

BREVES REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DAS INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Elimar Szaniawski

Professor Titular de Direito Civil, da Faculdade de Direito da UFPR. Advogado em Curitiba

Introdução: o sistema das incapacidades no Código Civil brasileiro

A promulgação do Código Civil brasileiro em 10.01.2002, faustosamente denominado por seus idealizadores de “Código Civil do terceiro milênio” não trouxe entusiasmo para muitos civilistas brasileiros. A nova codificação deixou janelas abertas para o séc. XIX, não acompanhando, adequadamente, a evolução social, tecnológica e biomédica da sociedade brasileira, no decorrer do séc. XX.

Embora tenha o Código Civil de 2002 avançado ideologicamente em relação ao pensamento do legislador civil de 1916, devido ao seu alinhamento aos novos paradigmas inaugurados pela Constituição de 1988, nosso “novo” Código Civil mantém-se voltado primordialmente às questões de natureza patrimonial. Não se pode negar, no entanto,

que o Código Civil de 2002 preocupou-se em tutelar a “pessoa” e sua natureza existencial, porém, cuida, muito mais, de seu patrimônio.

A recepção da categoria de direitos de personalidade, regulamentados nos arts. 11 a 21 consolidou a noção de direitos existenciais do indivíduo, na sistemática civilista brasileira, ao lado dos direitos pessoais, familiares e patrimoniais.

O Código Civil de 2002 voltado para as concepções do séc. XIX regulamentou em sua versão originária, a capacidade civil das pessoas naturais nos arts. 3º e 4º, segundo a clássica tricotomia, que a classifica em *incapacidade absoluta*, *incapacidade relativa* e *capacidade absoluta ou plena* para exercer atos na vida civil.

No art. 3º, trata o código da incapacidade absoluta; estabelecendo que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. No art. 4º, cuida o mesmo diploma legal, da capacidade relativa determinando serem incapazes relativamente ao exercício de certos atos ou à maneira de exercê-los, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

O Código Civil de 2002 alicerçou o sistema das capacidades sobre dois grandes princípios. O primeiro princípio informa que a capacidade civil objetiva à prática dos

negócios e atos jurídicos. O segundo princípio, garante que a capacidade se constitui em regra geral e a incapacidade consiste em exceção.

A capacidade civil apresenta duas modalidades, a *capacidade de direito*, também, denominada *capacidade de gozo* e a *capacidade de fato* ou *capacidade de exercício*. A capacidade de direito é adquirida juntamente com a personalidade, no momento da concepção. (Szaniawski, 2005, ps. 65/66). Consiste na aptidão genérica para alguém ser titular de direitos e deveres na ordem jurídica, ser sujeito de relações jurídicas. (Amaral, 1998, p. 216). A capacidade de fato é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia de que as pessoas dispõem. (Amaral, 1998, p. 216). Logo, o Código Civil brasileiro concebe a capacidade civil como sendo a aptidão para adquirir direitos e exercer por si, atos e negócios jurídicos da vida civil.

A capacidade de agir, segundo afirmamos, constitui-se em regra. Contudo, diversos fatores poderão estabelecer impedimentos ou limitações ao exercício da capacidade surgindo, segundo uma perspectiva tradicional, a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa das pessoas. Os fatores que podem limitar ou impedir o exercício, por si só, de atos na vida civil consistem na idade, na saúde, no discernimento, na aculturação e na localização da pessoa. Existindo um dos fatores que cause impedimento ou limitação à capacidade da pessoa, esta não poderá praticar por si só atos ou negócios jurídicos, necessitando do auxílio

ou da intervenção de terceira pessoa, possuidora de plena capacidade civil para, respectivamente, representá-la ou assisti-la na realização de tais atos.

A limitação da capacidade ao exercício dos direitos, tornando o indivíduo absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, visa proteger as pessoas quando da realização de seus negócios, tutelando não só o sujeito, mas também, o próprio negócio. O desrespeito à norma que determina a representação ou a assistência do absolutamente ou relativamente incapaz, por terceira pessoa capaz, quando da realização de seus negócios, inquina o negócio ou o ato praticado com a sanção de nulidade ou anulabilidade, respectivamente. (CC arts. 166, I e 171, I). Pode-se, então, afirmar que as limitações impostas pelo legislador civil às capacidades de fato das pessoas, objetivaram a proteção aos interesses patrimoniais.

2. A concretização dos direitos existenciais da pessoa no ordenamento civil brasileiro

O término das duas grandes guerras mundiais trouxeram profundas alterações sociais em todo o mundo, deflagrando uma nova ordem econômico social ao séc. XX, que se estendeu pela Europa, Ásia e Américas. Em razão desta nova ordem econômico social, o sistema jurídico de origem romano-germânico, pautado pelo Direito Civil clássico, constituído por um sistema “fechado”, engessado pela codificação, deixou de responder às necessidades sociais,

bem como às necessidades do homem singular. (Amaral, 1998, p. 170). Desse modo, deixou o direito civil de ser o ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, vindo a Constituição a ocupar o lugar desse e passou a determinar os princípios e as regras que constituem as relações sociais.

As constituições passaram, necessariamente, a avocar para si a regulamentação das instituições fundamentais e das categorias do direito que tradicionalmente pertenciam à área do direito privado, como o direito de propriedade, o direito de família e o direito contratual. Em decorrência desse fenômeno, o direito civil codificado passou, essencialmente, a ser lido sob a ótica dos princípios constitucionais. De acordo com essa nova ótica, o direito civil além de tutelar os valores patrimoniais individuais em si, passa a estender seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social. (Szaniawski, 1999, p. 21).

Em virtude desse fato, o entendimento predominante tem sido o de dar ao operador do direito, o poder de aplicar diretamente os princípios e os valores inseridos nas normas constitucionais tanto nas relações do Estado com a pessoa, como nas relações entre indivíduos particulares, no âmbito de seus interesses privados.

A Constituição brasileira de 1988, seguindo o paradigma inaugurado no pós-guerra, adotou entre os princípios fundamentais que a informam, o princípio- mãe da *dignidade* da pessoa humana, inserindo-o no inciso III, do

seu art. 1º, devendo o ordenamento jurídico ser lido e interpretado segundo esse princípio fundamental. (Szaniawski, 1999, p. 22). A categoria da *dignidade* se revela como uma cláusula geral de tutela da personalidade do ser humano. (Szaniawski, 2005, p. 139).

O Código Civil brasileiro de 2002, ao alinhar o direito civil aos princípios e normas emanados da Constituição, recepcionou a categoria dos direitos de personalidade, regulando o direito geral de personalidade no art. 12 e alguns direitos especiais de personalidade nos arts. 13 ao 21. (Szaniawski, 2005, p. 178).

A recepção e o tratamento dado pelo Código Civil à categoria dos direitos de personalidade concretizaram o reconhecimento e a tutela dos direitos existenciais das pessoas.

O Código Civil alinhado ao novo paradigma da Constituição provocou alterações significativas ao caráter patrimonialista do direito civil brasileiro, comprometendo o tradicional exercício dos direitos subjetivos, categoria destinada à tutela dos interesses patrimoniais. A categoria dos direitos subjetivos mostrou-se insuficiente para o exercício e a proteção dos direitos não patrimoniais da pessoa. Assim, foi necessário buscar-se a categoria da *situação jurídica* para a realização da tutela dos interesses existenciais. Enquanto a situação jurídica patrimonial tem por escopo a livre iniciativa negocial; a situação jurídica existencial tem por função proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa.

O Código Civil de 2002 embora tenha se afastado da natureza excessivamente patrimonialista do Código Civil de 1916, deixou, porém, aberta para o séc. XIX, a janela na qual se encontram as capacidades civis, mantendo, em parte, o modelo patrimonialista que possuía a codificação derogada e a aplicação da teoria do sujeito de direitos para seu exercício.

A regulamentação das capacidades pelo legislador civil de 2002 mostra-se obsoleta e incongruente em relação à recepção dos direitos de personalidade e da noção de dignidade da pessoa humana, que informa todo o sistema jurídico brasileiro. Em virtude desse fato, o sistema das capacidades civis no Código Civil brasileiro tornou-se lacunoso e insuficiente, por não prever e regulamentar a capacidade existencial do indivíduo.

Dessa maneira, quando se tratar da tutela de interesses existenciais, a capacidade de fato não deverá ser atrelada à noção de sujeito de direitos abstrato, mas deverá vincular-se à pessoa em sua dimensão total, não importando encontrar-se a mesma, ainda, no ventre materno em estado embrionário ou ser ela criança, adolescente, idoso ou portadora de deficiência. Quando se tratar do exercício de situações subjetivas existenciais não se poderá pensar em limitar sua capacidade em decorrência de idade ou de situações especiais. Havendo discernimento, a vontade livre e consciente da pessoa deverá ser ouvida e respeitada, afastando-se em definitivo as figuras da assistência e da representação, tão caras às situações jurídicas patrimo-

niais. O regime das capacidades de exercício de situações existenciais deverá promover sempre a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana.

3. A reforma do Regime das Incapacidades do Código Civil pela Lei nº 13.146/2015

O regime das incapacidades do Código Civil, pela sua ineficiência e incongruência em relação ao sistema jurídico constitucional brasileiro, embora tardiamente, foi objeto de uma reforma de extensão considerável, pela Lei nº 13.146/2015.

A Lei nº 13.146/2015 institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo escopo é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, ocasionando sua inclusão social e o exercício da cidadania. Para poder assegurar e promover o efetivo exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência foi necessária a reforma dos arts. 3º e 4º, do Código Civil, tendo em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio do seu art. 6º, considera que, em princípio, as pessoas portadoras de deficiência são pessoas portadoras de capacidade civil plena.

Diversamente da regulamentação das incapacidades pelo Código Civil, afasta o Estatuto da Pessoa com Deficiência a atribuição de incapacidade em relação aos por-

tadores de deficiência, mesmo em relação àqueles que são deficientes mentais, mesmo quando for exigida a aplicação de institutos assistenciais.

O art. 3.º, do Código Civil, teve a redação de seu *caput* alterada e os incisos derogados pelo art. 114, da Lei nº 13.146/2015. O referido artigo passa a determinar: “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

O art. 4º, do Código Civil, teve apenas derogados pela referida Lei, os incisos II e III, que tratam da incapacidade relativa dos que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e dos excepcionais, ditos especiais, que não possuam desenvolvimento mental completo. Os demais casos de redução da capacidade plena para a relativa ficaram mantidos com a renumeração dos incisos.

A Lei nº 13.146/2015 a fim de poder garantir aos deficientes que necessitem de apoio ou de auxílio para a prática de atos ou negócios jurídicos instituiu nova categoria jurídica no direito brasileiro, denominada *tomada de decisão apoiada*, que consiste em um procedimento pelo qual a pessoa com deficiência elege, pelo menos, duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que ela possa exercer sua capacidade.

O ingresso do novo instituto no direito brasileiro provocou profunda reforma no Título IV, do Livro IV, da Parte Especial, do Código Civil, especificamente o capítulo que cuida da Curatela, mediante reforma dos arts. 1.767 e 1.777; revogação dos arts. 1.768 a 1.773 e art. 1.776 e a inclusão do art. 1.775-A. Foi, também, incluído o Capítulo III, com apenas um artigo, o art. 1.783-A, que dispõe sobre a *tomada de decisão apoiada*.

A figura da *tomada de decisão apoiada* não se confunde com a categoria da *curatela*. Na *tomada de decisão apoiada*, o deficiente permanecerá com o exercício de sua capacidade de fato; mesmo nos atos em que receba auxílio e orientação dos apoiadores. O portador de deficiência não sofrerá restrições no tocante à capacidade, apenas será privado de legitimidade para praticar determinados atos da vida civil. A *tomada de decisão apoiada* consiste em uma categoria jurídica que se afasta dos institutos protetivos da *tutela* e da *curatela* no que diz respeito à sua estrutura e à função. Por estas características, verifica-se que a *tutela* e a *curatela* são categorias destinadas prioritariamente à proteção do âmbito patrimonial do tutelado ou do curatelado, possuindo estes incapacidade absoluta. (Rosenvald, 2015).

O reconhecimento aos portadores de deficiência à capacidade de fato plena reduz, consideravelmente, a interposição do instituto da *curatela* na atualidade, transformando-se a aplicação desta, em medida excepcional.

4. A deficiência do sistema das incapacidades do Código Civil em relação aos adolescentes pacientes terminais e aos adolescentes portadores de disforia de gênero.

A reforma do regime das incapacidades do Código Civil, realizada em 2015, constitui-se em um significativo avanço legislativo, muito importante para a tutela da dignidade do deficiente.

O legislador brasileiro, todavia, foi tímido e omissivo, deixando de aproveitar a oportunidade da reforma do regime das incapacidades do Código para consagrar e regulamentar a categoria da *capacidade existencial* da pessoa. Deixou o legislador de 2015, ao reformar o regime das incapacidades codificado, de abarcar a situação jurídica dos adolescentes, pacientes que estejam vivenciando a fase terminal de suas vidas e que desejam exercer seu direito à recusa de iniciar um novo tratamento médico ou de prosseguir com determinada terapia que se mostra inócua. A mesma situação se apresenta aos adolescentes portadores de disforia de gênero primária, os quais, desde cedo, queiram vivenciar seu sexo psíquico, ou mesmo realizar, por sua própria vontade, a cirurgia de transgenitalização, adequando seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico.

Consoante legislação vigente, as decisões no tocante à recusa ou continuidade ao tratamento médico do adolescente, paciente terminal, cabe aos pais ou ao tutor, na qualidade de assistentes, aplicando-se a esta situação, o re-

gime das incapacidades civis de natureza patrimonial, por não haver, no direito positivo brasileiro, uma lei expressa que reconheça aos adolescentes sua capacidade existencial para decidir o que lhes parece melhor para si próprios. Este é o fato que diariamente vem ocorrendo nos hospitais brasileiros, a vontade final do paciente adolescente lhe é subtraída transferindo-a aos genitores ou ao tutor.

No entanto, a Constituição em seu art. 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 15 consagram a *dignidade* da criança e do adolescente como pessoas que são, garantindo-lhes o direito à expressão, à opinião, à crença e à autonomia, entre outros direitos que lhes são inerentes.

Diante do mandamento contido na Constituição, o art. 3º, do Código Civil, passou a ser interpretado de acordo com o Enunciado nº 138, do CJF, (IIIª Jornada de Direito Civil, 2004), no sentido de que “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I, do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. Embora não se trate o citado enunciado de uma lei com eficácia *erga omnes*, os enunciados representam “um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento majoritário das respectivas comissões, nem sempre correspondendo à proposição apresentada pelo congressista”. (Aguiar Jr.. 2005, p. 9).

O citado Enunciado vem, por fim, reafirmar a exegese de parte da doutrina brasileira a qual, interpretando a Constituição e as normas estatutárias do ECA, defendia a presença e a vigência da categoria da *capacidade existencial* no direito brasileiro.

Embora grande parte dos operadores do direito defendam a existência da capacidade existencial em nosso sistema jurídico, e de o adolescente ser titular do direito à autonomia e à autodeterminação para decidir, por si só, sobre sua vida e sua própria saúde, os médicos e profissionais da saúde vem-se mantendo alheios ao exercício do direito de recusa de o paciente criança ou adolescente que se encontra em estado terminal, de se submeter a determinado tratamento clínico ou cirúrgico, cuja finalidade é simplesmente a de protelar o momento do final da vida.

No ano de 2005, o Conselho Regional de Medicina do Ceará – CREMC emitiu um Parecer, sob nº 16/2005, mediante o qual, reconhece que paciente adolescente, mesmo não se encontrando em estado terminal, possui autonomia para decidir se aceita ou não, submeter-se a procedimentos médicos que porventura lhe sejam propostos.

Trata o caso de uma paciente de 17 anos de idade, portadora de Osteossarcoma de Fêmur Esquerdo apresentando sinais radiológicos de “skip metastasis”. A paciente havia realizado duas sessões de quimioterapia *neoadjuvante* sem, no entanto, obter resposta clínica ou radiológica ao tratamento. Realizado exame tomográfico computadorizado de

tórax, excluiu o referido exame a existência de lesões metastáticas. Posterior avaliação do Serviço de Ortopedia do HGF, concluiu este que a melhor indicação à paciente seria a de desarticulação do membro inferior esquerdo.

Ao final, decidiram os pais da enferma pela realização da amputação do membro inferior esquerdo lesado, de acordo com o laudo do Serviço de Ortopedia do HGF. A paciente, no entanto, após ter sido devidamente esclarecida pela junta médica, da situação de sua saúde e da recomendação do Serviço de Ortopedia do HGF no sentido da amputação da perna esquerda, recusou-se em consentir na realização de tal procedimento, contrariando, inclusive, a decisão formal dos pais.

Diante da controvérsia estabelecida entre a vontade da paciente, relativamente incapaz, segundo o sistema das incapacidades do Código Civil e da vontade dos pais, assistentes legais da menor, relativamente incapaz, foi instaurado um procedimento administrativo de consulta sobre o direito de a paciente recusar ao tratamento médico, ao Conselho Regional de Medicina do Ceará, Processo Consulta, nº 5.746/2005- CREMEC.

Relatado o feito pelos médicos Dalgimar Beserra de Menezes e Urico Gadelha de Oliveira Neto, (2005), entenderam estes pela predominância da vontade da paciente, mesmo sendo esta, ainda, adolescente, por possuir capacidade de escolher sobre o que entende ser melhor para si, pois lhe assiste o discernimento para entender os fatos.

Diz a ementa da decisão do CREMEC: “Adolescente em gozo de suas faculdades mentais tem livre direito de recusar tratamento cirúrgico mutilador, mesmo contrariando o consentimento dos genitores”.

Essa importante decisão administrativa reconhece ao paciente relativamente incapaz, o direito de decidir sobre sua própria saúde, mesmo contrariando anterior decisão de seus pais, encontrando seus fundamentos na existência de dois pressupostos fundamentais que dizem respeito ao *discernimento* do paciente e de sua *autonomia* para decidir sobre sua própria saúde.

A presença do pressuposto *discernimento* do paciente é fundamental para informar a capacidade de o adolescente paciente decidir sobre sua saúde e autonomia corporal.

A renúncia pelo paciente a determinado tratamento médico consiste em uma situação jurídica existencial, vinculada ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade dele. (Copi, 2016, p. 105).

Na hipótese em que o paciente perde sua consciência, não podendo declarar sua vontade, torna-se legítimo o consentimento dos familiares. Nessas condições o *consentimento* manifestado pelos familiares se caracteriza como o exercício de um legítimo *dever familiar*.

O fato de o paciente estar correndo grave risco de vida caracteriza o *estado de necessidade*. A constatação do *estado de necessidade* justifica a intervenção

imediate do médico tornando-se, nesta hipótese, lícita a diminuição permanente da integridade psicofísica do paciente, sem seu expresso consentimento. A efetiva comprovação do *estado de necessidade* do paciente transfere, primeiramente, seu poder de consentimento ao cônjuge, aos parentes ou ao representante legal. Todavia, diante de iminente risco de vida do paciente, não sendo possível encontrar alguma das pessoas acima referidas, ou não havendo tempo para procurá-las, estará o médico autorizado a realizar todos os meios possíveis para salvar a vida do indivíduo, independentemente do consentimento de seja quem for.

Ausente o estado de necessidade ou estando o paciente, mesmo menor de dezoito anos, consciente e ciente de sua situação, caberá a ele decidir sobre sua saúde e sobre a própria vida, exercendo sua capacidade existencial.

Outra hipótese na qual se manifesta o exercício da capacidade existencial de adolescentes ou mesmo, de crianças é a do diagnóstico de transexualidade primária.

A transexualidade consiste em uma “pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto. Trata-se de manifestação extrema de inversão psicosssexual na qual o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico”. (Fa-

rina, 1982). Segundo Klabin (Klabin, 1981), a transexualidade primária consiste na modalidade de disforia de gênero na qual o paciente sofre a transformação do sexo precoce, insistente e imperativamente, sem haver desvio significativo tanto para o travestismo como para a homossexualidade.

Muitos especialistas da matéria opinam no sentido de que a síndrome da transexualidade se origina antes mesmo de a criança ter a capacidade de discernimento, com a possibilidade de se manifestar por volta dos dois primeiros anos de vida. (Szaniawski, 1999). Este fenômeno explica as razões de muitos meninos se transvestirem de meninas, de brincarem com bonecas e de se sentirem, eles próprios, meninas. O oposto, também ocorre. Meninas que usam roupas masculinas, brincam com brinquedos de meninos e se comportam como garotos. Estes fatos vêm provocando o surgimento de um novo modelo de educação familiar, no sentido de que os pais não venham a desenvolver nos filhos uma educação de gênero. São as próprias crianças que decidem se elas são meninos ou meninas, independentemente de seu sexo biológico. (Fantástico, 2016).

A proposição de educar os filhos sem a imposição de um determinado gênero vem sendo justificada como o direito de a criança desenvolver paulatinamente, durante seu crescimento, seu próprio gênero, isento de influências externas. Segundo este pensar, a criança, na medida da conscientização sobre o sexo e a sexualidade, poderá identificar

e selecionar seu verdadeiro gênero, mediante sua capacidade existencial, conforme seu próprio ver e sentir a vida.

A Resolução do CFM nº 1.955/2010, determina na alínea 2, do art. 4.º, os critérios para a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalização, entre eles, a idade mínima de 21 anos. Segundo nosso pensar, razão assiste ao Conselho Federal de Medicina em exigir a idade mínima de 21 anos para o paciente transexual realizar a cirurgia de transgenitalização, tendo em vista que a partir dessa idade seu desenvolvimento físico e mental estará pleno, além do fato de o paciente já ter vivenciado sua sexualidade psíquica por alguns anos e ter discernimento pleno para enfrentar a delicada e complexa cirurgia de adequação de seu sexo biológico ao seu sexo psíquico.

O vivenciar do sexo psíquico desde a adolescência ou mesmo, anteriormente a ela, não se confunde com o fato de a pessoa se submeter à realização da cirurgia de transgenitalização. O vivenciar do sexo psíquico, desde a adolescência ou mesmo, anteriormente a ela, tem como pressuposto o legítimo exercício da capacidade existencial.

Na presente situação, tal como no caso da renúncia pelo paciente menor a se submeter a determinado tratamento médico, será fundamental a presença do pressuposto *discernimento* e compreensão dos fatos pelo menor transexual, para poder decidir sobre sua saúde, sexualidade e autonomia corporal.

bordinam ao sistema público de saúde, deficiente e falido. Estes, nem sempre possuem a maturidade e o discernimento necessários para decidir sobre sua própria vida ou saúde.

Cada grupo apresenta um estado de compreensão da vida e de discernimento diferentes, sendo que os adolescentes pertencentes ao segundo grupo, na grande maioria das vezes, não possuem condições de exercer, por si só, sua capacidade existencial.

Não devemos esquecer que “os direitos decorrem da situação pessoal, dos papéis sociais e econômicos exercidos pelo indivíduo, das diversas relações decorrentes dos grupos sociais em que se integra, de acordo com os valores que a sociedade faz predominar em determinado momento histórico e a regulação das condutas sociais em atenção ao fundamento da identidade do indivíduo e dos grupos sociais em que está o mesmo inserido”. (Slaibi Filho, 2010, p. 4).

A situação individual de cada pessoa conduz à necessidade de o exercício da capacidade existencial ser casuísta, considerando não só a idade da criança ou do adolescente que vai consentir, mas também, o meio de onde o jovem provém, seu grau de instrução e sua capacidade para compreender o fato e decidir sobre o mesmo.

6. Conclusão

O Código Civil em vigor trouxe avanços em relação ao Código Civil de 1916 devido ao seu alinhamento aos no-

vos paradigmas personalíssimos e familiares inaugurados pela Constituição de 1988.

A nova codificação, porém, deixou muitas janelas abertas para o séc. XIX não acompanhando a evolução social, tecnológica e biomédica da sociedade brasileira, no decorrer do séc. XX mantendo-se, em muitos aspectos, ancorada às questões de natureza patrimonial.

O Código Civil de 2002 ao dedicar um capítulo à tutela dos direitos de personalidade, preocupou-se em cuidar da natureza existencial do ser humano. No entanto, ao regular o regime das incapacidades, a codificação civil manteve-se fiel à concepção patrimonialista oitocentista, sem tutelar a categoria da capacidade existencial, que ficou esquecida para o Código Civil do séc. XXI. Somente após o decurso de treze anos de vigência do Código Civil de 2002, é que foi reformado o vetusto sistema das incapacidades civis codificadas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo é o de assegurar e em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, promover sua inclusão social e o exercício da cidadania, provocou a necessária reforma dos arts. 3º e 4º, do Código Civil, tendo em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência determina que, em princípio, as pessoas portadoras de deficiência são pessoas que possuem capacidade civil plena.

A reforma do regime das incapacidades do Código Civil pela Lei nº 13.146/2015, somente outorgou capaci-

dade plena às pessoas portadoras de deficiência física ou mental, não a estendendo para os demais casos de capacidade meramente existencial de pessoas sem deficiência. Permanece, no entanto, a deficiência do sistema das incapacidades codificado em relação aos adolescentes, pacientes terminais ou não, às crianças portadoras de discernimento e aos adolescentes portadores de disforia de gênero primária, por não tratar o Código Civil da categoria da capacidade existencial.

O Enunciado nº 138/2004, do Conselho da Justiça Federal propõe uma exegese ampla ao inciso I, do art. 3º, do Código Civil, no sentido de ser a vontade dos absolutamente incapazes juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. Esse Enunciado reafirma a categoria da capacidade existencial das pessoas, independente de sua idade e do seu *status*, em nosso sistema jurídico.

Deve, porém, ser considerado que entre nós existem dois universos heterogêneos, que agrupam as crianças e os adolescentes brasileiros, que impossibilitam o tratamento igualitário aos adolescentes quanto ao exercício de sua capacidade existencial. O primeiro grupo possuidor de acesso a um patrimônio mínimo existencial e educação razoável, compreendem a vida e possuem o discernimento necessário para decidir sobre sua própria vida, saúde e integridade corporal. O outro grupo, composto por jovens que devido à ausência de acesso a um patrimônio mínimo existencial, sem possuírem um mínimo de educação razoável,

vel, entre outras deficiências sociais, nem sempre possuem a maturidade e o discernimento necessários para decidir sobre sua própria vida ou saúde.

Por estas razões, a matéria do exercício da capacidade existencial por crianças e adolescentes, enquanto não for adequadamente regulamentada, deverá ser sempre casuística, considerando a situação individual de cada pessoa, a família e o meio de onde cada jovem provém, seu grau de instrução e sua capacidade para compreender o fato e decidir sobre o mesmo.

Referências.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *IIIª Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro. Renovar. 1998.

COPI, Lygia Maria. *Recusa a Tratamento Médico por Adolescentes Pacientes Terminais. Do direito à morte com dignidade e autonomia à insuficiência do regime das incapacidades*. Dissertação de Mestrado. PPGD/UFPR. 2016.

Enunciado nº 138/2004, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2004. In www.cjf.jus.br/enunciados. Acessado em 14.09.2012.

FARINA, Roberto. *Transexualismo. Do Homem à Mulher Normal Através dos Estados de Intersexualidade e das Parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982.

KLABIN, Aracy Augusta. Transexualismo, RDC, 17/27-48, 1981.

PROCESSO CONSULTA - CREMEC nº 5.746/2005. Rel. Dalgimar Beserra de Menezes e Urico Gadelha de Oliveira Neto. Decisão de 26.12.2005. In <http://www.cremec.com.br/pareceres/2005/par1605.htm>. Acessado em 12.04.2016.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada. In https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1462502307400791&id=140720712924951&substory_index=0 (2015). Acessado em 25.04.2016.

SLAIBI Filho, Nagib. Igualdade, identidade e direito à diferença: notas sobre os múltiplos estatutos jurídicos do cidadão do século XXI. Revista de Direito nº 72/2010. In http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/. Acessado 25.04.2016.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo RT. 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*. São Paulo. RT. 1999.