

UMA NOVA CAPACIDADE NEGOCIAL: A CAPACIDADE PARA CONSENTIR NOS CUIDADOS DA SAÚDE

THE CAPACITY TO CONSENT TO HEALTHCARE AS A NEW LEGAL REQUIREMENT

JULIANO RALO MONTEIRO

Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Vice-coordenador e Professor Permanente do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Direitos da Amazônia da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor Adjunto da Graduação da Faculdade de Direito da UFAM.
ralojuliano@gmail.com

CAMILA BERTONI CARNEIRO DOS SANTOS

Mestra em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA). Advogada.
milabertoni@gmail.com

CARLA THOMAS

Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Civil; Direito Civil, Negocial e Imobiliário; Direito Notarial e Registral; Direito Constitucional. Oficial de Registros Públicos de Floriano/PI.
carlathomas7@yahoo.com.br

Recebido em: 30.10.2017

Aprovado em: 26.03.2021

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O caminho da despatrimonialização do direito privado iniciado com a promulgação da Constituição da República de 1988 resultou em um processo de autonomização dos direitos existenciais. As atuais regras da capacidade civil, mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, são hermeticamente fechadas e devem ser questionadas diante da maior atenção e proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo quando colocada à discussão a questão

ABSTRACT: The path of departrimonialization of Private Law, initiated with the promulgation of the 1988 Constitution, resulted in a process of autonomization of existential rights. The current system of legal incapacities, even after the enactment of Law 13,146/2015 – Statute of the Person with Disabilities, remains hermetically closed and must be questioned in light of the greater need for protection of fundamental rights, especially regarding the ability to consent to healthcare. The recognition of the patient's right to self-determination

da capacidade para consentir nos cuidados da saúde. O reconhecimento do direito à autodeterminação dos pacientes vem a demonstrar que não mais é possível aplicar às situações existenciais as mesmas soluções dadas aos direitos patrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE: Autodeterminação – Capacidade negocial – Capacidade para consentir – Cuidados da saúde – Consentimento informado.

demonstrates that existential situations demand different solutions than monetary ones.

KEYWORDS: Self-determination – Legal capacity – Ability to consent – Health care – Informed consent.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A capacidade para consentir nos cuidados da saúde. 2. Requisitos da capacidade para consentir. 3. Capacidade para consentir dos menores. 3.1. A ação de emancipação médica. Conclusão. Referências bibliográficas. Referências jurisprudenciais.

INTRODUÇÃO

Todos os cidadãos adultos dotados de capacidade têm direito à autonomia, ou seja, a possibilidade de tomar suas decisões mais importantes para a definição de suas vidas por si. Enquanto alguns países optam por uma evolução gradual, particular e individualizada da capacidade negocial, outros escolhem estabelecer um marco radical entre a menoridade e a maioridade, como é o caso do Brasil.

Resumidamente, pelo sistema do Código Civil brasileiro, a aplicação da teoria das incapacidades está inserida na Parte Geral do Código, mais especificamente no Livro I (Das Pessoas), Título I (Das Pessoas Naturais) e Capítulo I (Da Personalidade e da Capacidade). Pelo dispositivo, o sujeito é considerado plenamente capaz para a prática de qualquer ato da vida civil aos dezoito anos completos (CC, art. 5º). Por outro lado, após as mudanças trazidas pela Lei 13.146/2015, são absolutamente incapazes para exercerem pessoalmente os atos da vida apenas os menores de dezesseis anos, conforme a atual redação do art. 3º do Código Civil. Em acréscimo, o art. 4º do Código Civil determina que são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer, devendo ser assistidos para a prática dos atos da vida civil: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; c) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e, por fim, d) os pródigios.

No entanto, o atual sistema brasileiro das incapacidades, mesmo após referidas mudanças, se encontra insuficiente na atualidade. Com o presente estudo buscar-se-á uma reflexão a respeito da *capacidade para consentir nos cuidados da saúde*, tema difícil e espinhoso, que ganhou ainda mais complexidade após a entrada em vigor do Estatuto da

poderia ser objeto de tutela pelo Poder Judiciário. Trata-se de mais uma forma da independência dos direitos existenciais face aos patrimoniais.

Como consequência concluiu-se que, também no Brasil, os menores devem ser ouvidos para deliberarem pessoalmente sobre os cuidados de sua saúde e, em razão da legalidade estrita, poderiam se valer de ação própria denominada de *emancipação médica*.

Percebe-se, assim, que à proporção que as novas técnicas de assistência à saúde humana se desenvolvem, deve o direito, indubitavelmente, acompanhar essas mudanças e respeitar os direitos do indivíduo nos cuidados de sua saúde, com justiça e equidade, desde que o façam com diálogo e respeitando o conhecimento adquirido pelas ciências médicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APPELBAUM, Paul S. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *New England Journal of Medicine*, v. 357, p. 1834-1840, 2007.
- BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- CORDIANO, Alessandra. *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione*. Dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria. Comparazione e diritto civile P.zza Caduti Civili di Guerra, Salerno. Disponível em: [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it/prova/files/cordiano_principio.pdf]. Acesso em: 20.10.2018.
- CULVER, Charles M. Competência do paciente. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (Org.). *Bioética*. São Paulo: EDUSP, 2002.
- CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética e biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- COSTA, Judith-Martins. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: COSTA, Judith-Martins; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- D'AVILLA, Roberto Luiz. Um código para um novo tempo. In: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Brasília: CFM, 2012.
- DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DOYAL, Len. Good clinical practice and informed consent are inseparable. *Heart*, v. 87, n. 2, p. 103-105, fev. 2002.

- DRANE, James F. Competency to give an informed consent: a model for making clinical assessments. *The Journal of the American Medical Association*, v. 252, n. 7, p. 925-927, ago. 1984.
- DRANE, James F. The many faces of competency. *Hastings Center Report*, v. 15, n. 2, p. 17-21, abr. 1985.
- EBERLE, Simone. Mais Capacidade, Menos Autonomia: o estatuto da menoridade no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 17, p. 181-191, jan.-mar., 2004.
- FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; SACARDO, Daniele Pompei. Ética na Assistência à Saúde do Adolescente e do Jovem. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE (Org.). *Cadernos juventude, saúde e desenvolvimento*, Ministério da Saúde, 1999.
- HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolff. Consentimento informado no atendimento pediátrico. *Revista Paulista de Pediatria*, v. 28, p. 128-133, 2010.
- LEO, Raphael J. Competency and the capacity to make treatment decisions: a primer for primary care physicians. *Journal of Clinical Psychiatry*, v. 1, n. 5, p. 131-141, out. 1999.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. CAMBIER, Everaldo (Coord.). São Paulo: Ed. RT, 2003.
- MURRAY, Peter M. The History of Informed Consent. *The Iowa Orthopaedic Journal*, v. 10, p. 104-109, 1990.
- NANNI, Giovanni Ettore. A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial. *Letrado: Informativo Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 96, p. 28-29, set.-out. 2011.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Dever de informar dos médicos e consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 89-90.
- RAYMUNDO, Marcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. Do consentimento por procuração à autorização por representação. *Revista Bioética*, v. 15, p. 83-89, 2007. p. 99.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCALISI, A. *Famiglia e diritti del minore*. Milão: Giuffrè, 2002.
- SIGMAN, Garry S.; O'CONNOR, Carolyn. Exploration for physicians of the mature minor doctrine. *Journal of Pediatrics*, v. 119, n. 4, p. 520-525, out. 1991.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

TUNZI, Marc. Can the Patient Decide? Evaluating Patient Capacity in Practice. *American Family Physician*, v. 64, n. 2, p. 299-308, jul. 2001.

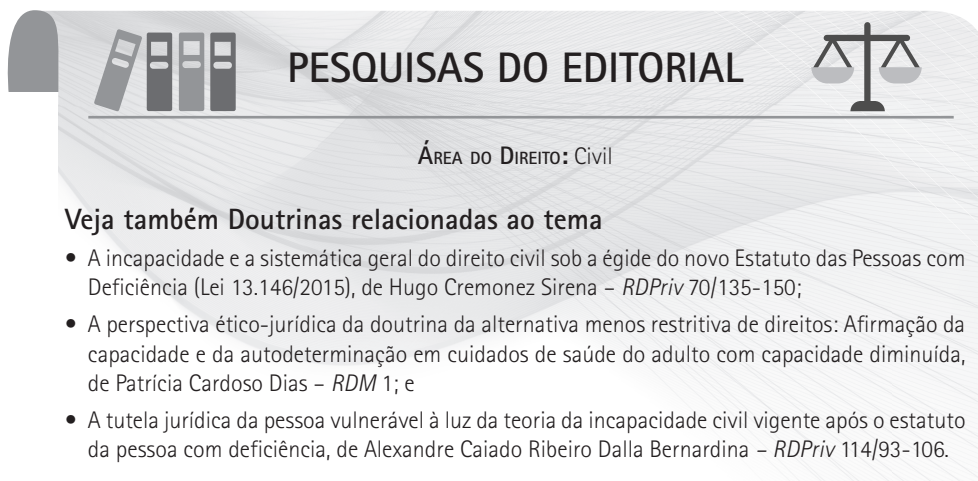
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Fitzpatrick & Anor vs K. & Anor (IEHC 104, 2008).

Large vs. Superior Court of Arizona (714 P.2d 399, 1986).

TJRS, Apelação Cível 595000373, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, 6ª Câmara Cível, j. 28.03.1995.

Standard Operating Procedures da University of Michigan Medical School, Institutional Review Board (IRBMED), aprovado em 02.01.2010.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015), de Hugo Cremones Sirena – *RDPriv* 70/135-150;
- A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menos restritiva de direitos: Afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída, de Patrícia Cardoso Dias – *RDM* 1; e
- A tutela jurídica da pessoa vulnerável à luz da teoria da incapacidade civil vigente após o estatuto da pessoa com deficiência, de Alexandre Caiado Ribeiro Dalla Bernardina – *RDPriv* 114/93-106.