

O incapaz e o consentimento informado

Lydia Neves Bastos Telles Nunes*

Sumário: Introdução; 1. Fundamentos constitucionais responsáveis pelas transformações no instituto da representação dos incapazes; 2. Capacidade de direito e capacidade de fato. Incapacidade; 3. Interdição: limites e deveres do representante; 4. Consentimento informado dos incapazes; Considerações finais; Referências.

Resumo: Este trabalho faz breve análise do consentimento informado na relação médico-paciente quando o direito da personalidade tem como titular o incapaz. Levanta-se a discussão sobre a consideração a ser dada à manifestação de vontade do representante legal e à manifestação exteriorizada pelo incapaz.

Palavras-chave: Incapacidade; Consentimento informado; Direitos da personalidade; tratamento médico.

Abstract: This paper makes a short analysis of informed consent in a medical and patient relation, when the right of the personality has a titular the incapable one. It is arisen quarrel on the consideration to be given to the manifestation of will of the legal representative and to the manifestation of will of the incapable one.

Keywords: Incapacity; Informed consent; Rights of the personality; Medical treatment.

Introdução

Provoca discussão o tema consentimento informado. Há alguns anos o assunto não era tão polêmico porque o homem, embora sempre tenha sido a razão de ser do Direito, não se encontrava no centro das atenções do ordenamento jurídico, uma vez que a preocupação do legislador recaía sobre o patrimônio.

Na atualidade, quando a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, é a mola propulsora de toda a legislação infraconstitucional, encontra-se em todos os ramos do Direito o pensamento dominante em oferecer ao homem condições para seu pleno desenvolvimento e bem-estar.

O princípio da dignidade humana desde a Constituição de 1988 permeia o ordenamento jurídico com indicadores sobre a posição proeminente do homem, garantindo-lhe direitos, o tratamento isonômico e solidário a todos os seus semelhantes.

* Estágio Pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – PT; Mestre e Doutora em Direito pela PUC – SP; Professora nos cursos de Graduação e Pós-graduação da ITE – Bauru; Membro do Núcleo de Pesquisa Docente da Faculdade de Direito de Bauru – ITE; Professora Orientadora no Núcleo de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Bauru – ITE.

[...] Se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importam quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. Exigir, por meio de preceito constitucional que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana, é exigir que ele garanta a todos, direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem (PEREIRA, 2006, p. 98).

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana é o marco inicial para a valorização de todo ser humano, sem qualquer distinção ou discriminação em razão de idade, sexo, posição social e intelectual, saúde física ou mental.

O ordenamento jurídico já contemplava institutos de proteção em caso de desigualdades, mas a tutela sempre teve como centro questões patrimoniais.

Na atualidade o enfoque da tutela foi desviado para a pessoa, seu bem-estar e pleno desenvolvimento.

Assim é que, com relevante importância, tem-se estudado os institutos da representação dos incapazes. Dizia-se que o incapaz não tem vontade própria, em razão da falta ou pouco discernimento, e o representante supria esta deficiência manifestando a própria sua vontade. Não se pode aceitar este posicionamento de forma tranqüila. Quando a tutela visa somente questões patrimoniais, admite-se a manifestação da vontade do representante, porém, quando tratar-se de decisões sobre o seu pleno desenvolvimento e bem-estar, o incapaz deve ser ouvido e respeitada a manifestação de seus interesses.

Apresenta-se a seguir, de forma resumida, alguns comentários acerca dessas transformações ocorridas no instituto da representação dos incapazes, com ênfase nos casos em que se torna necessário o consentimento informado, nos tratamentos de saúde.

1 Fundamentos constitucionais responsáveis pelas transformações no instituto da representação dos incapazes

O princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da construção kantiana, deve ser entendido como valor intrínseco às pessoas humanas que, como seres racionais, são “dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza” (MORAES, 2003, p. 85).

Ainda, continua Moraes, 2003, p. 83:

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração, os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.

Seria o mesmo que dizer, então, que o princípio da dignidade humana encontra-se fundamentado nos princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.

O princípio da igualdade, sempre presente nos ordenamentos jurídicos universalmente reconhecidos, impõe que todos devem receber tratamento igual, observando suas desigualdades, para não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas possuem características próprias que as diferenciam umas das outras.

O papel do Estado, neste sentido, é dar o tratamento isonômico, criando oportunidades para favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa, removendo os obstáculos que impedem a participação igualitária de todos, proporcionando o exercício dos direitos individuais dos sujeitos: direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todo cidadão (PERLINGIERI, 1997, p. 54).

A referência ao princípio da proteção da integridade física e moral, em geral, direciona o pensamento ao direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais (tratamento do preso, proibição de penas cruéis etc.). Todavia, seu alcance é muito maior e envolve numerosos direitos da personalidade: vida, nome, imagem, corpo, privacidade, honra.

Com o recente desenvolvimento da biotecnologia, este princípio emerge e sua importância sobressai. Para o tema do presente estudo, merece considerações o interesse e o bem-estar do ser humano, acima de qualquer outro interesse coletivo ou de terceiras pessoas envolvidas.

O ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica. A regra expressa o conceito da não-instrumentalização do ser humano, significando que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas. (MORAES, 2003, p. 99)

Portanto nenhum tratamento, intervenção cirúrgica ou experiência pode ser imposta sem o expresso e informado consentimento de uma pessoa doente. Seu interesse prevalece e suas escolhas devem ser respeitadas. É corolário desse princípio o direito à informação sobre a realidade do quadro clínico e sobre os riscos

decorrentes da terapêutica a que será ela submetida e, somente então, poderá ela manifestar seu consentimento.

Discorrendo sobre a necessidade de se obter o consentimento informado para qualquer tratamento, o professor português Guilherme de Oliveira assim se manifestou:

[...] dever de obter o consentimento informado, é necessário afirmar que este dever se funda *no direito à integridade física e moral de cada indivíduo*, constituindo uma das facetas mais relevantes da sua protecção – tanto mais relevante quanto se vão generalizando, na sociedade actual, técnicas médicas invasivas e sofisticadas (OLIVEIRA, 1999, p. 63).

O direito à liberdade e a autonomia privada merecem atenção especial quando se trata do consentimento informado sobre os direitos da personalidade.

A liberdade e a autonomia da vontade não podem ser consideradas ilimitadamente. Sofrem restrições estabelecidas pela intervenção estatal no interesse social e da própria pessoa que se manifesta. Também existem limitações impostas pela ordem pública e os bons costumes.

As situações existenciais exprimem-se não somente em termos de direitos, mas, também, de deveres: no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma. [...] Autonomia não é arbítrio: o ato de autonomia em um ordenamento social não se pode eximir de realizar um valor positivo (PERLINGIERI, 1997, p. 299).

O princípio da solidariedade, numa primeira vista, pode ser entendido como aquele princípio concretizador da igualdade. Com sua aplicação tem-se um conjunto de instrumentos voltados para garantir “existência digna” para todos numa sociedade que se desenvolva livre e justa, sem excluídos.

Também alcança a protecção da intimidade, impedindo a exclusão de direitos de filhos havidos fora do casamento; das relações familiares, que impõe a convivência familiar aos filhos com seus pais e avós, e dos idosos com seus entes queridos; do dever de sustento e dos alimentos entre parentes, que permite a subsistência digna àqueles que não têm condições de sozinhos se manterem; de protecção ao instituto da tutela e curatela, impondo deveres aos representantes para que procurem os interesses dos pupilos e curatelados.

Enfim, a união desses princípios, e a aplicação de outros, implícitos em todas as relações entre pessoas, permitem a concretização da dignidade da pessoa humana.

[...] não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas (MORAES, 2003, p. 121).

2 Capacidade de direito e capacidade de fato. Incapacidade.

Artigo 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

A disposição da Lei Civil, presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1916, deve ter uma leitura diferente na nova codificação.¹

A pessoa, natural ou jurídica, é suscetível de ser titular de direitos e contrair obrigações, deveres. Isto se depreende do conceito de personalidade. Todavia, por este enunciado não se tem a medida dessa titularidade. Essa medida vai ser determinada pelo instituto da capacidade.

O vocábulo capacidade, presente no dispositivo antes mencionado, diz respeito aos poderes de ação contidos na personalidade, conforme interpretação de Clóvis Beviláqua ao comentar o artigo 2º do Código Civil de 1916 (BEVILÁQUA, 1959).

Capacidade jurídica, segundo o Dicionário Houaiss, é “aquela que habilita o indivíduo a exercer pessoalmente atos jurídicos relativos à vida civil”.

A capacidade é aptidão que todas as pessoas têm, em razão do princípio da igualdade. Essa capacidade é chamada *de direito*. Assim, *capacidade de direito* é a faculdade de exercer direitos e contrair obrigações e deveres na vida civil. Todavia, nem todas as pessoas têm a aptidão de, por si mesmas, exercerem os direitos e contraírem obrigações, ou seja, nem todos têm *capacidade de fato*.

Melhor explicando, todas as pessoas por terem personalidade jurídica (aptidão para ser sujeito de direitos e de deveres) têm capacidade de direito (qualidade para ser sujeito de direitos e de deveres), mas nem todas as pessoas têm capacidade de fato (habilitação para exercer, por si mesmas, a titularidade de direitos e de deveres), sendo estas últimas consideradas incapazes para a prática de determinados atos, por expressa determinação legal, necessitando de assistência ou representação para agir na vida civil.

Desde o momento em que ele nasce, até o momento em que morre, a capacidade jurídica é, de um modo absoluto, a capacidade de ter direitos e obrigações; isso

¹ A releitura mencionada não é necessária em virtude das alterações “todo homem” para “toda pessoa”, e “obrigações” para “deveres”. A nova leitura deve ser feita à luz da Constituição Federal de 1988.

não mais se altera, porém sofre limitações. Há certos direitos e obrigações de que o homem só se torna capaz em certas circunstâncias, e essas limitações constituem modificações da capacidade jurídica (DANTAS, 1979, p. 172).

Ter capacidade de direito é a regra, todos têm. Quanto à capacidade de fato, a lei, expressamente determina quem a terá.

Quem não tem capacidade de fato é chamado de *incapaz*.

A incapacidade pode se dar em razão da idade, de enfermidade ou deficiência mental, ou qualquer outra causa que impeça o completo discernimento para a manifestação de vontade.

A incapacidade é exceção e, por isso, só será admitida se expressamente prevista em lei.

A incapacidade pode ser absoluta ou relativa.²

A lei separa os absolutamente incapazes para a prática de qualquer ato na vida civil, dos relativamente incapazes. Aqueles são representados quando necessário o exercício de algum direito ou o cumprimento de algum dever; estes, por possuírem algum discernimento, são assistidos.

De onde vem a incapacidade jurídica? De onde vem a incapacidade para negociar? Vem exclusivamente de um fato natural, que o direito é obrigado a reconhecer e dar-lhe consequência jurídica. Esse fato natural é a insuficiência da vontade, em certos casos, para a boa conduta do homem na vontade jurídica (DANTAS, 1979, p. 174).

Ensinava o Professor San Tiago Dantas, quando se referia à incapacidade que esta proteção vem do Direito romano, onde o instituto tinha uma razão diversa. Naquele tempo, a estrutura da família tinha como centro o *pater familias*, o titular do patrimônio familiar. Portanto, os filhos (*filius familias*) não tinham capacidade jurídica porque não tinham patrimônio e não podiam decidir ou tomar qualquer providência em seu próprio nome, ainda que tivessem idade ou fossem mentalmente sãos.

Continua o Professor:

² Art. 3º CC: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 (dezesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade.” Art. 4º CC: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único: A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

No Direito moderno esse fundamento caiu por completo. O menor pode ter o patrimônio à parte, desde o momento em que nasce. De maneira que o único fundamento da incapacidade no Direito moderno é esse fundamento psicológico que acaba de enunciar-se, a imaturidade do espírito, a circunstâncias do homem, enquanto jovem, incivilizado, ou doente, não poder usar da sua vontade em pé de igualdade com os outros indivíduos [...] (DANTAS, 1979, p. 174).

Assim, o instituto da representação existe para que o princípio da igualdade seja atendido em relação aos incapazes.

Os institutos da representação e da assistência têm grande importância quando o tema é incapacidade. Sem a presença do representante, os atos praticados pelo absolutamente incapaz são nulos. Sem a devida assistência, os atos do relativamente incapaz são anuláveis.

Quando a incapacidade se dá em razão da idade, basta para a sua comprovação, a certidão de nascimento da pessoa: são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e são relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

A representação e assistência dos menores incapazes se dão, na maioria das vezes, de forma natural: é exercida pelos pais, como corolário do poder familiar.

Na falta ou impossibilidade dos pais, será nomeado tutor, dentro de um rol de pessoas enunciado pela lei.

Já a representação e a assistência do incapaz por motivos diversos: enfermidade ou deficiência mental, impossibilidade transitória de expressar a vontade, é exercida pelo curador.

O curador será nomeado em ação de interdição. Procedimento legal necessário para a declaração de incapacidade. A incapacidade por motivos diversos deverá ser declarada judicialmente.

3 Interdição: limites e deveres do representante

Sob o título “Da curatela dos interditos” o Código de Processo Civil regula a ação de interdição, estabelecendo a legitimidade ativa e a demonstração de que o interditando é incapaz “para reger a sua pessoa e administrar os seus bens”.³

³ Art. 1.180 CPC: “Na petição inicial, o interessado provará a sua legitimidade, especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica e assinalará a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens.”

Percorrido todo o processo, após cuidadosa análise da prova produzida, laudo pericial, e do exame minucioso que deverá o juiz efetuar pessoalmente com o interditando, será proferida sentença de interdição, se assim for o seu convencimento.

O processo de interdição traz em si forte conteúdo de interesse público e não obriga o juiz a aceitar passivamente prova pericial, feita com displicência, do perito nomeado, ainda que os interessados sobre ela silenciem.⁴

Na sentença, entre outros requisitos, deverá constar os limites da curatela. Importante esse aspecto para a validade e eficácia dos negócios realizados pelo representante do incapaz.

O curador deverá agir dentro dos limites estabelecidos na sentença de interdição. Esses limites são estabelecidos diante do grau de discernimento do interditando.

Observa-se pelas disposições processuais, a preocupação patrimonial que guiou o legislador.

A interdição vislumbrou proteger o incapaz da ruína patrimonial. Claramente percebe-se o intuito, ao analisar o rol de pessoas legitimadas à propositura da ação.

Tratando do assunto, o Professor San Tiago Dantas assim se manifesta:

[...] não têm vontade suficientemente amadurecida para que seus atos traduzam realmente o seu verdadeiro interesse, seja por inabilidade, seja por inexperiência. Eles podem ser conduzidos a agir contra si próprios, e isso, que é uma verdade natural, o direito transforma numa situação jurídica (grifou-se) (DANTAS, 1979, p. 174).

Também a inclusão do pródigo conduz ao entendimento expressado.

Analisando o artigo 4º do Código Civil, ao tratar do pródigo, o Professor Renan Lotufo lança o seguinte comentário:

Trata-se de uma restrição à capacidade daquele que desordenadamente dilapida seu patrimônio. A privação, neste caso, refere-se a atos relacionados exclusivamente com o patrimônio do pródigo (LOTUFO, 2003, p. 24).

Todavia, o incapaz não tem só patrimônio!

⁴ RT 675/176.

O incapaz tem nome, tem imagem, tem honra, tem saúde. Essa titularidade não pode ser esquecida.

A preocupação maior sobre o patrimônio deslocou-se para a pessoa e sua dignidade, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, a tutela do incapaz não deve ter como único objetivo o seu patrimônio, mas a sua proteção integral, visando seu bem-estar e o seu desenvolvimento.

O incapaz, assim considerado legalmente e declarado judicialmente, deverá ser ouvido e atendido quando sua manifestação de vontade não se referir a questões patrimoniais.

Quanto ao seu bem-estar e seu pleno desenvolvimento deverá ser atendida sua vontade. Em relação aos menores incapazes, que têm no Estatuto da Criança e do Adolescente sua principal regulamentação, devem ser ouvidos, conforme estipula o artigo 28, parágrafo 1º, *in verbis*: “Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada”.

Embora o dispositivo transcrito esteja nas disposições gerais sobre a colocação do menor em família substituta, por analogia, sempre que possível qualquer que seja a questão a ser decidida, o menor incapaz deverá ser ouvido.

Quanto aos demais incapazes, sempre que possível todos devem se manifestar. É preciso valorizar o ser humano e admitir as escolhas que ao incapaz é admitido exprimir concretamente. Quando suas manifestações volitivas forem no sentido de contribuir para o seu desenvolvimento e bem-estar, devem ser ponderadas e acatadas.

Esta chave de leitura, superando confusões entre inidoneidade para exercer atividades patrimoniais e a enunciação de proibições relativamente a algumas significativas escolhas existenciais [...] permite reconstruir a interdição e a *inabilitazione* em modo mais adequado ao seu fundamento constitucional. É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil” (PERLINGIERI, 1997, p. 164).

Adiante, continua o Professor Pietro Perlingieri:

A declaração judicial de interdição, ao determinar a extensão e os limites da incapacidade, o regime de tutela e de proteção, poderá, por exemplo, reconhecer tanto uma idoneidade para realizar os atos da pequena e quotidiana administração, ou pelo menos alguns deles, quanto uma idoneidade para a realização de atos de natureza existencial (1997, p. 166).

4 Consentimento informado dos incapazes

[...] Mas o doente é um sujeito de direitos e, como tal, de regra, capaz de exercê-los. E se a regra é a capacidade, sendo a incapacidade exceção, não há como interpretar extensivamente as hipóteses legais que retiram do homem a capacidade de exercer direitos. Sob esse prisma, o doente é capaz de consentir, a menos que lhe seja retirada tal capacidade mediante processo judicial de interdição. [...] Em virtude de a incapacidade consistir em restrição legal ao livre exercício dos atos da vida civil, suas hipóteses devem ser sempre interpretadas restritamente (MEIRELLES; TEIXEIRA, 2002, p. 348, 351).

O incapaz, declarado judicialmente, terá na sentença de sua interdição os limites estabelecidos para sua atuação. Esses limites não podem ser interpretados extensivamente, uma vez que tratam de uma situação excepcional.

O juiz, ao proferir a sentença de interdição, traçará os limites da curatela e o interditando poderá se manifestar somente a respeito daquilo que ficar determinado.

Quanto às questões relacionadas a direitos fundamentais e direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito à saúde, à integridade física e mental, não sendo completa a falta de discernimento, deve ficar prevista a possibilidade de manifestação do interditando. Questão delicada é a que se refere ao exercício dos direitos fundamentais e o instituto da representação.

Pode o representante manifestar-se pelo incapaz a respeito de direito fundamental ou de direito da personalidade?

Relacionado a esse tema está o “consentimento informado”.

A história do “consentimento informado” data de longa data. Em um primeiro momento resumia na manifestação de cooperação do doente. Com a evolução da sociedade, o acesso cada vez maior ao ensino, o crescimento do conhecimento, o desenvolvimento da informação, as pessoas conquistaram, paulatinamente, autonomia quanto aos tratamentos médicos.

O Código de Nuremberg (1947) é o primeiro texto que explicita a exigência do consentimento do doente para submeter-se a qualquer tipo de tratamento médico, onde se encontra: “O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial”.⁵ A Declaração de Helsínquia (1964 e revista em outubro de 2000),⁶ da Associação Médica Mundial, impõe a exigência de consentimento para a experi-

⁵ Citado por André Gonçalo Dias Pereira. *In: O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 64.

⁶ Idem, *ibidem*.

mentação médica, onde é dever do médico proteger a vida, a saúde, a intimidade e a dignidade do ser humano.

Após a edição desses dois textos, os juristas de todo o planeta iniciaram discussões a respeito do “consentimento informado” que, diante das atuais questões do biodireito, tornaram-se fundamentais para a proteção da dignidade da pessoa humana que necessita de intervenções médicas para a preservação da sua saúde. A moderna dogmática da responsabilidade médica vê no consentimento informado um instrumento que permite, para além dos interesses e objectivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito dos aspectos individuais e volitivos do paciente. O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e conseqüências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo (PEREIRA, 2004, p. 56).

O consentimento informado é a resposta ao exercício do direito à informação que é titular de toda pessoa humana e, de forma especial, aquela que se encontra doente e necessitando de cuidados médicos. Ainda, como corolário do consentimento informado, resposta ao direito à informação agrega-se o direito à vida, à integridade física e mental, bem como o direito à liberdade.

Além do direito do paciente de ser informado sobre todo o processo a que se submeterá e as possibilidades de cura, ser conexo a outros direitos constitucionalmente assegurados, também deve ser levado em conta que é um dever contratual do médico, no tratamento que dispensa ao paciente quando então se atrelaria o dever de informar à boa-fé objetiva.

Portanto, o médico tem o dever de informar e obter o consentimento.

Ensina o Professor português Guilherme de Oliveira:

a necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado ganhou sentido na prática médica, como um aspecto de *boa prática clínica*; isto é: *tratar bem* não é apenas actuar segundo as regras técnicas da profissão, mas também considerar o doente como um centro de decisão respeitável. (*apud* PEREIRA, p. 71).

Conclui-se que o consentimento informado do paciente é a legitimação e o limite do exercício da atividade médica. Para que se obtenha o consentimento, o paciente deverá possuir capacidade para exercer o seu direito à informação. E neste ponto surge a indagação: somente quem tem capacidade poderá consentir, ou o incapaz poderá se manifestar pessoalmente? Deverá o representante do incapaz, após exercer o seu papel na representação, consentir em nome do representado?

Já mencionado anteriormente, a representação do incapaz visa proteger, primordialmente, a propriedade do incapaz, estando a proteção da sua pessoa num plano secundário e, em consequência, todos os direitos daí decorrentes. Diante desta afirmação poder-se-ia concluir que a representação do incapaz não está autorizada a exprimir o consentimento informado.

Acresce a este raciocínio de não equiparação da capacidade para consentir à capacidade negocial que a decisão sobre estes bens de natureza pessoal afectam o próprio direito geral de personalidade, pelo que, no caso de uma eventual necessidade de representação (legal) esta deve-se orientar pela autodeterminação do sujeito e não pela heterodeterminação, no maior âmbito possível. Por outro lado, os institutos da representação dos incapazes (a interdição e a inabilitação) são demasiados rígidos, não atendem à variação das capacidades intelectuais, emotivas e volitivas dos doentes psiquiátricos dos nossos dias. (PEREIRA, 2004, p. 149).

Buscando na literatura estrangeira esclarecimentos para as questões que surgem, entre muitas teorias defendidas por vários juristas, encontra-se na doutrina do Professor alemão Amelung, que constrói uma teoria que defende a existência de um instituto diverso da capacidade, para justificar o consentimento informado do incapaz.

Para o Professor alemão a *capacidade para consentir é instrumental*.

Desde que uma pessoa é declarada incapaz de, por si, agir na vida civil porque lhe falta discernimento, será também incapaz para consentir, porque não pode decidir sozinha. Após a declaração de incapacidade, a pessoa fica limitada e sujeita à representação. Ela não pode “tomar uma decisão racional”, e isso se dá porque ela não consegue compreender, em abstrato, os critérios da decisão a ser tomada.

O Professor Amelung estrutura o seu conceito de *capacidade para consentir* em quatro momentos: a capacidade de decidir sobre valores, a capacidade para compreender os fatos, a capacidade para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida. Faltando um desses elementos, a pessoa deve ser considerada incapaz para consentir.⁷

Esses elementos não são apreciados na ação de interdição. Como consequência, o juiz não se manifesta a respeito deles na sentença.

O mais importante a ser observado é que a capacidade para consentir difere da capacidade jurídica para agir na vida civil. Nesta, o objeto de proteção é o patrimônio, naquela são direitos da personalidade. Portanto, a capacidade para consentir não pode seguir as mesmas regras estatuídas para a capacidade jurídica.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 155.

O consentimento informado do incapaz deve ser considerado segundo a sua incapacidade, para que ele se manifeste sobre a anuência ou não com o tratamento médico necessário.

Se a incapacidade for em razão da idade, deve ser observado o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a manifestação de vontade da criança e do adolescente.

Já na incapacidade do maior de idade leva-se em conta a sentença de interdição e os limites estabelecidos pelo julgador.

Não estará o representante do incapaz legitimado pela sentença de interdição para manifestar o consentimento informado para as práticas médicas. A sua participação deverá ser de aconselhamento e ajuda ao incapaz. Jamais de substituição da vontade.

A referência que se faz neste ponto é ao incapaz que, apesar de interditado, conserva algum discernimento sobre suas qualidades e aptidões físicas. Não se faz referência ao incapaz totalmente alienado, sem qualquer momento de lucidez. Quanto a este, o consentimento informado será prestado pelo representante legal, sem qualquer argumentação, porque a pessoa é completamente inábil para entender o que lhe sucede, ou que sucede à sua volta.

A capacidade para consentir, quando tem por objeto direitos da personalidade, é a possibilidade de discernimento da pessoa a se submeter ao tratamento médico. Daí ser possível ao incapaz (por idade ou por doença) ser considerado capaz para essa manifestação.

João Vaz Rodrigues, sobre tormentoso tema, assim se manifesta:

Se a questão se centra na averiguação da capacidade de entender e decidir com grau de maturidade suficiente, então será igualmente pertinente suscitar a questão de saber se, nestas matérias que abordamos, o legislador não deveria mandar atender à vontade de um menor de treze anos, ou de idade inferior, a quem se reconheça igualmente um discernimento relevante? A resposta deverá ser positiva. Onde exista capacidade de entendimento e de ponderação, deverá igualmente existir uma vontade atendível. O limite dos catorze anos poderá significar apenas uma referência para o agente médico, ou o limite até ao qual uma criança, a quem se reconheça maturidade para tanto poderá associar a sua decisão à dos seus representantes legais, e, a partir da qual, com idêntico reconhecimento poderá decidir sozinha. A ser assim, então a existência ou falta de capacidade deveria ser analisada casuisticamente, ponderando-se a relação entre a idade do menor – independente de ser inferior a catorze anos –, o seu discernimento e o tratamento, isto é, a avaliação da concreta intervenção em causa.⁸

⁸ **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento Jurídico Português** (Elementos para o Estudo da Manifestação da vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 204-205.

Considerações finais

O primado da pessoa humana provocou grandes transformações no mundo jurídico. Os fundamentos jurídicos de proteção patrimonial ruíram diante da importância da dignidade da pessoa humana.

Tradicionais institutos jurídicos devem estar abertos para novas construções, necessárias para atender as novas realidades.

O instituto da incapacidade e a sua tutela deve ser reestudado e reestruturado para alcançar as diversas e novas situações que se apresentam, a cada dia, na vida dos incapazes, em proteção à sua saúde e à sua vida.

Os limites da tutela e da curatela delineados na sentença de interdição deverão ser mais explícitos sobre os direitos a serem exercidos pelos representantes nomeados.

Quanto aos incapazes menores existe a possibilidade de os pais, que em razão de seu amor paternal, presentirem e procurarem atender todas as necessidades dos filhos menores.

É imprescindível distinguir a incapacidade jurídica da incapacidade para consentir nos tratamentos médicos.

É preponderante o bem-estar e o desenvolvimento da pessoa humana, seja ela capaz ou incapaz. Para que se concretizem os princípios constitucionais, o titular do direito à saúde, à integridade física e psíquica deve ser ouvido e sua manifestação deve ser considerada.

Ao consentimento informado não se pode aplicar as regras da capacidade jurídica, sem a necessária conformação para o total respeito e cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Referências

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1959.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil** – parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEMOS, Floriano de. A consciência e a vontade nos moribundos. *In: Revista de Direito Privado*, nº 7. julho-setembro 2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. *In*: Carmem Lucia Silveira Ramos (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

OLIVEIRA, Guilherme de. Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. *In*: OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra, 1999. Vol. 1.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2005.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente). Coimbra: Coimbra, 2001.