDs.

Essa obrigatoriedade já foi afirmada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo seu melhor exemplo no julgamento do Recurso Especial n. 1.101.324 – RJ.³²⁰ Na ocasião, o relator votou para estender à guarda do maior incapaz algumas das obrigações definidas para a guarda do menor.

³¹⁹ KITTAY, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 28.

³²⁰ Os principais trechos do julgado: “Nesse contexto, conforme demonstrarei adiante, entendo aplicar-se ao caso o art. 1.590 do CC/2002, com o seguinte teor: "Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes." Destaco ser absolutamente necessária e cabível uma interpretação mais positiva a tal dispositivo para que seja alcançado, de fato, o real e mais justo objetivo do legislador. Assim, penso que ao primeiro réu, portador de esquizofrenia paranoide e que comumente tem surtos psicóticos, é aplicável a expressão "maiores incapazes", no sentido de não estar apto a praticar, sozinho e indistintamente, todo e qualquer ato da vida civil em todos os momentos. (...) Retornando ao art. 1.590 do CC/2002, tal dispositivo estende ao incapaz – absoluta ou relativamente – as normas relativas 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 sentidos, enquanto necessária tal proteção. (...) Para reforçar a responsabilidade dos pais em relação aos filhos, dispõe o art. 1.583, § 3º, do CC/2002 que "a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos". O art. 1.589 do mesmo diploma, por sua vez, mediante outras palavras, afirma que "o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá [...] fiscalizar sua manutenção e educação". Acrescento que, sistemática e reiteradamente, o Código Civil/2002 impõe aos genitores, em vários outros dispositivos pertinentes a capítulos diversos, o dever natural de cuidar, de instruir, de proteger e de vigiar sua prole, obrigações essas inseridas no próprio conceito de guarda, sendo suficiente a reprodução das seguintes normas: "Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV – sustento, guarda e educação dos filhos;" "Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial." "Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV –

Para fundamentar essa posição, o relator expressou a visão de que a doença mental não apenas condiciona uma *incapacidade de fato*, como atribui às mães e pais das pessoas nessas circunstâncias a obrigação de impor sobre elas, ainda que maiores de idade, sua autoridade, *trazendo-as para junto de si, interditando-as e assumindo o papel de curadores*. Não há, entretanto, discussão a respeito do adequado cumprimento desses deveres de guarda e vigilância, sendo desconsideradas as reclamações da genitora do réu da ação a respeito da condição do filho maior, da sua independência e da relação distante com ele mantida.³²¹

nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição." "Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados." "Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros." "Art. 1.768. A interdição deve ser promovida: I – pelos pais ou tutores;" "Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. § 1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto." Destaco que, por força do art. 1.590 do CC/2002, também as obrigações expressamente dirigidas aos filhos menores se estendem aos maiores incapazes, por estarem inseridas no próprio conceito e no dever de guarda dos genitores. (...) A discussão neste processo, portanto, vai além das normas restritas à indenização, passando, na verdade, por disposições acerca das obrigações vinculadas às relações de parentesco, sobretudo entre pais e filhos e pela condição específica de saúde mental do primeiro. (...) Por outro lado, para cada obrigação descumprida, sem dúvida, pode haver consequências previstas na legislação civil. Os genitores, por exemplo, estão sujeitos a perder o poder familiar, na forma do art. 1.638 do CC/2002, ou, como no presente caso, a indenizar os danos causados pelo filho maior incapaz, conforme dispõem os arts. 932, I e II, e 942 do CC/2002, que volto a reproduzir, *in verbis*: "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador pelos pupilos e tutelados, que se acharem nas mesmas condições;" "Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932." Interpretando sistematicamente o art. 932, I e II, do CC/2002 com as normas que disciplinam as obrigações dos pais em relação aos filhos, entendo que os trechos (i) "estiverem sob sua autoridade e em sua companhia" e (ii) "tutelados, que se acharem nas mesmas condições" são aplicáveis, também, aos casos em que os pais – seja com o propósito de isentar-se de responsabilidades, seja por simples omissão quanto aos deveres de guardar, proteger, vigiar e educar – deixam de impor sua autoridade sobre os maiores reconhecidamente incapazes, de trazê-los para junto de si, de interditá-los e de assumir, oficialmente, o papel de curador quando deveriam tê-lo feito por força das circunstâncias e da lei. Nesse caso, a obrigação dos genitores não depende de interdição judicial, decorrendo de uma situação de fato, qual seja, a sabida deficiência mental instalada." BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.101.324 – RJ. Quarta Turma. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgamento em 13/10/2015. Publicação no DJe de 12/11/2015.

³²¹ "No presente caso, a segunda ré, genitora, para sustentar a própria ilegitimidade passiva, apenas afirmou na contestação que "o 1º Réu é maior, absolutamente capaz, no pleno exercício de seus direitos civis, acrescendo-se ao fato que o 1º Réu reside sozinho, portanto responsável por seus atos, não havendo porque se falar em solidariedade passiva" (e-STJ fl. 68). Na mesma peça, mais adiante, alega "que não é curadora de fato, nem legalmente, do 1º Réu e assim não o é, porque o seu filho, 1º Réu, é maior, tem 38 anos de idade, é eleitor, exerce o seu direito de votar, não é um incapaz mental mas um portador de doença qualificada em psiquiatria, como esquizofrenia, desnecessitando no seu quadro, de ser um tutelado, podendo exercer as suas atividades como qualquer pessoa portadora de doença controlada pelos médicos" (e-STJ fl. 69). Com efeito, está claro que, em decorrência da fundamentação do acórdão recorrido, o

Neste sentido, o raciocínio no julgado é simples: há doença mental, logo há incapacidade, impossibilidade de autonomia e consequente *obrigação absoluta da mãe de vigiar e cuidar*. A alegação da ré de que o filho é capaz e vive sozinho não representa argumento relevante ante um laudo médico. A obrigação é absoluta e o relator chega, inclusive, a identificá-la com um *dever natural de cuidar*. Há, assim, em entendimento do STJ, uma obrigação *moral* dos genitores de cuidarem de seus filhos e filhas que possuam transtornos mentais, obrigação essa que, segundo os magistrados, recebe significativa acolhida legal. Registre-se que esse julgamento ocorreu quando já era vigente a Convenção em nosso país.

Considerando, portanto, essa compreensão de que haveria uma extensa obrigação de cuidado, que vai muito além dos deveres de curadoria patrimonial, é que se questiona se a subsidiariedade, identificada como elemento de proteção da PCD no Código Civil, de fato o é, já que é um benefício conferido às custas dessas pessoas responsáveis pelo cuidado e pelo suporte à PCD. Como isso afeta a genitora / cuidadora / curadora, a própria pessoa dependente e a relação entre elas?

Kittay defende que a definição dos responsáveis pelo cuidado das pessoas dependentes é uma questão política e de justiça social, não natural ou meramente familiar, como quis o relator do julgado transcrito. “A forma como essas questões são respondidas irá determinar se os fatos da dependência humana podem ser compatibilizados com uma total igualdade de todos os cidadãos”³²². A própria qualidade do cuidado que é dispensado

primeiro réu mora sozinho, inexistindo informação até mesmo se ele exercia alguma atividade remunerada para se manter. Ou seja, nem mesmo foi refutada a alegação da autora de que, "segundo o Laudo de Sanidade que se anexa como documento 8, o 1º Réu declarou em sua entrevista que nasceu em 27.05.1967, contando com a idade de 36 anos; há anos sem trabalhar, sendo que sua única experiência a nível de trabalho foi durante 5 meses, em 1988, na TV Manchete; [...] que suas alterações começaram aos 18 anos, sendo internado por dois anos e por fim a internação atual" (e-STJ fl. 7). Destaco que, também nas razões do presente recurso especial, os recorrentes simplesmente afirmam que o primeiro réu "está apto para os atos da vida civil e seus surtos não o impedem de trabalhar e de ter uma vida quase normal" (e-STJ fl. 395). No entanto, nem sequer esclarecem se ele trabalhava na época dos fatos ou trabalhou após o surgimento da doença. Enfim, diante do quadro fático-probatório descrito no acórdão recorrido, o primeiro réu, em princípio, conforme reconhecido pelo Tribunal de origem, não poderia ou "não deveria viver só e livre para a prática de atos como os narrados nestes autos" (e-STJ fl. 354). Caberia à genitora, assim, tomar cuidados para, ao menos, tentar evitar que seu filho, portador de esquizofrenia paranoide, cometesse agressões contra terceiros. Tal diligência é recomendada até mesmo como forma de protegê-lo de revides. Com isso, no caso concreto, a omissão da segunda ré em cumprir suas obrigações como genitora do incapaz revelou-se flagrante, dela resultando a prática de atos agressivos por parte do primeiro réu e as lesões na autora.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.101.324 – RJ. Quarta Turma. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgamento em 13/10/2015. Publicação no DJe de 12/11/2015.

³²² Tradução livre de: “How these questions are answered will determine whether the facts of human dependency can be made compatible with the full equality of all citizens (...)”. (KITTAI, Eva Feder. *Love’s Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 1.)

às pessoas dependentes possui grande relação com a forma como é organizado esse trabalho de dependência na sociedade. Esse trabalho de dependência, para Kittay, é caracterizado pelas qualidades do cuidado, da conexão e da preocupação.³²³ Essas qualidades podem ser entendidas, respectivamente, como o trabalho de atender ao outro em seu estado de vulnerabilidade, a manutenção de laços, com a criação de intimidade e confiança, e a criação de vínculos emocionais, mantendo a conexão mesmo quando o trabalho envolve uma troca econômica.³²⁴

Além disso, Kittay entende que o trabalho de dependência, apesar de não ser intrinsecamente indivisível, em geral deve ser atribuído a poucas pessoas, tanto por questões pragmáticas referentes à preocupação de que o dependente não fique sem atenção por falhas de responsabilização entre os possíveis cuidadores, quanto por questões de que o trabalho, para que seja bem feito, depende de laços afetivos e de conexão entre os envolvidos. De toda forma, repise-se, é fundamental ter em mente que, em determinado grau, o trabalho pode ser dividido.³²⁵

O paradigma deste tipo de trabalho, para Kittay, seria a maternidade, porém o trabalho de dependência, com essas suas qualidades essenciais, também seria característico do adequado e desejado cuidado de pessoas enfermas ou em idade avançada ou incapacitadas por algum tipo de deficiência, cada qual com suas respectivas peculiaridades e características distintas. Algumas dessas características são importantes para o presente trabalho, como aquelas destacadas pela autora no exemplo da criança com deficiência severa:

Por ora, considere que, no caso da criança com deficiência severa, a preocupação e o amor conservador devem ser acompanhados por um compromisso por toda a vida com o cuidado físico diário para com a pessoa dependente. Promover o desenvolvimento também se torna um projeto para toda a vida, mas esse desenvolvimento ganha um novo sentido. Socialização para a aceitação talvez envolva menos cuidados dirigidos ao treinamento da pessoa dependente e mais ação direcionada a mudar as expectativas sociais e as condições de aceitação na própria sociedade. Diferentes práticas, assim, conformam de diferentes formas as demandas direcionadas à trabalhadora de dependência.³²⁶

³²³ Tradução do livre do três 'C' indicados pela autora: *care, concern, and connection*. KITTAY, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 31.

³²⁴ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 31.

³²⁵ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 32.

³²⁶ Tradução livre de: "The practice of caring for the severely developmentally disabled provides yet another paradigm of dependency work, distinguishable from the model of maternal care necessary for an "intact" flourishing child. (...) For now, consider that in the case of the significantly disabled child, preservative love and concern may have to be accompanied by a lifelong commitment to day-to-day physical care for the charge. Fostering development also becomes a lifelong project, but the notion of development attains a new sense. Socialization for acceptance may involve less effort directed toward the training of the charge

Independentemente de suas peculiaridades, *toda relação estabelecida em um trabalho de dependência é uma relação de confiança*. A pessoa dependente deve confiar que suas necessidades serão adequadamente atendidas, assim como a trabalhadora de dependência deve confiar que o dependente não será abusivo em suas demandas, em um equilíbrio emocional delicado na relação, a qual requer, das duas partes envolvidas, um imenso investimento emocional.³²⁷ *Complexas que são essas relações, quando elas falham “não está em risco apenas o bem-estar imediato da pessoa dependente, mas seu bem-estar emocional no longo prazo se encontra ameaçado. A trabalhadora de dependência também pode ser prejudicada pela falha desses laços afetivos”*.³²⁸

Mas não só de demandas e laços afetivos é construída uma relação de trabalho de dependência. Para que o cuidado a uma pessoa dependente seja adequadamente feito, *é necessário que a trabalhadora de dependência tenha acesso a recursos que permitam o bem-estar de ambos, trabalhadora e dependente*.³²⁹ Neste caso, a trabalhadora de dependência pode, em situação menos comum, ela mesma ser a provedora de recursos na relação ou pode ela estar inserida em uma estrutura familiar em que exista alguém que seja o provedor dessa relação. É, inclusive, característico da teoria política liberal que as questões afetas ao cuidado dessas pessoas sejam relegadas ao âmbito familiar, enquanto questão privada.³³⁰

Perceber, assim, a família enquanto um arranjo cooperativo, permite identificar conflitos que surgem entre os seus membros. Kittay, verifica que, nesses conflitos, mesmo quando as contribuições dos parceiros são semelhantes, aquele que tiver a contribuição *percebida* enquanto menos valiosa terá desvantagens no arranjo.³³¹ Nesses casos, o participante desfavorecido deve tolerar situações conflituosas que não seriam exigíveis

and more to changing the expectations and grounds of acceptance of society itself. Different practices, then, differentially shape demands on the dependency worker.” KITTAY, Eva Feder. *Love’s Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 32.

³²⁷ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 35.

³²⁸ Tradução livre de: “not only is the immediate welfare of the charge at risk, but her long-range emotional well-being is in jeopardy. The dependency worker can also be harmed by the failure of these affective bonds” KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 36.

³²⁹ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 42.

³³⁰ Este é um dos pontos da teoria de Kittay, mostrar como esses arranjos liberais deixam de perceber como as questões afetas ao trabalho de dependência impactam a percepção da real igualdade entre todos os cidadãos e suas oportunidades na sociedade, fazendo com que dificilmente essas questões se limitem ao âmbito privado e não sejam abarcadas por questões de justiça social.

³³¹ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 43.

da parte favorecida, sendo esta a posição que tende a ser a da trabalhadora de dependência em relação ao provedor da família.³³² Por essa razão, e em razão de seu comprometimento moral e emocional com a pessoa dependente, a trabalhadora de dependência é extremamente vulnerável à exploração e à dominação por aquele de quem ela depende como suporte.³³³ Mesmo quando não depende desse suporte vindo diretamente de um provedor, a trabalhadora de dependência possui maiores dificuldades em conseguir lidar com horários fixos e empregos externos ao lar. Assim, essa vulnerabilidade da trabalhadora de dependência nasce da necessidade de ter acesso a recursos externos ao mesmo tempo em que deve atender aos interesses da pessoa dependente, afetando, de alguma forma, mesmo a mulher rica e independente que precisa servir às necessidades de dependência de seus filhos, por exemplo.³³⁴ A trabalhadora de dependência, assim, está em uma situação de desigualdade em relação àqueles que não possuem deveres – *morais* e *legais* – de atender às necessidades dos dependentes. Essa desigualdade, que muitas vezes pode durar por toda a vida (como exigido na jurisprudência do STJ) ou por longos períodos, faz com que a trabalhadora de dependência se encontre em uma posição complexa, de poder sobre o dependente, porém igualmente de vulnerabilidade, ante o dependente e o provedor.

Para que exista justiça nesse arranjo social, que provavelmente é um dos arranjos fundamentais do sistema de suportes em relação às PCDs que possuem transtorno mental, é premente perceber o seguinte: ao exigirmos, enquanto sociedade, de determinada pessoa essas obrigações complexas de atender às necessidades dos dependentes, criam-se para nós, as demais pessoas, obrigações para com essa trabalhadora de dependência, sem as quais estaríamos contribuindo para a sua exploração:

As qualidades específicas que fazem do trabalho de dependência um trabalho de pouca fungibilidade combinam-se com a desatenção para com as trabalhadoras de dependência e acabam por fazer com que nossas obrigações para com aqueles que necessitam de cuidado sejam parte de um sistema de exploração, o qual diminui o valor moral da cuidadora assim como o da pessoa cuidada.³³⁵

³³² KITTAY, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 43.

³³³ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 43.

³³⁴ KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 44.

³³⁵ Tradução livre de: “The occlusion of dependency work combines with the inattention to dependency workers to make our obligations to those in need of care part of a system of exploitation, one which diminishes the moral worth of the caregiver as well as the person cared for” KITTAY, Eva Feder. *Ibidem*, p. 28.

Quais seriam essas obrigações que devemos, enquanto sociedade, às trabalhadoras de dependência a fim de evitar a perpetuação dessa situação de exploração? Além das obrigações devidas, quando possível, pela própria pessoa dependente a sua trabalhadora de dependência, obrigações de se comportar de modo a respeitar suas vulnerabilidades e, na medida do possível, de reciprocamente atender às necessidades da cuidadora, há também as obrigações de terceiros, pessoas alheias à relação de dependência, para com essa trabalhadora, de modo a permitir que ela exerça adequadamente a obrigação que lhe é exigida:

Primeiramente, e principalmente, a uma pessoa que deve protelar seus próprios interesses e projetos, devemos a obrigação de garantir que suas responsabilidades para com o outro não sejam injustamente impostas sobre ela. Desconsiderar essa obrigação é tratar essa pessoa como alguém de valor moral inferior tanto à pessoa sob seus cuidados quanto às demais pessoas que a impuseram a obrigação. Parece que, ao denunciar a injustiça de sermos compelidos a cuidar, apelamos à igualdade, a uma paridade moral básica.³³⁶

Isso é especialmente real quando esse cuidado se torna uma obrigação legal. Essa demanda por igualdade³³⁷ dá lugar a reivindicações importantes para que a sociedade possa ser um lugar onde o cuidado de pessoas dependentes possa ser adequadamente feito sem prejuízos para a igualdade da trabalhadora de dependência e, igualmente, para a

³³⁶ Tradução livre de: “First and foremost, the obligation owed to a person who must defer her own interests and projects is that her responsibilities to another not be unjustly thrust upon her. To disregard such an obligation is to treat her as someone of lesser moral worth than either the person she cares for or those who placed her in the obliging position. It seems as if in decrying the injustice of being compelled to care, we have made an appeal to equality, a basic moral parity.” KITTAY, Eva Feder. *Love’s Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 65.

³³⁷ Kittay, em seu trabalho, é importante registrar, busca se contrapor a um ideal liberal de igualdade, mais especificamente um ideal rawlsiano, no qual essa qualidade de ser igual é fundada em característica humanas que nos fazem indivíduos e individuados, principalmente no igual direito (e capacidade) de cada um formar sua própria concepção do bom/bem e no direito (e capacidade) de competir pelos recursos necessários à obtenção desse bem. Kittay acredita, como extensamente fundamenta, que tal ideal não comporta reivindicações das condições necessárias para o adequado exercício do cuidado e do trabalho de dependência na sociedade, sendo, dessa forma, um ideal de sociedade que *pode ser* altamente hostil tanto para a pessoa dependente quanto para as trabalhadoras de dependência. Em contraposição a esse ideal liberal, a partir de sua crítica feminista, Kittay irá construir um ideal de igualdade baseada na conexão, que surge da característica de todos sermos “filhas/filhos de alguma mãe”, ou seja, sermos alguém cuja dependência, em determinado momento da vida, é qualidade essencial e que, para prosperar, teve que ter o investimento emocional e pessoal (além de financeiro) de uma cuidadora que, por isso, cria uma demanda de respeito para ambos. Apesar de essa ser uma concepção de igualdade pouco ortodoxa no Direito e de dificilmente poder, dentro das atuais construções jurídicas, servir de elemento principiológico sistemático, de modo a permitir integrações e interpretações necessárias, tal não impacta nas análises deste trabalho. Este trabalho se calca na noção de que existe, social e legalmente, o direito ao cuidado e a obrigação, principalmente familiar, de prover esse cuidado e que, a partir dessa obrigação, imposta pela sociedade sobre determinadas pessoas, igualmente podemos trazer para o seio do Direito algumas das legítimas reivindicações de respeito e justiça que Kittay extrai de seu esquema moral.

pessoa cuidada em si, a qual tende apenas a se beneficiar de uma sociedade que permita esse arranjo:

Tais pretensões [que decorrem de uma igualdade baseada numa relação de conexão] são direitos subjetivos, primeiramente, a uma relação na qual alguém possa ser cuidado se e quando for apropriado e, em segundo lugar, a uma situação favorecida socialmente na qual alguém pode exercer o cuidado sem que o cuidar se torne uma ameaça ao próprio bem-estar da cuidadora. Esse segundo direito subjetivo vai além do direito ao cuidado em si e possui qualidades distintas deste último.

O direito a licença maternidade e paternidade e outras licenças para cuidar de familiares em necessidade são um ótimo exemplo de direitos característicos dessa concepção de Igualdade. A trabalhadora que reivindica um direito à licença familiar não o faz apenas em seu próprio benefício – só pelo tempo fora do trabalho –, o faz, em primeiro lugar, em benefício e em razão da pessoa dependente que recebe a benesse do cuidado e da atenção, a qual é possível em razão do tempo fora do trabalho. Mais do que isso, essa é uma reivindicação que, muitas vezes, não pode ser feita diretamente pela pessoa dependente em seu próprio benefício.³³⁸

Veja, portanto, que fazer justiça à trabalhadora de dependência, gerando as condições adequadas para que esse trabalho seja realizado de forma próxima à idealmente descrita, pode ser caracterizada como *uma demanda e um direito da própria pessoa dependente*.

É importante, antes de avançar a partir dessa conclusão, deixar registrado aqui algumas considerações sobre o lugar das mulheres nessa teoria e o porquê do uso de nomes e pronomes no gênero feminino. Quando Kittay fala, no início de seu trabalho, que sua preocupação é com a igualdade de todos os cidadãos, ela tem em vista não só trabalhadores de dependência genericamente falando. A expressiva maioria das pessoas que exercem esse trabalho são mulheres e as condições de vulnerabilidades verificadas em sua execução são parte significativa, defende a autora, da desigualdade das mulheres na sociedade, em sua condição e em suas oportunidades.³³⁹ Essa realidade certamente se

³³⁸ Tradução livre de: “Such claims are entitlements first to a relationship in which one can be cared for if and when appropriate, and second to a socially supported situation in which one can give care without the caregiving becoming a liability to one’s own well-being. The last is an entitlement that goes beyond, and has different properties than, the entitlement to the care itself. Family leave policies are a fine example of entitlements characteristic of this concept of Equality. The worker who claims an entitlement to a family leave not only claims it on her own behalf – for the release time from work – but primarily claims it for the sake of the dependent who receives the benefit, the care and attention made possible by the release time. Furthermore, this is often a claim that the dependent cannot make on her on behalf.” KITTAY, Eva Feder. *Love’s Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 66.

³³⁹ “Although one can speak in gender-neutral terms about dependency workers, we know that it is women – in their roles as mother, sister, wife, nurse, and daughter – who have largely undertaken dependency work. Equally important, it is in their role as dependency workers that women have been made vulnerable to poverty, abuse, and secondary status. Well-documented evidence has been adduced for the claim that it is within the patriarchal marriage – that is, a marriage in which the roles of breadwinner and caregiver are

reproduz a partir das obrigações impostas às familiares de pessoas dependentes em nosso direito, obrigações essas que, apesar da pretensa neutralidade de gênero da lei, acabam sendo majoritariamente assumidas por mulheres. Em recente pesquisa, Albuquerque, Melo e Silva verificaram que, conforme dados coletados no Poder Judiciário de Maceió/AL, as mulheres são as “que mais pleiteia[m] a curatela de seus familiares, sujeitando-se ao encargo de responsabilidade quanto dos interesses da pessoa interditada”.³⁴⁰ Os dados do artigo, considerado seu recorte limitado, indicaram que, para a amostra analisada, 75% dos interditantes são mulheres, sendo elas filhas, genitoras, esposas e tias.³⁴¹ A preocupação, portanto, com a mais adequada distribuição do trabalho de dependência e da estruturação social para que tal trabalho seja adequadamente realizado afeta não somente as questões atinentes ao próprio cuidado e aos direitos das pessoas com deficiências, mas também questões mais profundas de igualdade de gênero e cidadania.

defined by gender – that women often suffer psychological, sexual, and other physical abuse as well as economic exploitation. This situation depends on what is too often merely a serviceable fiction: Within patriarchal marriage, women accept a limit on their freedom to define and pursue whatever needs and aspirations are incommensurate with their dependency work – and the men, in return, will protect them from other men and provide “their” women with economic resources. This “contract” effectively bars women’s entrance into the public arena of political and economic participation. As the patriarchal marriage loses some of its grip, the promise, and responsibility, of equal opportunity opens before women. The Enlightenment vision, projected onto women, is that paternalistic protectionism that infantilizes women will lose its sway and women will enter the world as equals. But the Enlightenment vision leaves unchallenged women’s role as dependency workers. The public space, within liberal political and economic theory, has largely remained the domain of free, equal, rationally self-interested beings. Entering that space does not free the dependency worker from responsibilities to her charges. The exercise of an unfettered, rational self-interest presumed possible for the putatively non-dependent and independent worker is not possible for the dependency worker whose responsibilities to her charge remain primary. Consequently, the inequality she experiences in a cooperative arrangement with a provider dogs her even as she enters the public sphere to play the role of provider herself. Not surprisingly, many women enter that public space by taking on the paid labor of dependency work. In what we might call a “dialectic of dependency”, this labor again serves as a basis for the exclusion of the Woman from the fraternity of equals in political life, even as it permits her a measure of economic independence. For the work of caring for dependents, whether paid or unpaid, requires – morally, sometimes legally, and as an excellence of the work itself – attention to the needs and concerns of another, often to the exclusion of one’s own. The interest of the dependency worker remains attached to that of her charge, even as it exists in tension with that of the charge. The freedom of the dependency worker to shape her goals and give expression to her desires is limited not only by the goals and desires of other autonomous beings like herself. Her freedom is more fundamentally constrained by the internalized needs and aspirations of others who depend on her.” KITTAY, Eva Feder. *Love’s Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999, p. 40.

³⁴⁰ ALBUQUERQUE, Rossana Maria Marinho; MELO, Camilla Cavalcante de Menezes Amorim; SILVA, Marcos Henrique Souza da. *Mulher-Cuidadora: reflexões sobre o instituto da curatela a partir das relações de gênero. II Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD: Os limites da atuação do Poder Judiciário: Judicialização da política (e da vida) versus ativismo judicial: anais [recurso eletrônico]*. Phillippe Melo Alcântara Falcão (Coord.). Maceió, AL: Escola Superior da Magistratura de Alagoas, ESMAL, 2019, p. 307.

³⁴¹ ALBUQUERQUE, Rossana Maria Marinho; MELO, Camilla Cavalcante de Menezes Amorim; SILVA, Marcos Henrique Souza da. *Ibidem*, p. 304 e 305.

4.1.2. Subsidiariedade na responsabilização civil do incapaz

Da conclusão anteriormente identificada no trabalho de Kittay não decorre, automaticamente, que a curadora *não* deve arcar com os custos dos acidentes em que esteja envolvida a PCD que dela depende. Afirmar imediatamente essa conclusão do interesse verificado, ainda que seja um interesse legítimo e robusto, é cair no problema metodológico apontado na introdução desta tese, o qual se quer evitar, avaliando como o interesse em questão se encaixa no quadro maior da teoria e do instituto jurídico avaliados. De todo jeito, os argumentos vistos servem para indicar que há algo de inadequado na forma como tem sido vista a responsabilização civil das PCDs em nosso direito. Não se pode ingenuamente identificar como medidas justas e protetivas quaisquer solução que simplesmente desonerem a PCDs independentemente de como isso afeta sua vida, suas relações e sua imagem, enquanto grupo, em sociedade.

Apesar disso, é impossível aqui tão somente tomar as conclusões do tópico anterior como possuindo consequências diretas na simples interpretação ou mesmo na interpretação criativa do art. 928 do Código Civil. É preciso ter noção de que, por exemplo, a simples exclusão da subsidiariedade, sem que represente mudanças profundas na teoria e na prática dos direitos das pessoas com deficiência e, principalmente, do direito de família e na regulamentação em geral do trabalho de dependência, pode significar somente uma medida paliativa e pouco efetiva, mesmo porque são raros os casos de danos causados por pessoas adultas declaradas incapazes que chegam ao judiciário e, em geral, como característica do próprio instituto, são aleatórios. Dessa forma, se se concluir que não deve haver subsidiariedade na responsabilização dessas pessoas, tal não pode servir para se imaginar que a situação está resolvida e que a lei recebeu a melhor interpretação possível.

Feitas estas ressalvas, alguns pontos podem ser debatidos a partir dos elementos coligidos. Primeiramente, é possível dizer que a característica de subsidiariedade prevista no art. 928 do Código Civil dificilmente pode ser compreendida, na forma como construída, como medida protetiva das PCDs.

Como visto, são necessários recursos materiais para que seja adequadamente prestado o trabalho de dependência *e esses recursos, em grande parte das vezes, não são divididos de forma clara entre recursos da trabalhadora de dependência, da pessoa declarada incapaz e mesmo de outros membros da família.* A própria trabalhadora de dependência, em grande parte dos casos, possui dificuldades sociais para obter esses

recursos para que possa realizar sua tarefa conforme lhe é demandado. Dessa forma, à parte situações excepcionais onde as pessoas da relação de dependência são abastadas e possuem significativo patrimônio próprio, faz pouco sentido que os recursos da relação de dependência sejam considerados como individuais e apenas aqueles de propriedade da pessoa declarada incapaz sejam protegidos.

Ademais, como visto, olhar para um sem que se olhe para o outro é ver apenas parte da relação e, talvez pior, é instrumentalizar um em benefício do outro. Assim, para fazer justiça a pessoas que se encontram em situação de dependência, é preciso fazer justiça às pessoas das quais elas dependem. Deve-se, nessa perspectiva, perceber que a própria lei entende que, quando se fala em proteção a alguém, subentende-se igual proteção aos seus dependentes. Não por outro motivo o parágrafo único do art. 928 do Código Civil prevê que a indenização a ser suportada pelo incapaz não terá lugar se privar do necessário não apenas a sua própria pessoa, mas também a de seus dependentes. Não se pode esquecer, assim, que a PCD, na aplicação da subsidiariedade, é dependente da pessoa que está sendo responsabilizada. Dependente, inclusive, não apenas em um sentido financeiro. Ainda que a pessoa declarada incapaz possua patrimônio próprio, atingir o patrimônio de seu responsável para que se evite atingir o patrimônio da pessoa declarada incapaz pode significar a redução da própria possibilidade e qualidade do cuidado e, assim, a qualidade de vida e condições de sobrevivência da própria dependente.

Neste contexto, a percepção de que seria possível o deslocamento total dos custos dos danos dos acidentes em que se envolvam essas pessoas para a sua representante legal sem que isso afete o dependente é uma regra distante da realidade de vida dessas pessoas e não se mostra adequada para sua proteção, sendo dificilmente interpretável neste sentido: não existe responsabilização de seus responsáveis que não a afete profundamente, tanto em suas condições materiais / financeiras *quanto nas condições da própria relação de cuidado e dependência que existe entre ela e sua responsável*, seja no que diga respeito a questões afetivo-emocionais, *seja naquilo que é concernente à responsabilização interna à relação de cuidado e às perspectivas de incentivo ou desincentivo à autonomia da pessoa declarada incapaz* ou mesmo no sentido de responsabilização da trabalhadora de dependência pelo provedor, a deixando em pior situação do que já estaria no delicado balanço de poder dos arranjos de cuidado e dependência.

Assim, a regra de subsidiariedade na responsabilização da PCD, em nosso direito, é fruto de uma compreensão inadequada da realidade da vida dessas pessoas e de seu

cuidado. Essa miopia da responsabilização poderia até ser compreensível no final do século XIX, porém é de difícil defesa atualmente.

Em conclusão, se, por um lado, não é justificável o deslocamento total e automático dos custos dos acidentes nos quais se envolve a PCD para a sua responsável, por outro pode ser razoável a responsabilização subjetiva dessa responsável. Se a PCD se envolver em um incidente danoso por um descumprimento de dever por parte de sua responsável, a qual não prestou, em avaliação objetiva de conduta, o suporte e o cuidado esperado, ela poderá, assim, ser responsabilizada conforme uma justificativa razoável.

Essa situação, inclusive, pode ser importante para que se construam parâmetros de conduta razoáveis para essas cuidadoras, valorizando sua autonomia e aliviando sua posição que, conforme discutido, exige que abra mão dos próprios interesses em prol dos interesses da pessoa cuidada. Por exemplo, é preciso que os parâmetros de cuidado dessas cuidadoras / curadoras seja pensado de forma que seja possível o estímulo à autonomia das PCDs, sem que se construa a percepção de que a pessoa sob cuidados deve estar constantemente em vigilância, não podendo haver tarefa que realize sozinha sob risco de perigo para si própria e para terceiros.³⁴²

Essa pode ser, mais uma vez, uma importante situação de valorização dessas cuidadoras e de justiça para com elas, considerada a importância de não se perder de vista a necessária divisão desse papel com homens.

4.1.3. Equidade e a avaliação ampla das circunstâncias do caso e das partes

O parágrafo único do art. 928, como visto, dispõe que a indenização prevista em seu *caput*, “que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou

³⁴² BEST, Eli K. Atypical Actors and Tort Law's Expressive Function. *Marquette Law Review*. Vol. 96, p. 461-515, 2012. p. 502: “Amy’s father testified that Amy had been instructed not to touch the truck’s controls and she had not done so in the past. He seemingly believed she was capable of following instructions and controlling her behavior, yet the court held that it was more negligent for Amy’s father to leave her unattended in the passenger seat for a brief moment than it was for her to turn the keys in the ignition from the passenger seat, which she had been told not to do. The court seemed to presume Amy’s complete incompetence and sent a message that people with cognitive disabilities must be attended to at all times for their safety and the safety of others. Applying the reasonable person standard to people with cognitive disabilities gives courts a valuable opportunity to send a message of potential competence. Whether the disability rights movement succeeds in achieving greater integration and inclusion for people with cognitive disabilities hinges largely on societal perceptions of people with cognitive disabilities. Societal perceptions are malleable, and the courts have a role to play in reducing people’s discomfort and fear, rather than reinforcing it.”

as pessoas que dele dependem”. Gramaticalmente, trata-se de dois dispositivos, um acerca do caráter equitativo da indenização e outro acerca de uma hipótese de seu afastamento. Essas normas são, entretanto, interpretadas como uma única norma por nossa jurisprudência e pela doutrina. No STJ, no REsp n. 1.319.626 – MG, da terceira turma, faz-se referência simples ao fato de que “nos termos do parágrafo único do art. 928, se for o caso de atingimento do patrimônio do menor, a indenização será equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam”.³⁴³ Na quarta turma, no REsp N° 1.436.401 – MG, lê-se o seguinte:

EMENTA

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

1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928).

2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF).³⁴⁴

Veja-se que tanto a mitigação quanto a equidade são definidas no mesmo sentido, como a impossibilidade de a indenização privar o incapaz de um patrimônio mínimo. Os enunciados do CJF citados na jurisprudência são os seguintes:

I Jornada de Direito Civil - Enunciado 39

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.³⁴⁵

V Jornada de Direito Civil - Enunciado 449

³⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.319.626-MG. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 26/02/2013. Publicação no DJe de 05/03/2013.

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.436.401-MG. Quarta Turma. Relator Ministr Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 02/02/2017. Publicação no DJe de 16/03/2017.

³⁴⁵ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n° 39. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/701>>. Acesso em 28 de março 2021.

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.³⁴⁶

Especialmente no Enunciado 39 fica claro que a equitatividade da indenização, nessa interpretação, *traduz*, como um corolário, a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, não levando, conforme enunciado 449, necessariamente a uma redução da indenização fora dessa hipótese de proteção ao mínimo necessário à vida digna.

Essa recorrente confluência da noção de indenização equitativa com a consideração do patrimônio mínimo do incapaz para estipulação da indenização é fundada na abordagem comentada no Capítulo 2 da obra de Maria Celina Bodin de Moraes. A partir de uma pretensa leitura constitucional do direito civil, identifica-se como o objetivo precípua do instituto de responsabilidade civil extracontratual o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima do acidente, sem se preocupar com a discussão da conduta dos agentes culpáveis e de seus responsáveis legais. Neste sentido, só seria permitido reduzir equitativamente a indenização quando esta ameaçar o patrimônio mínimo necessário para a sobrevivência da PCD e apenas no que for necessário para impedir essa consequência indesejada.

Neste sentido, inclusive, há defesa, na doutrina, de que essa regra de equidade tende a não ser estendida para os curadores, pais e tutores, mesmo sendo essa medida preconizada no já citado Enunciado 39 do CJF:

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.³⁴⁷

De fato, é difícil hoje imaginar o STJ aplicando a redução equitativa da indenização aos responsáveis legais pelas pessoas declaradas incapazes. É sabido que a

³⁴⁶ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 449. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/379>>. Acesso em 28 de março 2021.

³⁴⁷ NETO, Eugênio Facchini; ANDRADE, Fábio Siebenechler 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 – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 93-115, jul./set. 2017, p. 108.

Lei n. 8.009/90, assim como o Código de Processo Civil possuem diversas hipóteses de impenhorabilidade de bens, medidas que se fundam numa ideia geral de manutenção de um patrimônio mínimo à sobrevivência, independentemente das pessoas possuírem ou não deficiências, serem ou não reconhecidas como civilmente capazes. No entanto, a aplicabilidade deste tipo de norma não é comumente estendida em termos de analogia na jurisprudência do referido Tribunal, o qual, inclusive, tende a limitar sua aplicação, como na edição, em 2015, a Súmula 549, segundo a qual é “válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”, ou na Súmula 449, segundo a qual a “vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”.

Soma-se a isso o fato de que existe, afinal, larga diferença entre ter seus bens preservados por impenhorabilidade e ter seus bens preservados pela redução equitativa do valor devido em obrigação de indenizar. No primeiro caso, a impenhorabilidade afeta a execução, mantendo-se a obrigação em seu valor total, e, em surgindo bens suficientes antes de prescrita a obrigação, a execução poderá ser efetuada. Já no segundo caso, conforme a mitigação da responsabilidade da pessoa declarada incapaz, sequer forma-se a obrigação de indenização no valor total do dano verificado ou mesmo em qualquer valor, uma vez que a própria indenização é equitativa, calculada conforme os elementos fático-probatórios levados a juízo.

Dadas estas características da interpretação da regra da equitatividade da indenização da pessoa declarada incapaz no Brasil, pergunta-se se essa é a melhor interpretação possível, considerada a justificação da responsabilidade civil conforme dada nos capítulos anteriores e, principalmente, os benefícios esperados para a PCD a partir dessa regra, benefícios tão frisados pela doutrina, como se mostrou no início do capítulo.

Pode-se argumentar, inicialmente, que, partindo da própria lógica da interpretação protetiva, essa não é a interpretação mais adequada possível da avaliação equitativa da indenização. Se há outros sentidos de uma possível avaliação equitativa mais benéfica para a PCD, porque deve prevalecer aquela que busca, ao máximo e sem justificativa sólida, beneficiar a pessoa lesada? Não basta, aqui, afirmar que a reparação é um corolário da dignidade humana, essa afirmação genérica nada justifica nem explica. Por exemplo, se tenho uma vítima abastada, porque devo reduzir o patrimônio da PCD ao mínimo aceitável, transferindo uma indenização de ganho marginal reduzido para a vítima, para

que só então possa conferir o benefício da avaliação equitativa? O simples recurso à noção de dignidade em nada ajuda a responder essa pergunta.

Esse exemplo, por sua vez, nos leva ao segundo argumento contra a interpretação da doutrina e da jurisprudência nacional para o parágrafo único do art. 928 do Código Civil: por que a avaliação de equidade reduz-se a uma avaliação isolada do patrimônio da PCD agente? Veja, a própria noção de equidade pressupõe uma pluralidade de pessoas que devem ser encaradas como iguais e tratadas com base em princípios de isonomia e reciprocidade. Neste sentido, muito chama a atenção uma avaliação de equidade que seja unilateral. Traz-se um exemplo esclarecedor: suponha que a vítima seja tão desprovida de recursos quanto a PCD e, caso não receba a indenização, será ela, no lugar da PCD, que terá seu patrimônio e de seus dependentes reduzido abaixo de uma linha mínima aceitável. Em que se pode falar que essa decisão foi equânime, especialmente se considerado, apenas para fins do argumento, que o objetivo da responsabilização seria a reparação?

Sem pretender dar um caráter comparativo ao presente estudo, mas apenas a fim de exemplificar outras leituras para a equidade da indenização devida pela PCD, verifica-se que na Alemanha a avaliação equitativa leva em consideração o patrimônio da PCD agente causadora e as necessidades da vítima, ressaltando a importância de se avaliar a situação de ambas as partes, enquanto no *Draft Common Frame of Reference* – DCFR da União Europeia, em seu artigo 5:301, tal avaliação deve levar em conta o patrimônio da PCD e todas as demais circunstâncias do caso.³⁴⁸

Esse último exemplo, já fugindo dessa lógica da proteção e da reparação enquanto objetivo, leva a um outro questionamento: como a avaliação de equidade poderia se limitar apenas a uma avaliação patrimonial, ignorando todos os demais elementos que compõem a própria relação de responsabilidade civil, como o direito violado, a culpa e o dever de cuidado relevante, a causa, o dano e a própria vítima? Certamente todos ou alguns desses elementos deveriam compor uma avaliação equitativa do valor da indenização devida.

Neste ponto, pode nos ajudar a entender esse caráter equitativo da indenização da PCD o recurso a outra hipótese de avaliação equitativa da indenização em nosso direito, uma que especifica quais desses elementos deverão ser levados em consideração quando da identificação de uma hipótese em que se pode utilizar um juízo equitativo. O parágrafo

³⁴⁸ van DAM, Cees. *European Tort Law*. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 271.

único do art. 944 do Código Civil estabelece, neste sentido, que a avaliação do valor da indenização poderá fugir à regra geral de seu *caput* quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, situação na qual o juiz poderá reduzir equitativamente a indenização. Como se justifica essa regra de exceção em nosso ordenamento e como ela deve ser aplicada?

Há, em geral, algumas confusões em nossa doutrina a respeito dessa regra. Algumas críticas alegam que tal regra exporia uma desconsideração ou desimportância da situação da vítima e mesmo da necessária avaliação das condições econômicas do ofensor.³⁴⁹ Chegou-se a aventar a inconstitucionalidade da regra ante a tutela constitucional do direito de propriedade,³⁵⁰ mas é mais comumente alegado esse vício ante uma pretendida garantia constitucional da reparação de danos, hipótese que só autorizaria a redução da indenização a fim de atender à dignidade do autor do dano, garantindo-lhe um patrimônio mínimo³⁵¹, ou a fim de atender a qualquer outro princípio constitucional que, no caso concreto, tenha peso maior que o alegado direito a reparação.³⁵²

Sobre estas críticas, apenas alguns breves comentários servem ao propósito deste trabalho para afastá-las. Para aqueles que entendem que há um direito constitucional à reparação, o peso argumentativo vai muito além da compreensão de uma regra, como a que está em comento, que visa corrigir possíveis distorções que podem surgir na prática da responsabilização civil. É preciso, como já argumentado no capítulo 2, justificar o

³⁴⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>>. Acesso em 14 de maio de 2020. p. 11/12; 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 (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019. p. 495-510; 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*. Ano 8, vol. 29, p. 3-34, janeiro a março de 2007.

³⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas; SILVA, Denis Franco. *Neminem laedere: o novo código civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 20, 2004, p. 257.

³⁵¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>>. Acesso em 14 de maio de 2020. p. 11/12; 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 (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019. p. 495-510.

³⁵² 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*. Ano 8, vol. 29, p. 3-34, janeiro a março de 2007.

próprio instituto da responsabilidade civil para que se conforme a essa pretensa garantia constitucional de reparação. Como um instituto com forte marca de aleatoriedade, cujas possibilidades de reparação são extremamente limitadas, pode atender ao direito constitucional alegado? É óbvio que nesse contexto a regra do art. 944, parágrafo único, faria pouco sentido. Mas ela não foi pensada para essa leitura “constitucional” pouco convincente do instituto da responsabilidade civil.

Da mesma forma, são pouco compreensíveis as críticas que afirmam que o dispositivo legal errou em considerar, para a análise de redução da indenização, apenas a culpa do ofensor e o dano, tendo ignorado a vítima ou outros fatores que poderiam ser mais relevantes para essa análise. Ora, um juízo de equidade é precisamente um juízo que leva em consideração as circunstâncias do caso concreto contra possíveis limitações da letra fria da lei.³⁵³ Por definição, se a equidade é a avaliação do caso concreto para além dos limites da regra legal, como se pode alegar que a determinação de um juízo de equidade tenha ignorado, antemão, as circunstâncias de ambos os interessados? Mais, se se fala em equidade, dimensão de justiça que traz em si uma aspiração de igualdade, como se pode entender que houve abertura para uma análise unilateral do caso, desconsiderando-se uma das partes envolvidas? Afirmar, assim, que houve desconsideração da vítima no referido dispositivo é apenas ignorar que não é possível um juízo de equidade que não a leve em consideração.

O que o parágrafo único do art. 944 faz, quando destaca a relação entre culpa e dano, é dar expressão à situação, na grave desproporção entre esses elementos, que indicaria uma *possível* injustiça na simples aplicação da letra fria da lei. Sequer há uma afirmação peremptória de que havendo desproporção entre culpa e dano é, por si, injusta a reparação. Apenas afirma-se que, em havendo tal desproporção, existe indício de que pode haver alguma injustiça na aplicação da regra de responsabilização subjetiva, situação na qual o juiz *poderá*, então, avaliar o caso em juízo de equidade, conforme *todas* as circunstâncias do caso concreto, como é característico da própria definição de um juízo de equidade. *A regra em questão traz, portanto, apenas os critérios que autorizam uma análise de equidade e não os critérios que devem balizar essa análise.*

³⁵³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade do Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004; BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/notas-sobre-o-paragrafo-unico-do-artigo-944/>>. Acesso em 14 de maio de 2020, p. 19; 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. 25.

Mas porque, enfim, essa relação entre culpa e dano pode indicar uma possível injustiça na relação de responsabilização subjetiva? A justificativa dessa regra, na doutrina nacional, é, em geral, apresentada por meio de exemplos e casos concretos que despertariam uma intuição de injustiça,³⁵⁴ o que, entretanto, acaba por não captar-lhe a essência.

Essa intuição de injustiça, entretanto, é captada de forma mais clara e descrita de forma precisa por Jeremy Waldron em texto sobre a temática. Mesmo ciente de que, na construção teórica da responsabilidade enquanto expressão da justiça corretiva, a culpabilidade moral e, principalmente, o caráter moral do agente responsabilizável civilmente pouco influenciam nessa esfera jurídica, Waldron percebe que quando é muito contrastante a ausência desse tipo de culpabilidade com um excessivo gravame da responsabilização jurídica, tende-se a considerar injusta a situação:

Seria errado, entretanto, inferir que o mérito moral individual, em sentido amplo, não possui qualquer lugar em nossa compreensão ou avaliação da responsabilidade civil. Mérito, e o critério de justiça que lhe é associado, não são conceitos que podem ser restringidos dessa forma. Pense na variedade de contextos nos quais dizemos, intuitivamente, que alguma coisa deu errado em razão de haver grande diferença no bem-estar das pessoas, mesmo quando essa diferença não possui qualquer relação com uma possível comparação de mérito entre elas. A ideia de que deve haver alguma relação entre como as coisas vão para uma determinada pessoa e o quão bem ela agiu informa nossa avaliação do mundo em qualquer âmbito. Evocamos parâmetros de justiça para avaliar leis e instituições sociais, o que não poderia ser diferente para domínios legais específicos: usamos esses parâmetros para nos queixarmos de Deus, da natureza, e de doenças. Debatermos, comumente, se alunos recebem as notas que merecem; se ganhou o melhor time; se os empresários merecem seus lucros; sobre quem merece, em um grupo de sócios, o maior salário; e assim por diante. Em nenhum desses casos o apelo ao merecimento pessoal é um fator determinante oficial; e essa é, talvez, a principal diferença dessa noção em contraposição a um sistema de justiça retributiva. Mas, em qualquer um desses casos, uma dissonância sistemática e relevante entre os resultados e os méritos seria vista como um ponto contra a intuição de justiça e, dessa forma, um motivo apropriado para uma crítica social.

Em outras palavras, uma desproporção relevante entre resultados individuais e a avaliação moral do caráter e da conduta desse indivíduo parece ser uma forma primária de injustiça, situação na qual, certamente, a reclamação “Isto é injusto” não pode se restringir ao direito penal.³⁵⁵

³⁵⁴ 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. Ano 8, vol. 29, p. 3-34, janeiro a março de 2007.

³⁵⁵ Tradução livre de: “It would be wrong, however, to infer that individual moral desert, broadly construed, has no place in our understanding or assessment of tort liability. Desert, and the associated criterion of fairness, are not concepts that can be confined like that. Think of the variety of contexts in which we say intuitively that something has gone awry because there are enormous differences in people’s well-being that are unrelated to any sense of their comparative desert. The idea that how things go for a person should bear some sort of relation to how well he has acted informs our assessment of the world on all sorts. We

É difícil colocar o argumento em melhores termos que os usados por Waldron. Havendo uma grave distorção entre nossa percepção da culpabilidade moral da agente e o gravame da responsabilização (no caso, jurídica), a percepção de injustiça pode minar a própria credibilidade social da instituição.

Veja que os elementos relevantes aqui são, independentemente se se está falando de responsabilidade civil, a culpa do agente e o gravame do resultado. São exatamente esses elementos que geram a percepção de injustiça. Outros elementos, como o proposto elemento da avaliação do patrimônio do ofensor, não traduzem, por si só, qualquer situação de injustiça pela responsabilização. Se o ofensor agiu de forma a demonstrar, além da culpa jurídica, uma culpabilidade moral perceptível, o fato dele ter um patrimônio bastante reduzido não faz com que sua responsabilização por gravame elevado gere a sensação, por si, de injustiça no caso de, por exemplo, a vítima ter, igualmente, o patrimônio reduzido. Agora, se ambos possuem baixíssima culpabilidade moral, aproximando-se o incidente danoso de um acidente sem culpados, é palpável a percepção de injustiça em se atribuir para um único desses azarados a totalidade dos elevados danos.

E veja, desses exemplos, que a solução não pode ser fixa, justificando exatamente o recurso da lei à equidade casual: a desproporção entre culpa e dano pode indicar possível injustiça, mas não é possível afirmar essa situação sem a avaliação dos demais elementos do caso. Se uma pessoa, ainda que de patrimônio reduzido, dolosamente ou com elevado grau de culpa causa graves danos ao patrimônio de alguém com o patrimônio elevado, essa diferença patrimonial e mesmo o gravame dos danos não justificam qualquer alteração da regra. Por outro lado, ainda que sejam vítima e agente pessoas de elevadíssimo patrimônio, o fato de um causar ao outro um elevado dano por uma culpabilidade moral quase inexistente, pode fazer com que a situação pareça injusta e,

invoke standards of fairness for assessing social human laws and institutions, let alone to any particular legal domain: we use it to rail against God, against nature, against disease. We commonly argue about whether students get grades they deserve; about whether the most deserving team won the World Series; about whether entrepreneurs deserve their profits; about who among a group of associates deserves the higher salary; and so on. In none of these cases, is an appeal to personal desert the officially determinative factor; and perhaps that is the main contrast with a system of retributive justice. But in each case, systematic and sustained dissonance between outcomes and deserts would be seen as a point against the intuition in question and an appropriate basis for social criticism. To put it another way, a gaping disproportion between individual outcomes and the morality of individual characters and conduct seems to be a primary form of unfairness, and certainly the complaint 'It's unfair' cannot be confined to the criminal law." (WALDRON, Jeremy. Moments of Carelessness and Massive Loss. In: OWEN, David (Ed.). *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 390/391.)

nesse caso, demande uma distribuição casual mais razoável dos danos, pelo recurso à equidade.

Outro ponto importante é afastar a percepção da doutrina brasileira de que a aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil se daria apenas no caso daquilo que, em doutrina altamente questionável de partição da culpa, se convencionou chamar de culpa levíssima, que seria aquela que envolveria a observação de deveres de cuidado que iriam além dos ordinários. Bandeira sintetiza bem essa posição quando afirma que “a norma corrobora a ideia de que a culpa levíssima, em regra, não impõe a reparação, vez que o *standard* de conduta adotado pelo homem diligentíssimo revela-se inexigível da generalidade dos homens”.³⁵⁶ Essa percepção é incompatível com a justificação, adotada nesta tese, para a responsabilidade civil. Se a conduta é inexigível da pessoa razoável (o que independe da dificuldade existente para observar esse parâmetro), ela não gera a responsabilização do agente. Logo, não se pode confinar a aplicação da desproporção entre culpa e dano somente aos casos em que a culpa esteja fora da hipótese de uma culpa razoável.

E essa posição, muito claramente, impediria o recurso à referida regra legal em casos em que ela poderia, tranquilamente, se aplicar. Pense no caso de uma pessoa provida de patrimônio bastante limitado e que, em um breve momento de descuido no trânsito, talvez até um descuido moralmente louvável para desviar de uma animal que cruza a via, ela imprudentemente colide com um veículo de valor milionário. No caso, sua culpa não é levíssima no sentido de que a conduta esperada não poderia lhe ser exigida enquanto razoável de quem se dispõe a integrar a comunidade de pessoas aptas a dirigir. Sua culpa é razoável e, na maior parte das circunstâncias imagináveis, geraria sua responsabilização integral pelos danos sem maiores questionamentos. No presente caso, entretanto, o dano ocasionado pode arruinar a vida do agente e de sua família e, por mais que sua culpa tenha sido razoável, sua conduta foi moralmente louvável. Nessa situação, o hiato entre a culpa e o dano é abismal: como pode alguém que tenha tentado salvar vida de uma animal ter sua própria vida arruinada por ter que pagar um veículo de milhões de reais para alguém que, no outro dia, pode comprar outro veículo igual? Agora, pense que, em vez de ter acertado um veículo milionário, o motorista hipotético tenha acertado um veículo utilizado por uma pessoa relativamente modesta como atividade econômica, um carrinho

³⁵⁶ BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/notas-sobre-o-paragrafo-unico-do-artigo-944/>>. Acesso em 14 de maio de 2020, p. 18.

de venda de lanches. Tendo destruído esse veículo, a vítima consegue provar que não tem recursos para recuperar seu bem e que, sem ele, terá sua renda reduzida a praticamente zero. Nesse caso, veja, não se tratam de milhões de reais, mas a indenização total talvez cabível no caso pode ser o suficiente para arruinar a vida do agente. Qual seria a solução? É fácil ver que é impossível a sua pré-definição, daí o recurso legal à possibilidade do juízo de equidade pelo juiz, caso ele entenda necessário.

Perceba-se, então, que a equidade é juízo que, diferente do juízo simples de responsabilidade civil, pode trazer para a análise os aspectos morais e subjetivos dos agentes, além das demais circunstâncias do caso e daquelas para além do caso, porém não se vinculando a nenhum desses elementos de forma predefinida.

Na verdade, quem estará envolvido e quais as circunstâncias desses incidentes danosos são questões que, como já discutido, estão, muitas vezes, submetidas à chance. Considerando, assim, esse inafastável elemento sorte da responsabilidade civil, onde agentes moralmente irresponsáveis são, muitas vezes, chamados a responder juridicamente por seus atos, pode-se concluir que a regra de redução equitativa da indenização serve justamente para reduzir os possíveis efeitos injustos da sorte e do azar na vida das pessoas. Toda essa percepção aqui construída, inclusive, já era clara na justificativa feita por Arruda Alvim para a inclusão do dispositivo em questão no projeto que foi posteriormente convertido em Código Civil:

Do mesmo modo, em face do Código Civil, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; e sobretudo não vale nunca como atenuante. Todavia não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que economizou a vida toda para garantir a velhice, pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que ‘acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade.’ E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou. É justamente por reconhecer isso que o legislador manda indenizar no caso de acidente do trabalho, embora ele ocorra, quase sempre, por motivo de descuido, negligência, imprudência, enfim culpa do empregado. Por estas razões é que o projeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias.³⁵⁷

É interessante, na justificativa contida neste trecho, não só a clara preocupação em corrigir as possíveis graves distorções da sorte na responsabilização civil, mas também o

³⁵⁷ ALVIM, Agostinho. Direito das obrigações: exposição de motivos. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano IV. n. 24. pp. 101-102.

elemento moral contido no exemplo dado. Trata-se, nas colocações do autor, não só de um homem de patrimônio reduzido, mas um homem que economizou a vida toda para garantir sua velhice. Veja que há aí um elemento claro de avaliação moral do agente, não apenas de sua conduta no caso em si. Essa avaliação, na lógica da responsabilização subjetiva com critério objetivo de avaliação da conduta, seria inaceitável, porém é resgatada por meio do recurso à equidade.

E o que isso tudo tem a ver com a equidade do art. 928, parágrafo único, do Código Civil e com a responsabilização da PCD? Ora, a percepção de injustiça na responsabilização civil dessas pessoas está exatamente na possível ausência de culpabilidade moral em suas condutas e a sua responsabilização pelos resultados de suas ações. Nesse caso, em sendo elevado o dano e havendo a percepção de baixíssima ou mesmo nenhuma culpabilidade moral, pode o juiz avaliar o caso concreto. Perceba, então, que a hipótese de equidade do referido dispositivo aplicado às pessoas incapazes não é, em essência, distinta da hipótese do parágrafo único do art. 944. A diferença é que no parágrafo único do art. 928, diferente da faculdade conferida no parágrafo único do art. 944, *determina-se* que a indenização seja equitativa, determinação que expressa uma compreensão de que a lei presume que não há responsabilização moral no caso da pessoa declarada incapaz, devendo haver um juízo de equidade no caso de ser necessária sua responsabilização civil.

A identidade da racionalidade normativa entre as duas regras vale, inclusive, para a percepção de que não há avaliação prévia dos possíveis elementos da equidade, mesmo para o caso das pessoas declaradas incapazes, não sendo possível afirmar que essa avaliação de equidade deve sempre gerar benefício para a pessoa incapaz. Se, por exemplo, uma PCD com grave transtorno mental, porém de elevadas posses materiais, causa dano significativo para uma pessoa de patrimônio reduzido, ainda que se avalie que não há praticamente nenhuma culpabilidade moral, poderá o juiz imputar a totalidade dos danos, uma vez que a correção aqui se mostraria apta a fazer justiça entre as partes.³⁵⁸

³⁵⁸ Para encerrar esse ponto, cabe aqui uma referência à Nota de Rodapé 155 (à p. 70), na qual foi referenciada a divisão de Ripstein entre os efeitos de uma *brute luck*, submetidos a uma racionalidade distributiva, e os efeitos de uma *option luck*, submetidos a uma racionalidade corretiva. Afirmou-se, sobre essa divisão, que Ripstein compreende que devem ser constantemente corrigidos os efeitos da *brute luck* para que sejam justos os resultados decorrentes da racionalidade corretiva aplicada aos efeitos da *option luck*. Neste sentido, o mecanismo de equidade em comento pode ser extremamente importante para evitar a crítica aventada na referida nota, segundo a qual um sistema corretivo aplicado às PCDs só seria justo caso haja devidamente instituído um sistema de suportes adequado. Sendo este último parte dos mecanismos distributivos da sociedade, poder-se-ia argumentar que sem sua devida instituição, é injusta a

É possível admitir, enfim, que nosso entendimento é de que a responsabilidade da PCD, quando disser respeito a ato para o qual ela não tenha sido curatelada, não será subsidiária, ocorrência natural do gozo de seu direito à plena capacidade legal. Isso, como tentou se demonstrar, não implica em desproteção. Neste caso, diferente da simples atração da regra do art. 928, a avaliação de equidade não será obrigatória, havendo casos em que a PCD responderá integralmente pelos prejuízos causados sempre que avaliada a existência de culpa objetiva. No entanto, poderá incidir a avaliação equitativa quando a falta de compreensão da PCD demonstrar culpabilidade reduzida ante dano elevado, atraindo a possibilidade de análise de todas as circunstâncias necessárias para se definir a indenização cabível e o balanceamento dos efeitos da sorte entre as partes envolvidas.

4.2. CULPA CONCORRENTE

A culpa concorrente é regra de avaliação dos requisitos da responsabilidade civil que diz respeito à conduta da vítima em sua interação com o agente ao qual é imputado, primariamente, os danos ocasionados. Apesar dessa menção ao elemento culpa, uma linha majoritária no Brasil entende que se trata de questão afeta à causalidade,³⁵⁹ no sentido de que não se deve buscar avaliar a culpa da vítima, mas a forma como sua conduta é mais ou menos determinante como causa do dano em relação à conduta do ofensor. Neste caso, por exemplo, Aguiar Dias se refere a *fato da vítima*, corrigindo o que, para ele, seria um erro na menção à culpa.³⁶⁰

O interessante dessa posição de Aguiar Dias para o presente trabalho é que ela é tomada justamente em consideração aos casos em que a vítima seria, no entender do direito à época, inimputável:

É fácil de ver a vantagem que resulta de tal concepção, mais ampla que a da simples culpa, mediante um simples exemplo. Não responde, decerto, uma

responsabilização civil por culpa da PCD. No entanto, considerando que há um possível recurso à regra de equidade para evitar resultados distributivamente muito gravosos, a previsão da regra geral de responsabilização da PCD por culpa deixa de ser criticável logo de saída, podendo ser normalmente aplicada quando sabido que poderá ser afastada caso seja verificado um indesejado distúrbio do quadro distributivo inicial que se aproxime, em suas características, mais de um efeito de uma *brute luck*, dada a desproporção entre culpa e dano, do que de um efeito decorrente da noção de *option luck*.

³⁵⁹ DIAS, Daniel. A chamada "culpa da vítima" é mesmo um problema apenas de causalidade? *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/direito-civil-atual-culpa-vitima-mesmo-problema- apenas-causalidade#_ftnref4. Acesso em 28 de fevereiro de 2022.

³⁶⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 693.

empresa de transportes urbano, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob as rodas do ônibus. Aí, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa de louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho à sua atividade? Claro que não.³⁶¹

Sobre esse ponto, veja-se, que esse argumento seria, na visão do presente trabalho, totalmente inadequado. A vítima, ainda que PCD, pode ter sua culpa avaliada, conforme discutido nos capítulos 2 e 3, não sendo necessário considerar sua conduta como elemento natural apreensível apenas pelo conceito de causalidade na situação. Não obstante, a noção de que a questão da conduta da vítima deveria ser avaliada apenas sob o ponto de vista causal prevaleceu no direito brasileiro, chegando mesmo a ser aprovada enquanto Enunciado na VIII Jornada de Direito Civil, como se pode verificar:

Enunciado 630: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do *quantum* da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um.³⁶²

Daniel Dias rebate de forma convincente essa posição de que a culpa da vítima seria, na verdade, uma questão sobre fato da vítima: primeiro, e mais importante de tudo, argumenta o autor, em linha semelhante à já argumentada neste trabalho, que a simples análise naturalística de causalidade é inviável para essa avaliação.³⁶³ A vítima, nessa perspectiva, sempre irá concorrer para a ocorrência do evento e para o resultado danoso, sendo, inclusive, condição *sine qua non* do evento, e nem por isso deixará de ser considerada a vítima da situação. Assim, como coloca Daniel Dias, é necessária uma qualidade a mais a essa conduta da vítima para que haja redução da indenização devida pelo ofensor,³⁶⁴ qualidade essa que nossa legislação identifica como a culpa havida nessa conduta da vítima.

³⁶¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 693/694.

³⁶² BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 630. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1204>>. Acesso em 28 de março 2021.

³⁶³ DIAS, Daniel. A chamada "culpa da vítima" é mesmo um problema apenas de causalidade? *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/direito-civil-atual-culpa-vitima-mesmo-problema- apenas-causalidade#_ftnref4. Acesso em 28 de fevereiro de 2022.

³⁶⁴ DIAS, Daniel. *Ibidem*.

Neste sentido, é difícil compreender como é possível enunciar, como se fosse óbvio, que culpas não se compensam e, ao mesmo tempo, falar em percentual causal de ações, como é colocado na redação do citado Enunciado 630, noção ilógica numa avaliação factual. Sendo impossível se falar em percentual causal das ações, é impossível que essa abordagem causalista sirva, também, para verificar se há exclusão ou redução da responsabilidade do ofensor e, nesse último caso, em qual medida.

Sendo inábil a abordagem causalista para explicar, sozinha, a consideração da conduta da vítima na responsabilidade civil, Daniel Dias conclui que é preciso, igualmente, considerar as questões referentes à culpa da vítima, como o fez o art. 945 do Código Civil.³⁶⁵ O autor, entretanto, não indica como isso deve ser feito, questão sobre a qual, sem qualquer pretensão de colocar posição definitiva sobre o tema, serão tecidos alguns comentários.

Culpas, de fato, não se compensam, como se fossem objeto de uma operação aritmética, isso realmente é impossível. Apesar disso, um resultado danoso pode advir de uma interação na qual ambas as partes violaram de forma significativa o seu dever de cuidado para o caso. Assim, em situação contrária àquela já discutida em que nenhuma das partes agiu com culpa relevante (sendo ambas vítimas do azar), no caso da culpa concorrente ambas as partes, ou ao menos a vítima, violaram o dever de cuidado de forma a refletir no julgamento da responsabilização. Não se trata, assim, de culpas se compensarem. Se trata do fato de que as consequências danosas da interação possam ser relacionadas tanto a um comportamento incorreto da agente quanto da vítima. Nesse caso, sendo percebido que ambas são culpadas em relação aos danos verificados, é preciso distribuir entre elas o prejuízo havido, conforme a gravidade da violação dos deveres relevantes de cuidado, uma vez que não haveria justificativa, em uma lógica corretiva, para que apenas uma delas arcasse sozinha com os prejuízos.

³⁶⁵ Em seu texto, Daniel Dias afasta a aplicação da teoria da necessariedade e a da causalidade adequada, indicando, posteriormente, uma afiliação à teoria alemã da imputação objetiva, a partir da qual afirma, em citação direta a Dirk Looschelders, que para a determinação da juridicidade de uma conduta não bastam elementos de avaliação empírica sobre os riscos gerados, envolvendo, na verdade, juízos normativos e ponderações para a sua definição. Como, na presente tese, não é trabalhada a noção de imputação objetiva, tendo sido apontada a normatividade das avaliações das condutas em responsabilidade civil por meio da teoria de Ripstein, basta, portanto, a identificação de que Dias afasta o caráter de causalidade da avaliação da culpa concorrente, ainda que por fundamentos relativamente distintos. Uma versão mais extensa e profunda do raciocínio desenvolvido por Dias no texto citado pode ser lida em sua tese de doutoramento: DIAS, Daniel. *A Corresponsabilidade do Lesado no Direito Civil: Da Fundamentação da Irreparabilidade do Dano Evitável*. 262 f. Tese (Doutor em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Ripstein, sobre o tema da *comparative negligence*, afirma que se a vítima assume parte dos riscos da negligência do agente, acaba por reduzir, igualmente, a responsabilização deste último, sendo tomada a conduta da vítima, assim, como relevante para o surgimento e a concretização desse risco e para a definição sobre quem irá arcar com seus custos. A lógica, para o autor, é a mesma já trabalhada no capítulo 2 desta tese, a lógica da assunção de riscos e situações de interação: mesmo que o agente com quem a vítima interage esteja sendo negligente, tal não autoriza que a vítima desloque os custos de sua própria negligência, e dos riscos por ela criados, para o agente. Da parte deste último, pode-se dizer que pessoas que falham em cuidar de sua própria segurança não podem ser consideradas, no sentido normativo relevante, previsíveis.³⁶⁶

Veja, dessa forma, que a questão, como era de se esperar, recai nas noções de reciprocidade e de justos termos de interação, sendo marcada pela impossibilidade de se transferir os custos dos próprios riscos para as demais pessoas e, por outro lado, pela importante noção normativa de previsibilidade. Torna-se, assim, totalmente normativa a questão da culpa da vítima, na qual será avaliado, conforme os parâmetros de conduta para ela esperados, se ela descumpriu seus deveres de (auto)cuidado e contribuiu para a ocorrência do resultado danoso em sua interação com a agente.

No entanto, cabe aqui a inserção de um importante elemento: como visto no capítulo anterior, a forma como é avaliada a culpa da vítima, ou seja, a forma como são avaliados seus deveres de cuidado, não necessariamente precisa ser simétrica e idêntica à forma como se avaliam os deveres e a culpa da agente. Como Dorfman coloca, a possível assimetria na avaliação das condutas das agentes e das vítimas refletiria o quanto, em uma determinada sociedade, são estimados os valores da liberdade e da segurança.

Essa justificativa, conforme discutido, foi levantada por Dorfman para fundamentar a análise da conduta das PCDs agentes conforme parâmetros gerais de conduta, aplicados para qualquer pessoa, enquanto para as vítimas PCDs seria utilizado um parâmetro ajustado para o comportamento de grupo, refletindo uma valorização da segurança desse grupo de possíveis vítimas. Essa lógica de se avaliar a assimetria de parâmetros de conduta, entretanto, pode ser interessante para discutir uma possível justificativa de uma proposta de valorização da liberdade e da autonomia das PCDs na relação de responsabilização civil feita por Johnny Chriscoe e Lisa Lukasik.

³⁶⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 110/111.

Não obstante esses autores considerarem que a culpa exigida na responsabilização é algum tipo de culpa moral,³⁶⁷ diferentemente do assumido no presente trabalho, sua proposta pode se amoldar às bases aqui trabalhadas. Os autores em questão não buscam, no caso, um parâmetro ajustado para as PCDs agentes. O que se propõe é uma mudança de perspectiva, onde o foco da análise de razoabilidade deixa de estar nas desvantagens da PCD decorrentes de sua condição e passa para a percepção dessas deficiências e desvantagens por parte da vítima sem transtornos mentais.³⁶⁸

A ideia central é que, atualmente, após anos de publicização da luta por direitos das PCDs, além da instituição de diversas legislações que buscam a inclusão e a integração dessas pessoas e da neurodiversidade existente em nossa sociedade, não há mais espaço para se argumentar que as deficiências que envolvam transtorno mental são uma condição imprevisível e que representem, por si, um risco para as demais pessoas.³⁶⁹ Essa razoabilidade, assim, do conhecimento a respeito da presença dos transtornos mentais em nossa sociedade poderia ser, de forma justa, *incorporada ao parâmetro objetivo de conduta como parte do arcabouço razoável de informações a partir das quais as pessoas devem agir em nossa sociedade.*³⁷⁰

Incorporando à noção de razoabilidade o conhecimento a respeito da neurodiversidade no âmbito social, seria dificultada a utilização de argumentos que apelem para uma suposta imprevisibilidade dos riscos decorrentes das ações *irracionais* das PCDs, impactando, dessa forma, na possível análise da conduta da vítima na interação de resultado danoso, ou seja, influenciando na forma como será avaliada a culpa concorrente da vítima.³⁷¹ Não seria possível, nesse caso, argumentar-se que as vítimas, em geral, seriam incapazes de se resguardar contra a presença e a manifestação de transtornos mentais em nossa sociedade.³⁷²

Não se trata, aqui, de propor uma presunção absoluta de que a vítima deveria saber, em qualquer situação, da possibilidade de se estar interagindo com uma PCD e, dessa forma, sempre levar isso em consideração em sua ação. Os impactos da proposta de Chriscoe e Likasik são bem mais limitados que isso. Por exemplo, no caso de danos

³⁶⁷ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. Re-examining Reasonableness: Negligence Liability in Adult Defendants with Cognitive Disabilities, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 6, p. 1-80, 2015. p. 42.

³⁶⁸ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 57.

³⁶⁹ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 60.

³⁷⁰ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 57.

³⁷¹ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 58.

³⁷² CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 60.

causados *intencionalmente* pela agente PCD não seria possível avaliar, na forma proposta, a culpa da vítima,³⁷³ não sendo prejudicada a sua reparação. Além disso, mesmo nos casos de negligência, se avaliado, conforme as circunstâncias, que não havia previsibilidade, em seu sentido normativo, da condição da agente do dano, tal condição não poderia ser levada em consideração para a avaliação da conduta e da culpa da vítima.³⁷⁴ Por exemplo, se uma PCD, em razão de sua deficiência, derruba um objeto de um local de altura elevada e esse objeto vem a ferir algum passageiro desavisado, de modo que não havia a menor possibilidade de se perceber que havia, ali, interação com uma PCD, essa condição da agente não irá, de forma alguma, influenciar na avaliação da conduta da vítima.

Trata-se, assim, de uma proposta que, considerando o conhecimento que se espera, como razoável, a respeito da integração das PCDs em sociedade, impacta-se na avaliação da conduta da vítima nas situações em que esse conhecimento permitiria, dentro da noção de razoabilidade e de justos termos de interação, apreciar as circunstâncias decorrentes da presença de uma PCD na situação de interação e considerá-las para moderar o seu próprio comportamento, reduzindo, assim, o nível dos riscos de dano.³⁷⁵ Não se pode mais considerar que a população presume que PCDs estejam escondidas da sociedade, afastadas em instituições.³⁷⁶

Em síntese, propõe-se uma atualização do parâmetro da pessoa razoável, inclusive para a vítima, para considerar dentro dessa noção de razoabilidade o conhecimento básico a respeito da presença das PCDs em nossa sociedade.³⁷⁷ Não se trata, vale esclarecer, de conhecimentos específicos sobre determinadas patologias e suas características.³⁷⁸ O que se incorpora no parâmetro da razoabilidade é a percepção de que interage-se em uma sociedade diversa e inclusiva, não sendo razoável presumir-se que todos que agem ao seu redor o fazem a partir de uma patamar mínimo e imutável de capacidade, devendo ser levada em consideração a possível neurodiversidade.³⁷⁹

Essa abordagem já havia sido sugerida, ainda que não de forma tão direta, por David Seidelson e foi também aventada por Patrick Kelley. Seidelson, apesar de não propor um ajuste de parâmetros objetivos, cogitou que não seria injusto atribuir à vítima

³⁷³ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. Re-examining Reasonableness: Negligence Liability in Adult Defendants with Cognitive Disabilities, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 6, p. 1-80, 2015. p. 58.

³⁷⁴ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 59.

³⁷⁵ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 59.

³⁷⁶ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 60.

³⁷⁷ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 61.

³⁷⁸ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 69.

³⁷⁹ CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. *Ibidem*, p. 69.

o conhecimento sobre as limitações do agente quando não houver elementos de previsibilidade que indicassem o contrário, ou seja, se não houver expectativas razoáveis de um comportamento específico por parte da vítima.³⁸⁰

Kelley, por sua vez, entende que, no caso em que for possível notar que o agente, em razão de transtorno mental, não seguiu ou não irá seguir o padrão de conduta esperável, a vítima seria culpável de forma concorrente no caso de não agir de modo razoável para se proteger.³⁸¹ Diferentemente de Chriscoe e Likasik, Kelley entende que, a depender das circunstâncias, mesmo em caso de danos intencionais deveria haver essa avaliação.³⁸² Se a vítima sabe de eventual perigo de ataque oferecido pela agente com transtorno mental e, mesmo assim, deixa de tomar precauções razoáveis, não se pode considerar que seu dano foi injusto sob a lógica da responsabilidade civil.³⁸³ Por exemplo, se uma pessoa está visitando alguém com transtornos mentais e percebe sinais de risco ou de crise aguda e, mesmo assim, se mantém em posição de risco ou, pior, age de forma a provocar ou agravar a crise vivenciada pela PCD, tais atitudes poderiam ser consideradas para avaliação de culpa concorrente.

Não se pretende, aqui, opinar de forma definitiva sobre esses problemas mais específicos, sobre a possibilidade ou não de se considerar o conhecimento da situação da PCD para a avaliação da culpa da vítima apenas em casos de negligência ou também em casos de danos intencionais, se deve haver um ajuste do parâmetro objetivo ou uma exceção subjetiva ou mesmo como deve ser feita exatamente essa avaliação. O que se propõe aqui é que essa consideração do conhecimento da inclusão das PCDs em sociedade e da neurodiversidade hoje reconhecida são elementos que devem sim compor a elaboração hipotética da pessoa razoável, inclusive para a avaliação das condutas das vítimas.

No caso da vítima ser igualmente uma PCD, vale registrar por fim, considerada a perspectiva de valorização da segurança em patamar superior à liberdade, pode-se compreender que não é razoável aplicar a avaliação da culpa concorrente ou mesmo que seria possível aplicar, nesse caso, um parâmetro objetivo ajustado ou mesmo uma exceção subjetiva em juízo de equidade. No entanto, este é outro ponto que considera-se, no

³⁸⁰ SEIDELSON, David E. Reasonable Expectations and Subjective Standards in Negligence Law: The Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent. *The George Washington Law Review*. Vol. 50, n.º 1, p. 17-24, 1981.

³⁸¹ KELLEY, Patrick. Infancy, insanity, and infirmity in the law of torts. *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 48, p. 179-252, 2003. p. 235.

³⁸² KELLEY, Patrick. *Ibidem*, p. 235.

³⁸³ KELLEY, Patrick. *Ibidem*, p. 235/236.

âmbito da presente tese, apenas adequado indicar, sem a necessidade de se definir aqui qual seria a melhor opção, mesmo porque essa opção envolve a análise de questões substantivas importantes.

Em conclusão a este ponto afirma-se o seguinte: essa atualização do parâmetro de conduta objetivo das vítimas pode ser compreendido, em um sentido mais amplo, como uma forma de suporte, de adaptação razoável da forma de aplicação da regra jurídica de modo a valorizar e criar condições favoráveis ao desenvolvimento da autonomia da PCD. Não apenas haveria essa valorização da agência dessas pessoas, o fato de considerarmos a neurodiversidade como uma situação incorporada ao conhecimento razoável que se espera das pessoas, reduz o peso sobre a PCD e sua cuidadora de estarem, a todo momento, se expondo e anunciando sua condição para que se possa considerar algum nível de previsibilidade nas interações.

4.3. CONCLUSÕES PARCIAIS

No presente capítulo foram analisadas regras de avaliação dos elementos da responsabilidade civil que compõem, junto com a regra geral de imputabilidade, o conjunto de normas de análise da responsabilização e do cálculo da indenização. Incluem-se nessas normas aquelas que, em teoria, teriam sido desenvolvidas como normas protetivas das PCDs no caso de sua responsabilização.

Concluiu-se, dessa análise, que a norma de subsidiariedade da responsabilização da PCD não é, afinal, benéfica da forma como se imagina, não havendo vantagem que justifique que todo o custo dos acidentes em que se envolvem as PCDs sejam automaticamente transferidos para sua responsável legal. Pelo contrário, há fortes argumentos que pesam contra essa imputação objetiva e absoluta das responsáveis, gerando efeitos negativos para a relação de cuidado que se estabelece com a PCD.

Por outro lado, a regra de avaliação da indenização em equidade deve ser adequadamente compreendida e interpretada para que possua os efeitos benéficos esperados. A compreensão de que essa avaliação só é possível no caso de se proteger um patrimônio mínimo da PCD é, injustificadamente, restritiva dos potenciais benefícios advindos da norma. A avaliação equitativa da situação corretiva da responsabilização civil é, afinal, norma que permite ao julgador adentrar circunstâncias e elementos subjetivos cuja consideração estaria afastada na regra geral. Apenas a partir dessa abertura

para a avaliação ampla das circunstâncias do caso e das partes envolvidas é que se pode chegar aos benefícios esperados, sendo claro que a regra de equidade do art. 928 do Código Civil não é, em essência, distinta daquela do parágrafo único do art. 944 da mesma lei. Essa racionalidade em comum dessas normas afasta a necessidade de que seja declarada qualquer tipo de incapacidade incidental da PCD para que ela goze da justa avaliação equitativa de sua responsabilidade caso estejam presentes os elementos relevantes de reduzida culpabilidade moral e elevado prejuízo atribuível a questões relacionadas à sorte.

Enfim, em uma avaliação assimétrica das condutas de agentes e vítimas, expressando uma valorização da autonomia da agente PCD sem comprometer, de forma irrazoável, a segurança da vítima, expressou-se a proposta de que é possível atualizar o parâmetro objetivo de conduta utilizado para a avaliação da vítima com os conhecimentos gerais sobre a neurodiversidade em uma sociedade inclusiva.

Essas conclusões finalizam, na visão deste trabalho, o escopo de uma avaliação geral da responsabilização da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental, suas justificativas e regras gerais e específicas sem que, entretanto, esteja esgotado o tema e as possíveis pesquisas sobre os diversos aspectos relacionados.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve início com a seguinte pergunta: qual a justificativa mais adequada para a responsabilização civil da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental?

Foi possível concluir, partindo da teoria considerada adequada, que a responsabilização da PCD em regime subjetivo não é, somente em razão do transtorno mental, mais ou menos justa que a responsabilização das demais pessoas nesse mesmo regime. O inafastável elemento de sorte existente nesse regime de responsabilização aproxima as situações dessas pessoas, permitindo que a existência de um regime de suportes adequados, considerada a noção de capacidade legal universal, reduza significativamente eventual desvantagem que exista por parte das PCDs em relação às demais.

Qualquer desvantagem residual, nesse arranjo, poderia ser enfrentada por meio da adequada interpretação e aplicação das demais regras de responsabilização, como a avaliação da indenização em equidade, norma que permite ao julgador, quando percebidos os requisitos necessários, adentrar as circunstâncias e elementos subjetivos cuja consideração estariam afastada na regra geral, bem como a regra de avaliação das culpas de ambas as partes da interação danosa, com a possível utilização de parâmetros assimétricos das condutas de agentes e vítimas, expressando uma valorização, a depender do caso, da autonomia da agente PCD sem comprometer, de forma irrazoável, a segurança da vítima.

Se ainda assim, mesmo com a adequada utilização de todos esses mecanismos, se insistir que a responsabilização subjetiva dessas pessoas é injusta e que, para o caso de se lidar com os danos advindos de suas atividades, mais adequado seria a instituição de um regime de compensação por fundos ou de seguros obrigatórios, por exemplo, tais opções teriam que ser avaliadas em relação a seus possíveis benefícios e malefícios.

De um modo geral, pode-se dizer que, para se chegar a essas respostas para um problema particular como o tema central desta tese, foi necessário passar pela investigação de diversos problemas menos específicos, alguns, inclusive, de grande genericidade, como o que diz respeito à possibilidade de uma capacidade legal universal ou aquele referente à identificação da melhor teoria, ao menos para enfrentar o presente problema, de justificação do instituto da responsabilidade civil como um todo. Essa

necessidade de enfrentamento de problemas muito amplos para a investigação de problema bem mais limitado é reveladora, em certo sentido, e traz, por outro lado, alguns inconvenientes que precisam ser ressaltados.

É reveladora essa necessidade na medida em que evidencia que diversas das bases teóricas da responsabilidade civil no Brasil e mesmo do direito civil e privado como um todo, são insatisfatórias para a atividade de pesquisa nessas áreas. Sem clareza de quais são, sequer, os principais problemas de base desse campo de investigação, os debates sobre essas temáticas são quase inexistentes, sendo encontrados, na maior parte das vezes, em brevíssimas introduções ou em comentários parciais deslocados em meio à temática dogmática sobre o assunto. Esse estágio insuficiente faz com que seja preciso enfrentar, como tentou-se fazer nesta tese, ainda que parcialmente, alguns desses problemas para a definição de bases provisórias de pesquisa para enfrentamento do problema principal.

Essa necessidade de trabalho revela, por sua vez, o inconveniente inicialmente comentado: as definições teóricas, principalmente as mais gerais, são frágeis e estão sujeitas a questionamentos possivelmente contundentes. O ideal, nesse tipo de trabalho com objeto de pesquisa adequadamente recortado, seria a escolha e fundamentação dos debates principais em bases teóricas firmes, com escolha de marco adequado, cuja justificativa por sua escolha seria suficiente para que fossem afastados, ao menos naquele debate específico sobre o problema principal, os eventuais problemas referentes às próprias bases teóricas indicadas. Isso, entretanto, não ocorre no presente trabalho.

Ainda sobre os exemplos trazidos anteriormente, a falta de fundamento teórico da construção da capacidade legal universal e o estágio ainda inicial do desenvolvimento de um verdadeiro regime de suportes e suas práticas são questões que estão sujeitas a questionamentos severos e, nesse estágio ainda frágil de desenvolvimento, possuem grandes dificuldades em realizar seus objetivos principais de promover mudanças reais na prática jurídica e no campo atitudinal da sociedade em relação à inclusão e integração das PCDs.

Apesar dessa fragilidade, o caminho por simplesmente utilizar a tradicional teoria das capacidades não era uma boa opção, não apenas por ter sido objeto de ampla revogação com a promulgação do EPD, mas também por que sua simples adoção levaria a problemas difíceis e a soluções igualmente frágeis para o problema central desta tese. Por exemplo, se ainda fosse aceita a existência da dicotomia entre incapacidade absoluta e relativa, haveria um objeto duplo de pesquisa: para o primeiro caso, da incapacidade absoluta, seria necessário lidar com uma situação onde a capacidade para ação é

absolutamente posta em questão, gerando uma preferência por soluções consequencialistas para abordar a questão dos danos e custos decorrentes da atividade das PCDs e, dessa forma, levando à investigação de problemas atinentes a complexos arranjos distributivos que dependeriam da opção, no mínimo, por trabalhar ou com arranjos de viés recursista ou com abordagens de *capabilities*, sem contar que o próprio lugar das PCDs nessas teorias da justiça são problema absolutamente sem resposta atualmente.³⁸⁴ Já para o segundo caso, da incapacidade relativa, o problema se dividiria, mais uma vez, em dois: para os atos para os quais a pessoa fosse declarada incapaz (já pressupondo que a incapacidade relativa é para atos específicos e não para todos os atos, em lógica de assistência), deveria ser investigada a natureza dessa incapacidade, se há ação relevante da PCD na prática desses atos para os quais é incapacitada e, enfim, qual a melhor lógica e esquema teórico para lidar com os danos e custos advindos da prática desses atos, se consequencialista ou corretivo, havendo, nesse ponto, maior peso na definição precisa da relação entre a prática desses atos e a possível responsabilização do curador. Já para os atos para os quais a pessoa não é declarada incapaz, haveria a discussão a respeito, mais uma vez, se seguiria a mesma lógica do ato para o qual ela é incapaz, se uma abordagem consequencialista ou corretiva, e qual seria o papel da vulnerabilidade dessa pessoa na avaliação desses atos em pé de igualdade com as demais pessoas em sociedade. E assim por diante. São discussões, problemas e possíveis escolhas teóricas igualmente, e possivelmente mais, frágeis em relação às feitas na presente tese.

O mesmo vale para a escolha por se trabalhar com a teoria de Ripstein. Um breve aprofundamento nos debates anglo-saxões sobre os fundamentos do *tort law* e do direito privado, o que não será feito neste espaço, permitiria perceber que há diversos pontos de questionamento nessa teoria e que continua-se desenvolvendo a teoria da responsabilidade civil e do direito privado nessa literatura, ainda que não mais com o ímpeto do debate nos anos 80 e 90 do século passado. A simples adoção, então, dessa teoria para o direito brasileiro é ainda mais frágil. É claro que essa fragilidade é relativizada com a ressalva expressa, como feito, de que a sua adoção é válida, no presente trabalho, apenas para a discussão do problema principal, a responsabilidade individual por culpa, sem que haja um compromisso com a adoção dessa teoria como uma explicação / justificativa ampla para a responsabilidade civil no Brasil.

³⁸⁴ Ver nota de rodapé n.º. 228, à p. 90.

A necessidade dessa ressalva, de toda forma, demonstra que é preciso aprofundar e ampliar os debates sobre todos esses temas em nosso direito, com uma visão ainda mais adaptada para a realidade brasileira. Neste ponto, pode-se dizer que seria mais interessante, nessa empreitada, trabalhar uma metodologia mais próxima, talvez, da de Jules Coleman,³⁸⁵ com uma abordagem *pragmática*, na qual as explicações e a identificação dos próprios princípios operadores (justificadores?) da prática da responsabilidade civil e do direito privado como um todo seriam feitos a partir dessa prática, e não a partir da tentativa de avaliação se princípios teóricos escolhidos por razões quaisquer explicam e justificam essa prática ou se demandam reformas amplas dessa prática.

Qualquer uma dessas escolhas demandaria, de toda forma, pesquisa empírica ampla e profunda sobre a prática da responsabilidade civil no Brasil. Esse instituto jurídico é, em sua própria essência, indissociável da prática, em razão do caráter quase sempre genérico de sua construção legal, mesmo quando mais específica. Explica-se: o âmago da responsabilidade civil individual é a avaliação, no caso concreto, dos elementos contingentes e incidentais da relação específica entre as ações e o contexto, a identificação, nessas relações, dos possíveis deveres de cuidado, dos parâmetros de conduta e da dinâmica causal que permitirá a construção dos juízos normativos que, de forma óbvia, jamais poderiam constar de qualquer legislação sobre o tema, por mais compreensiva que fosse. Afinal de contas, como muito se debate, a responsabilidade civil possui, da forma como em geral é praticada, um olhar para trás, para o que já aconteceu, dificilmente se reduzindo a um olhar regulador para frente.

Por essas características, não basta, em termos de responsabilidade civil, que se discuta abstratamente artigos legais e entendimentos jurisprudenciais isolados e as relações entre eles. Mesmo quando falamos de pesquisas de base, como a possível discussão sobre os fundamentos teóricos do instituto, conhecer de forma ampla e sistemática essa prática pode ser fundamental, como demonstra de forma consistente a metodologia proposta por Coleman, os recursos recorrentes à prática nos demais debates sobre o tema ou mesmo na teoria defendida por Weinrib que, em todo seu formalismo e abstração, não consegue prescindir totalmente de percepções sobre a prática para se confirmar enquanto expressão teórica válida de relações concretas entre as pessoas em âmbito privado.

³⁸⁵ COLEMAN, Jules. *Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Uma pesquisa empírica, neste sentido, poderia ser esclarecedora em diversos sentidos: há, atualmente, uma unicidade prática do instituto, refletindo a unicidade normativa do Código Civil, ou poderíamos afirmar que a responsabilidade civil, hoje, são várias? A responsabilidade civil, atualmente, está inserida em um quadro maior de direito de danos, de caráter pluralista? Quais são essas diversas estratégias para lidar com os danos? Apesar de propugnado na lei e na doutrina que todas as formas de responsabilização possuem os mesmos requisitos básicos de culpa (ou risco),nexo causal e dano, compõem mesmo um instituto único as diversas abordagens a diferentes casos de responsabilização no âmbito privado e mesmo nos âmbitos do consumidor, ambiental, público, assim por diante? São, todas essas, perguntas sem resposta que dificultam a investigação aprofundada de problemas menos genéricos, como o da presente tese.

Enfim, para finalizar este trabalho, ressalta-se, mais uma vez, que, apesar de suas imperfeições, ele representa uma forma na qual se imagina que deve ser construída a pesquisa jurídica no Brasil. É preciso trabalhar, mesmo para discutir eventualmente a dogmática, a partir de teorias amplas, sejam morais, jurídicas ou políticas, que forneçam estrutura axiológico-normativa robusta, permitindo um trabalho normativo de hierarquização e justificação seguro. Essas escolhas, talvez, poderiam permitir que fossem sanadas práticas consideradas, neste trabalho, como absolutamente prejudiciais, de defesa localizada de interesses com sua inserção normativa *ad hoc* e, principalmente, de indefinições teóricas tomadas como espaços naturais e mesmo desejáveis de discricionariedade judicial. Especialmente para o caso dos direitos de minorias, como, por exemplo, das PCDs sujeitas desse trabalho, é preciso que não se permita a um judiciário de baixa representatividade democrática que detenha todo o poder de definir o que seja razoável, de direito e justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Rossana Maria Marinho; MELO, Camilla Cavalcante de Menezes Amorim; SILVA, Marcos Henrique Souza da. Mulher-Cuidadora: reflexões sobre o instituto da curatela a partir das relações de gênero. *II Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD: Os limites da atuação do Poder Judiciário: Judicialização da política (e da vida) versus ativismo judicial: anais* [recurso eletrônico]. Phillippe Melo Alcântara Falcão (Coord.). Maceió, AL: Escola Superior da Magistratura de Alagoas, ESMAL, 2019.

ALVIM, Agostinho. Direito das obrigações: exposição de motivos. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano IV. n. 24.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade do Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004.

APA. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. 5ª Ed. Porto Alegre: Artmed Editora Ltda., 2014.

ARISTÓTELES. *The Nicomachean Ethics*. English Translation by Rackham, H. Londres: The Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1934.

ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; FLYNN, Eilionóir. The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *International Journal of Law in Context*. Vol. 13, n. 1 p. 22-38, 2017.

ATIYAH, P. S. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/notas-sobre-o-paragrafo-unico-do-artigo-944/>>. Acesso em 14 de maio de 2020.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Comentário às ideias de “Correlatividade e Personalidade” em Ernest Weinrib. *Revista IBERC*. Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 88-100, set./dez. 2020.

BEST, Eli K. Atypical Actors and Tort Law's Expressive Function. *Marquette Law Review*. Vol. 96, p. 461-515, 2012.

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

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. vol. 854, dez./2006.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 39. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/701>>. Acesso em 28 de março 2021.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 449. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/379>>. Acesso em 28 de março 2021.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 630. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1204>>. Acesso em 28 de março 2021.

BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 591, de 6 de julho de 1992 – Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assinado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966. Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992 – Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, assinado em Nova York, em 16 de dezembro de 1966. Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.319.626-MG. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 26/02/2013. Publicação no DJe de 05/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.101.324 – RJ*. Quarta Turma. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgamento em 13/10/2015. Publicação no DJe de 12/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.436.401-MG. Quarta Turma. Relator Ministr Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 02/02/2017. Publicação no DJe de 16/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.653.463 – RS. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Julgamento em: 02/09/2019. Publicação no DJe de 05/09/2019.

BRIGHOUSE, Harry. Can justice as fairness accommodate the disabled? *Social Theory and Practice*. Vol. 27, p. 537–560, 2001.

tenBROEK, Jacobus. The Right to Live in the World: The Disabled in the Law of Torts. *California Law Review*. Vol. 54, n. 2, May, p. 841-919, 1966.

BROMBERGER, Nikki. Negligence and Inherent Unreasonableness. *Sydney Law Review*. Vol. 32, p. 411-435, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas; SILVA, Denis Franco. Neminem laedere: o novo código civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 20, 2004.

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 (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

CANE, Peter. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. 7ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CASTRO, Castro, Maria Clara Versiani de. *O sistema de apoios ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência no Brasil: diretrizes, desafios e proposições*. Orientador: Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021.

CARLSON, Licia. *The Faces of Intellectual Disability: Philosophical Reflections*. Indianapolis: Indiana University Press, 2010.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. LARA, Mariana Alves. Notas Históricas sobre a Incapacidade do Pródigo. In: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2014, João Pessoa. Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014.

CHRISCOE, Johnny; LUKASIK, Lisa. Re-examining Reasonable: Negligence Liability in Adult Defendants with Cognitive Disabilities. *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 6, p. 1-80, 2015.

CHRISTMAN, John; ANDERSON, Joel. Introduction. In: CHRISTMAN, John; ANDERSON, Joel (Ed.). *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 1-26.

COLEMAN, Jules. Book Review: The Structure of Tort Law. *The Yale Law Journal*. Vol. 97, p. 1233-1253, 1988.

COLEMAN, Jules. *Risks and Wrongs*. New York: Cambridge University Press, 1992.

COLEMAN, Jules. *Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN, Jules; RIPSTEIN, Arthur. Mischief and Misfortune. *Mcgill Law Journal*, vol. 41, p. 91-131, 1995.

van DAM, Cees. *European Tort Law*. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

DEGENER, Theresia. A human rights model of disability. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova York: Routledge, 2017. p. 31-49.

DHANDA, Amita. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, p. 429-462, 2007.

DHANDA, Amita. Universal Legal Capacity as a Universal Human Right. In: DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran (Ed.). *Mental Health and Human Rights: vision, praxis, and courage*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 177-188.

DIAS, Daniel. *A Corresponsabilidade do Lesado no Direito Civil: Da Fundamentação da Irreparabilidade do Dano Evitável*. 262 f. Tese (Doutor em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

DIAS, Daniel. A chamada "culpa da vítima" é mesmo um problema apenas de causalidade? *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/direito-civil-atual-culpa-vitima-mesmo-problema-apanas-causalidade#_ftnref4. Acesso em 28 de fevereiro de 2022.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume 1. 10ª Ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, Volume 2. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DORFMAN, Avihay. Negligence and Accommodation. *Legal Theory*. Vol. 22, p. 77-123, 2016.

EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. *Journal of Legal Studies*. Vol. 2, p. 151-204, 1973.

FANNING, John. Mental Capacity as a Concept in Negligence: Against an Insanity Defence. *Psychiatry, Psychology and Law*. Vol. 24, n. 5, 694-714, 2017.

FLETCHER, George P. Fairness and Utility in Tort Theory. *Harvard Law Review*. Vol. 85, n. 3, p. 537-573, janeiro de 1972.

GARDNER, John. What is Tort Law For? Part 1: The Place of Corrective Justice. *University of Oxford Legal Research Paper Series*. Paper n. 1, janeiro, 2010.

GARDNER, John. What is Tort Law For? Part 2. The Place of Distributive Justice. In: OBERDIEK, John (Ed.). *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GOLDSTEIN, Elizabeth J. Asking the Impossible: The Negligence Liability of the Mentally Ill. *Journal of Contemporary Health Law and Policy*. Vol. 12, p. 67-92, 1995.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOUDKAMP, James. Insanity as a Tort Defence. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 31, n. 4, p. 727-754, 2011.

GUIMARÃES, Luíza Resende. *A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e o conceito de capacidade legal: uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal*. Orientadora: Profa. Dra. Mariana Alves Lara. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021.

HARRIS, James C. Developmental Perspective on the Emergence of Moral Personhood. In: KITTAY, Eva F.; CARLSON, Licia (Ed.) *Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy*. Malden: Blackwell Publishing, 2010.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOSNI, David Salim Santos. *Pessoalidade e identidade na doença de Alzheimer: curatela e inclusão no Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HOSNI, David Salim Santos. 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, F.; MORAIS, L.; LARA, M. (Orgs.). *A Teoria das Incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, p. 35-58, 2018.

HUTCHISON, Katrina; MACKENZIE, Catriona; OSHANA, Marina. Introduction: Moral Responsibility in Contexts of Structural Injustice. In: HUTCHISON, Katrina; MACKENZIE, Catriona; OSHANA, Marina (Ed.). *Social Dimensions of Moral Responsibility*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 1-37.

JACOBI, John V. Fakers, Nuts, and Federalism: Common Law in the Shadow of the ADA. *U.C. Davis Law Review*. Vol. 33, p. 95, 1999.

JAWORSKA, Agnieszka. Respecting the Margins of Agency: Alzheimer's Patients and the Capacity to Value. *Philosophy & Public Affairs*. v. 28, n. 2, p. 105-138, 1999.

JAWORSKA, Agnieszka. Caring and Full Moral Standing. *Ethics*. Chicago, v. 117, p. 460-497, abril/2007.

KANTER, Arlene S. *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*. Nova Iorque: Routledge, 2015.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Human Rights Law Review*. Vol. 8, n. 1, p. 1-34, 2008.

KEATING, Gregory C. Reasonableness and Rationality in Negligence Theory. *Stanford Law Review*. Vol. 48, n. 2, p. 311-384, Jan. 1996.

KEATING, Gregory C. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents. *Southern California Law Review*. Vol. 74, p. 193-226, 2000.

KEATING, Gregory C. Rawlsian Fairness and Regime Choice in The Law of Accidents. *Fordham Law Review*. Vol. 72, n. 5, p. 1857-1921, 2004.

KELLEY, Patrick. Infancy, insanity, and infirmity in the law of torts. *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 48, p. 179-252, 2003.

KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007.

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.

KITTAY, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*. London: Routledge, 1999.

KITTAY, Eva F. *Learning from My Daughter: the Value and Care of Disabled Minds*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019.

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*. Ano 8, vol. 29, p. 3-34, janeiro a março de 2007.

LANDES, William; POSNER, Richard. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

LARA, M. A. *Capacidade Civil e Deficiência: entre a autonomia e a proteção*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

MACKENZIE, Catriona. Relational Autonomy: State of the Art Debate. In: ARMSTRONG, Aurelia; GREEN, Keith; e SANGIACOMO, Andrea (Ed.). *Spinoza and Relational Autonomy: Being with Others*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019, p. 10-32.

MILANI, Adam A. Living the World: A New Look at the Disabled in the Law of Torts. *Catholic University Law Review*. Vol. 48, p. 323-417, 1999.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível 1.0000.20.498532-9/001. Relator Des. João Cancio. 18ª CÂMARA CÍVEL. Data da publicação da súmula 06/10/2020.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível 1.0702.15.097543-2/001. Relator Des. Saldanha da Fonseca. 12ª CÂMARA CÍVEL. Data da publicação da súmula: 04/02/2021.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>>. Acesso em 14 de maio de 2020.

MORAN, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*. 320 f. Tese (Doctor of Juridical Science) Faculty of Law of University of Toronto, Toronto, 1999.

MORRIS, Grant H. Requiring Sound Judgments of Unsound Minds: Tort Liability and the Limits of Therapeutic Jurisprudence. *SMU Law Review*. Vol. 47, p. 1837-1860, 1994.

MULHOLAND, 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*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

NETO, Eugênio Facchini; 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 – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 93-115, jul./set. 2017.

NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership*. Nova Iorque: Harvard University Press, 2006.

NUSSBAUM, Martha. The Capabilities of People With Cognitive Disabilities. *Metaphilosophy*, Vol. 40, Nos. 3-4, p. 331-351, July 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Trad. Amélia Leitão. Lisboa: 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 24ª ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERRY, Stephen. The Impossibility of General Strict Liability. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. 1, n. 2, p. 147-171, July 1988.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 18. ano 6. p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo LIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

POSNER, Richard. A Theory of Negligence Law. *Journal of Legal Studies*. Vol. 1, p. 29-96, 1972.

PÜSCHEL, Flávia Portella. A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade. In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 129-146. Disponível em: <https://bit.ly/317tOdd>. Acesso em: 23 set. 2021.

PUTNAM, Daniel; WASSERMAN, David; BLUSTEIN, Jeffrey; ASCH, Adrienne. Disability and Justice. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/disability-justice/>. Acessado em 05/04/2021

RADOILSKA, Lubomira. Introduction: personal autonomy, decisional capacity, and mental disorder. In: RADOILSKA, Lubomira. (Ed.) *Autonomy and Mental Disorder*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press (1971) 1999.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1995.

RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

RIPSTEIN, Arthur. Tort, The Division of Responsibility and the Law of Tort. *Fordham Law Review*. Vol. 72, p. 1811-1844, 2004.

ROTHSTEIN, Laura. Disability Discrimination Statutes or Tort Law: Which Provides the Best Means to Ensure an Accessible Environment? *Ohio State Law Journal*. Vol. 75, n. 6, p. 1263-1313, 2014.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. *Revista IBERC*. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 1-18, jan./abr. 2021.

SCHEFFLER, Samuel. Distributive justice, the basic structure and the place of private law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015.

SERIES, Lucy. 'Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms'. *International Journal of Law and Psychiatry*. Vol. 40, p. 80-91, 2015.

SERIES, Lucy. Disability and Human Rights. In: WATSON, Nick; VEHMAS, Simo (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Studies*. 2^a Ed. Nova Yorque: Routledge, 2020. p. 72-88.

SERIES, Lucy; NILSSON, Anna. Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law. In: BANTEKAS, Ilias; STEIN, Michael Ashley; ANASTASIOU, Dimitris. (Ed.). *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

SERIES, Lucy; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna; KAMUNDIA, Elizabeth. Legal Capacity: A global analysis of reform trends. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Ed.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Nova Yorque: Routledge, 2017. p. 137-155.

SEIDELSON, David E. Reasonable Expectations and Subjective Standards in Negligence Law: The Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent. *The George Washington Law Review*. Vol. 50, n^o. 1, p. 17-24, 1981.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem Culpa*. 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVERS, Anita; FRANCIS, Leslie Pickering. Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities. *Metaphilosophy*, Vol. 40, n^{os}. 3-4, p. 475-498, julho, 2009.

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

SHOEMAKER, David. Responsibility, Agency, and Cognitive Disability. In: KITTAY, Eva F.; CARLSON, Licia (Ed.) *Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy*. Malden: Blackwell Publishing, 2010.

SHUMAN, Daniel W. Therapeutic Jurisprudence And Tort Law: A Limited Subjective Standard of Care. *SMU Law Review*. Vol. 46, p. 409-432, 1992.

SPLANE, Stephanie I. Tort Liability of the Mentally Ill in Negligence Actions. *The Yale Law Journal*, Vol. 93, p. 153-170, 1983.

STARK, Cynthia A. How to Include the Severely Disabled in a Contractarian Theory of Justice. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 15, Number 2, pp. 127-145, 2007.

STEIN, Michael Ashley. Disability Human Righ. *California Law Review*. Vol. 95, p. 75-121, 2008.

STOLJAR, Natalie; VOIGT, Kristin. Introduction: A Relational Turn in Political Philosophy. In: STOLJAR, Natalie; VOIGT, Kristin (Ed.). *Autonomy and Equality: Relational Approaches*. Nova Iorque: Routledge, 2022, p. 1-31.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment no 1: Equal recognition before the law*. New York: United Nations, 2014.

VEHMAS, Simo. Disability and Moral Responsibility. *Trames*, vol. 15, no. 2, p. 156-167, June 2011.

WALDRON, Jeremy. Moments of Carelessness and Massive Loss. In: OWEN, David (Ed.). *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

WASSERMAN, David; ASCH, Adrienne; BLUSTEIN, Jeffrey; PUTNAM, Daniel, Disability: Definitions, Models, Experience. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/disability/>>. Acesso em 27 de março de 2022.

WEINRIB, Ernest J. Toward a Moral Theory of Negligence Law. In: BAYLES, Michael D.; CHAPMAN, Bruce (Ed.). *Justice, Rights, and Tort Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1983. p. 123-148.

WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Tradução de Antônio Manuel Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WONG, Sophia Isako. Justice and Cognitive Disabilities: Specifying the Problem. *Essays in Philosophy, A Biannual Journal*, Vol. 9, No. 1, p. 21-40, January 2008.

WRIGHT, Richard W. Causation in Tort Law. *California Law Review*. Vol. 73, dez., p. 1735-1828, 1985.

ZANITELLI, Leandro. Liberalismo Igualitário, Direito Privado e Valores Bilaterais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n.1, p. 133-146, jan./abr. 2019.

ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado, demanda distributiva e sensibilidade ao ponto de vista pessoal. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 30, p. 17-32, out./dez. 2021.