

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELLA DE MIRANDA HENRIQUES CAVALCANTE

**O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO FORMA DE PROTEÇÃO À
AUTONOMIA DO PACIENTE E A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO
MENOR MADURO NAS INTERVENÇÕES MÉDICAS**

SANTA RITA
2019

GABRIELLA DE MIRANDA HENRIQUES CAVALCANTE

**O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO FORMA DE PROTEÇÃO À
AUTONOMIA DO PACIENTE E A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO
MENOR MADURO NAS INTERVENÇÕES MÉDICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de Bacharel
em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

SANTA RITA
2019

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

C376c Cavalcante, Gabriella de Miranda Henriques.

O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO FORMA DE PROTEÇÃO À
AUTONOMIA DO PACIENTE E A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA
DO MENOR MADURO NAS INTERVENÇÕES MÉDICAS / Gabriella de
Miranda Henriques Cavalcante. - Santa Rita, 2019.

59 f.

Orientação: Adriano Godinho,
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Consentimento informado. Incapazes. Maturidade. I.
Godinho, Adriano. II. . III. Título.

UFPB/CCJ

GABRIELLA DE MIRANDA HENRIQUES CAVALCANTE

**O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO FORMA DE PROTEÇÃO À
AUTONOMIA DO PACIENTE E A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO
MENOR MADURO NAS INTERVENÇÕES MÉDICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de Bacharel
em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho (Orientador)

Prof^a. Dr^a. Adriana Ormond (Examinadora)

Prof^a. Dr^a. Ana Paula Albuquerque (Examinadora)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela vida, pela força para superar todas as dificuldades, por todas as oportunidades que me foram concedidas durante a graduação e por permitir o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso. Até aqui o caminho foi logo, a jornada exigiu luta e determinação, mas chego ao final desta etapa com a certeza de dever cumprido e com o sentimento de gratidão e conquista.

Sei que ainda tenho muitos caminhos para percorrer, mas fico feliz em saber que durante esses cinco anos pude aprender a exercer minha futura profissão de forma digna e ética. E é dessa maneira que pretendo seguir com a minha vocação, ajudando ao próximo e tentando garantir o direito e a justiça a todos.

Sou grata por compartilhar esse momento com pessoais especiais. Por isso, agradeço aos meus pais, Adrinésio e Nadja, por sempre acreditarem em mim e me incentivarem a vencer todas as etapas da vida. Sou grata ao meu namorado, Rhyan, por sempre me estimular a crescer profissionalmente e por ter contribuído com a escolha do tema deste trabalho.

Agradeço também ao meu orientador, Adriano Godinho, por ser tão responsável, comprometido e não medir esforços para ajudar. Por fim, sou grata aos professores e colegas de turma que foram fundamentais para o encerramento desta etapa. Que venham os próximos desafios, conquistas e realizações!

RESUMO

O consentimento informado consiste em uma obrigação ética dos profissionais de saúde em fornecer informações ao paciente sobre os benefícios, os riscos e as consequências do tratamento oferecido para curar a enfermidade. Surgiu como uma forma de impedir a conduta paternalista dos médicos, ressaltando o direito fundamental à autonomia da vontade do paciente, permitindo a livre decisão do enfermo quanto à realização ou a recusa das condutas médicas. Contudo, os pacientes considerados incapazes em razão da idade apresentam limitações aos seus direitos da personalidade, haja vista que por não apresentarem capacidade de fato, a legislação brasileira não permite que consintam as intervenções que lhes são sugeridas. Diversos países adotam a teoria do menor maduro, considerando que não só o critério etário pode definir a capacidade de um menor, mas também o seu nível de maturidade. Além disso, por mais que o Código Civil brasileiro adote as maioridades especiais em diversas situações, nas condutas médicas, a autonomia progressiva do paciente menor de idade não é um critério utilizado pelo país. Foi possível observar, a partir destas bases, que a teoria do menor maduro não encontra abrigo no sistema jurídico brasileiro, de modo a inviabilizar a manifestação da vontade de pessoas incapazes no âmbito das relações médico-paciente.

Palavras-chave: Consentimento informado. Incapazes. Maturidade. Discernimento.

ABSTRACT

Informed consent is an ethical obligation on healthcare professionals to provide information to the patient about the benefits, risks and consequences of treatment offered to cure some diseases. It emerged as a way to prevent the paternalistic conduct of doctors, emphasizing the fundamental right of autonomy, ensuring patients Will and providing him the final decision about medical proposals. However, patients considered to be incapable on the grounds of age have limitations on their personality rights, Brazilian law doesn't allow them to consent to the interventions suggested. Some countries adopt the theory of mature minors, considering that not only the age criterion can define a minor's ability but also your maturity level. In addition, the Brazilian Civil Code doesn't adopt special majorities in medical conduct. Therefore, the progressive autonomy of the underage patient isn't a criterion used by the country. From these bases, it was possible to observe that the theory of the mature minor finds no shelter in the Brazilian legal system, so as to make the manifestation of the will of incapable persons in the scope of doctor-patient relations unfeasible.

Keywords: Informed consent. Incapable. Maturity. Discernment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. O CONSENTIMENTO INFORMADO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS	9
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	9
2.2 CONCEITO E ELEMENTOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	11
2.3 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO	14
2.4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE COMO CONTRATO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	16
2.5 A OBRIGAÇÃO DE INFORMAR.....	18
2.6 OS MEIOS LEGAIS E ÉTICOS PARA A EXIGÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO	21
3. O DIREITO DE CONSENTIR E OS CASOS EXCEPCIONAIS	25
3.1 O CONSENTIMENTO PRESUMIDO: EXCEÇÃO AO DEVER DE OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO	25
3.1.1 Situações de urgência e emergência	26
3.1.2 Privilégio terapêutico	29
3.1.3 Tratamento compulsório.....	30
3.2 O DIREITO DE NÃO INFORMAR E O DIREITO DE NÃO SER INFORMADO	31
3.2.1 O dissenso prévio e posterior	33
4. O CONSENTIMENTO INFORMADO E AS LIMITAÇÕES A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE MENOR DE IDADE	36
4.1 O PODER FAMILIAR E A AUTONOMIA DO ADOLESCENTE	36
4.2 A CAPACIDADE CIVIL E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR	39
4.3 TEORIA DO MENOR MADURO	42
4.4 A AUTONOMIA PROGRESSIVA DO ADOLESCENTE.....	45
4.5 DIREITO COMPARADO: O CASO DOS MENORES DE IDADE NO DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	49
5. CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da medicina, foi necessário reconsiderar a relação médico-paciente em virtude das novas práticas invasivas, permitindo evidenciar o direito fundamental à autonomia previsto na Constituição Federal Brasileira. As condutas médicas deixaram de ser paternalistas e adotaram a participação do enfermo como fundamental para as intervenções, surgindo, assim, o consentimento informado. Com essa novidade nas áreas médicas, os profissionais de saúde passaram a ter o compromisso de fornecer todas as informações sobre o tratamento, inclusive os riscos e as consequências causadas pela intervenção. Dessa maneira, após os esclarecimentos, o doente, de modo consciente, pode aceitar ou recusar o tratamento proposto.

Para que o consentimento informado seja válido são necessários alguns requisitos, como: o paciente precisa ser capaz nos termos do Código Civil, receber os esclarecimentos do profissional e compreendê-las para, posteriormente, decidir quanto à realização ou a recusa do tratamento conforme os seus valores, crenças e princípios. Esses requisitos são motivos para eventuais problemas quando o paciente é incapaz em razão da idade, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro sustenta que os menores de idade devem ser representados ou assistidos, limitando a autonomia da vontade do paciente incapaz e nivelando-os a uma mesma condição: a de incapacidade.

Diferentemente de diversos países, a legislação brasileira não assegura a participação dos menores nas intervenções médicas e, apesar de o Código Civil adotar inúmeras maioridades especiais, autorizando que maiores de dezesseis anos pratiquem diversos atos civis, não é adepto da teoria do menor maduro, que visa considerar não só a idade, mas também o grau de amadurecimento dos incapazes.

A partir disso, o presente trabalho tem como objetivo verificar a possibilidade dos pacientes menores de idade prestarem o consentimento informado nas relações médicas sem que haja a necessidade de representação legal, considerando o nível de discernimento apresentado pela criança ou adolescente. Além disso, visa verificar a aplicabilidade da autonomia progressiva nas legislações brasileiras e as limitações apresentadas ao direito fundamental à autodeterminação. A metodologia utilizada foi a pesquisa teórica, voltada para a análise bibliográfica, com obtenção de informações históricas e atuais sobre o consentimento informado e sobre o princípio da autonomia da vontade do paciente incapaz e suas aplicações práticas.

O primeiro capítulo tem a finalidade de mostrar como surgiu o termo de consentimento informado e a sua importância para a prática médica, abordando conceitos, fundamentos jurídicos e características essenciais para que o consentimento seja considerado válido. Além disso, será apresentado como o princípio da autonomia estabelecido pela Constituição Federal está relacionado ao termo, considerando que o surgimento deste ocorreu em razão da realização de procedimentos médicos mais arriscados e invasivos, limitando diversos direitos da personalidade. Ainda nesse capítulo serão abordados os meios éticos e legais para a exigência do consentimento informado. Será demonstrado também que a relação entre médicos e pacientes se configura em uma relação de consumo e, por isso, é amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

No segundo capítulo serão abordadas as exceções ao consentimento informado, conhecido como consentimento presumido, que consiste em situações nas quais não é possível obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal em razão do comprometimento a integridade física e psicológica do enfermo caso a intervenção seja postergada. Exemplos de consentimento presumido que serão abordados nesse capítulo são: os casos de urgência e emergência, os privilégios terapêuticos e os tratamentos compulsórios. Todos eles isentam os profissionais de saúde de responsabilidades pela não obtenção da anuência do enfermo, tendo em vista que a preservação da vida do paciente prevalece à autonomia da vontade. Ademais, esse capítulo também abordará o direito de não informar, o direito de não ser informado e o dissenso.

Por fim, o terceiro capítulo busca esclarecer que os menores de idade apresentam limitações ao exercício da autonomia nas relações médicas e, por isso, não são autorizados a prestarem o consentimento informado sem que estejam representados ou assistidos, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro não adota o entendimento de que os indivíduos considerados incapazes em razão da idade podem apresentar maturidade suficiente para consentir uma intervenção médica. Portanto, nesse capítulo será abordada a teoria do menor maduro e quais são os fundamentos utilizados para aplicabilidade dessa teoria em diversos países. Também serão demonstradas a proteção dada pelo Código Civil aos incapazes e a diferença entre a capacidade civil plena e a capacidade para consentir, sendo este último fundamental para concretizar a autonomia da vontade do paciente menor de idade.

2. O CONSENTIMENTO INFORMADO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O consentimento informado é considerado recente se for comparado com a evolução da história da medicina. Com o avanço dos procedimentos médicos foi necessário repensar nas formas de relação entre médico e paciente, principalmente em procedimentos que apresentam riscos e podem comprometer a integridade física e moral do indivíduo.

A relação entre médico e paciente chegou ao mundo jurídico a partir do momento em que as pessoas perceberam que não fazia sentido as intervenções médicas não consentidas. Os cidadãos passaram a clamar pelos seus direitos e pela responsabilidade médica em procedimentos a que eram submetidos (PEREIRA, 2004, p.23).

O termo consentimento informado surgiu em meados do século XX. No entanto, antes disso, foi possível observar pela primeira vez a necessidade do termo. Em 1767, na Inglaterra, dois médicos foram condenados por negligência e imperícia ao submeter um paciente a cirurgia para retirar um calo ósseo. Todavia, o procedimento foi responsável por causar nova ruptura óssea, levando-o a requerer os seus direitos judicialmente em razão do ato médico equivocado e da ausência de informações sobre os possíveis riscos em sua saúde ao ser submetido à cirurgia (GODINHO; LANZIOTII; MORAIS, 2010).

Em 1830, em Londres, foi publicado pela primeira vez um livro sobre o profissional da medicina. Essa obra abordava a necessidade do profissional de saúde informar o paciente sobre os procedimentos, bem como exigir o seu consentimento, sob a justificativa de que, caso existisse algum problema, o médico poderia ser isento de responsabilidade. Já em 1833, nos Estados Unidos, Willian Beaumont foi responsável por elaborar um documento estabelecendo uma relação entre pesquisador e a pessoa que seria utilizada para prática de experiências. Para realizar suas pesquisas, Beaumont partia de três diretrizes: o consentimento voluntário do participante, a adequação metodológica do projeto e a liberdade do indivíduo para se retirar do projeto (BOCCACIO, 2013).

Apesar desses acontecimentos anteriores ao Século XX que abordavam a noção do consentimento informado, foi com o Código de Nuremberg, em 1947, na elaboração do primeiro Código Internacional de Ética para pesquisas, que o termo ganhou repercussão mundial, explicitando a exigência do consentimento informado voluntário para pesquisas

envolvendo seres humanos. Isso ocorreu em razão das experiências abusivas realizadas pelos médicos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. Porém, foi com a Declaração de Helsínquia (1964) que o consentimento passou a ser exigido nas práticas médicas (PEREIRA, 2004, p.26-27).

Dessa forma, o Código de Nuremberg foi um marco histórico para a bioética, pois foi responsável por ressaltar o princípio da autonomia. Embora ainda restrito às pesquisas, o documento apresentava os pilares éticos para a execução dos experimentos humanos, apresentando o consentimento informado como essencial para o desenvolvimento das pesquisas. Desse modo, o documento tornou-se o primeiro passo para concretizar a autonomia do paciente. Por isso, o consentimento informado está intimamente relacionado ao princípio e para existir uma boa relação entre o profissional de saúde e os enfermos, o respeito à autonomia é imprescindível.

Segundo Pereira (2004, p.29), durante muitos anos vigorou o modelo paternalista, na qual a relação médico-paciente era do tipo vertical, de modo que o médico era o detentor do conhecimento, enquanto o enfermo era desprovido do saber formal e, por isso, suas opiniões eram desconsideradas. Com o avanço da medicina, esse modelo perdeu o sentido em razão do surgimento de práticas médicas invasivas, o que justifica a necessidade de prestar as informações devidas, bem como a exigência em obter o consentimento do paciente ao ser submetido aos procedimentos.

No Brasil, essa ideia de modelo paternalista durou por muitos anos. A normatização do Consentimento Informado ocorreu apenas em 1975, quando o Conselho Federal de Medicina, aderiu a declaração de Helsínquia proposta pela Associação Médica Mundial, o documento estabelecia que as pesquisas deveriam utilizar o termo de consentimento informado escrito. No entanto, apenas na década de 80, ocorreu a regulamentação com a resolução nº 01/88 do Conselho Nacional de Saúde. Em 1996, essa resolução foi substituída pela Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996, que tratava de pesquisas com seres humanos, surgindo pela primeira vez a terminologia “Termo de consentimento informado” (FERES; BASTOS; SCOCATE; ROSCOE, 2018). Todavia, foi com o Código de Ética Médica que ficou expressa a necessidade de obtenção do termo de consentimento informado, apresentando ao médico algumas vedações no seu exercício profissional, como pode ser observado nos arts. 31 e 34, *in verbis*:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Atualmente, existe a necessidade de obtenção do termo de consentimento informado, tanto para garantir a autonomia do doente, como também para evitar a responsabilidade médica em diversos casos. O médico, portanto, deve informar ao enfermo sobre os efeitos e as consequências do tratamento que será adotado. Possui, também, o dever de ouvir a opinião do paciente que considerará questões éticas, morais e religiosas, devendo respeitá-lo mesmo após todo o esclarecimento sobre a situação.

A relação médico-paciente, portanto, tornou-se horizontal, tendo em vista a complexidade que a medicina apresenta atualmente. Isso ocorreu também em virtude da proliferação de informações e da autonomia dos cidadãos, levando-os a clamar pelos seus direitos. Por isso, o consentimento informado é uma matéria atual que, constantemente, está sendo objeto de intervenções jurídicas.

2.2 CONCEITO E ELEMENTOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado consiste na autorização dada pelo doente ao profissional de saúde para que sejam realizados procedimentos médicos. Trata-se de uma decisão voluntária protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz após ter o conhecimento sobre os riscos e os benefícios do tratamento. Assim, através do consentimento do paciente o profissional poderá executar suas atividades (BRANDÃO, 1999).

Segundo Franco (2019), o consentimento informado é uma obrigação ética do médico, que tem o dever de instruir o enfermo sobre o procedimento e suas consequências, esclarecendo as probabilidades de sucesso e o que pode acontecer durante a recuperação, garantindo ao enfermo o seu direito de autonomia e de livre decisão.

Nesse sentido, para que o consentimento seja válido, são necessários três elementos. Primeiramente, o doente deve ter capacidade para consentir e, caso não tenha, serão utilizados métodos para suprir a incapacidade, como por exemplo, a representação para adolescentes menores de 16 anos, cujo responsável legal tem o dever de aceitar ou recusar o procedimento do incapaz. É necessário também que ele tenha recebido do profissional todas as informações relativas à sua doença e sobre o possível tratamento que será submetido. Por fim, deve existir o consentimento ou a recusa da intervenção considerando as informações recebidas, bem como os seus valores e princípios (PEREIRA, 2004, p. 130).

Quanto à capacidade, o art. 3º do Código Civil estabelece que os menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes. Já o art. 4º apresenta o rol de indivíduos que são considerados relativamente incapazes, são eles:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ebrios habituais e os viciados em tóxico;
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.

Nesses casos, o consentimento dos representantes legais é essencial para que o tratamento seja válido. Uma exceção a essa regra são os pródigos, que são considerados relativamente incapazes apenas nas situações que envolvem o seu patrimônio.

É importante considerar que a capacidade definida no Código Civil nem sempre é condizente com a realidade, pois o indivíduo pode ser considerado incapaz pelo ordenamento jurídico, mas ter discernimento suficiente para decidir sobre questões que envolvem o seu próprio corpo. Dessa forma, Adriano Godinho (2014, p.106-107) conclui:

Para que se possa falar num autêntico consentimento do paciente, fundado em declaração esclarecida de vontade, cumpre referir que, em se tratando dos direitos à vida, à saúde e a integridade física de incapazes, será necessário apelar para uma lógica diversa, em que o abandono das regras tradicionais sobre a capacidade civil consistirá no único meio de se preservar os interesses destas pessoas.

Nesse sentido, existem casos em que a capacidade de discernimento de um adolescente é mais relevante que sua idade. Por isso, nem sempre apenas a idade deve ser considerada, mas também outros elementos, analisados pelo profissional de saúde, que são capazes de discernir se o adolescente possui capacidade ou não para decidir sobre questões relativas ao seu próprio corpo. Assim, nessas situações, seria plausível que o incapaz utilizasse sua liberdade de escolha para aceitar ou rejeitar um tratamento médico independentemente de autorização de seus responsáveis legais, confirmado a ideia de que abandonar as regras sobre a capacidade civil é uma maneira de preservar os interesses do adolescente.

O segundo elemento para que o consentimento informado seja válido é a comunicação entre médico e paciente, cujo objetivo é o esclarecimento sobre todo o tratamento ou cirurgia que o enfermo será sujeitado, incluindo riscos e efeitos colaterais. Tanto o médico quanto o doente devem ser transparentes em suas discussões, pois a sonegação de informações pode provocar consequências irreparáveis ao enfermo.

Após esta etapa de esclarecimento, o terceiro elemento essencial para a validade do consentimento informado é a voluntariedade, ou seja, o doente deve declarar explicitamente se quer ou não se submeter ao tratamento a partir das informações prestadas pelo profissional de saúde. No entanto, não deve ser induzido a realizar determinada escolha. A opção deve ser feita de forma livre e espontânea. “A finalidade fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta (PEREIRA, 2004, p. 372)”.

Vale ressaltar que para que exista a voluntariedade, ou seja, a livre manifestação do enfermo é necessária a compreensão das informações prestadas pelo médico. Por isso, as explicações sobre os riscos e benefícios do tratamento devem ser claras, informais e de fácil compreensão, de forma que o indivíduo, mesmo leigo, consiga compreender o procedimento que está sendo lhe oferecido. O enfermo deve entender todos os termos presentes no consentimento informado, caso tenha abreviações ou palavras científicas, devem existir explicações sobre o conteúdo, visando garantir o esclarecimento e dar segurança ao paciente (GODINHO, 2014, p. 109).

Importante destacar que o consentimento informado pode ser apresentado na forma oral, escrita ou presumida. A forma escrita é a mais comum, pois é uma maneira de dar segurança tanto ao médico quanto ao doente de que todas as informações essenciais foram devidamente elucidadas, bem como assegura que houve anuência do enfermo. Porém, na prática, é possível que haja a conjugação da forma oral com a escrita, haja vista que, muitas vezes, nem tudo o que é dito pelo profissional é formalizado no termo. A importância maior do consentimento informado escrito ocorre nos casos em que o médico necessita constituir provas em juízo, pois o documento é capaz de comprovar que houve o esclarecimento e o consentimento do doente.

Além disso, vale ressaltar que o consentimento deve existir durante todo o processo terapêutico, é uma maneira de deixar o enfermo sempre informado, permitindo a continuidade do tratamento ou a recusa durante o processo. É necessário também que haja um prazo para a reflexão, de modo que a decisão seja realizada de forma convicta (PEREIRA, 2004, p. 490).

Dessa forma, o Termo de Consentimento informado consiste no direito à autonomia do paciente em manifestar sua escolha ao precisar ser submetido a condutas médicas. Tem o objetivo de registrar toda a troca de informações entre o paciente e o médico, sendo uma maneira formal de deixar registrado e comprovado que foram fornecidas todas as

informações necessárias. Apesar disso, conforme afirma Adriano Godinho (2014, p. 111): “O consentimento informado deriva mais do esclarecimento a ser prestado – ainda que verbalmente – do que propriamente a assinatura do termo”. Assim, o consentimento pode ser apresentado de diferentes formas, seja oral, escrito ou presumido. No entanto, quando escrito, proporciona uma maior segurança tanto ao doente quanto ao profissional de saúde.

2.3 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

A autonomia foi inserida na relação médico-paciente para garantir a liberdade de escolha do doente. No período em que vigorava o paternalismo, os pacientes não possuíam o direito de decisão, sendo o médico considerado o detentor da sabedoria, o que limitava a atuação dos enfermos. Assim, existia uma relação assimétrica, o poder de decisão concentrava-se nas mãos do profissional de saúde. A prática do respeito à autonomia, portanto, surge em oposição à postura paternalista. É no contexto de uma medicina mais desenvolvida e invasiva que se origina a noção de autonomia da vontade.

A autonomia tem origem grega, é composta pelo termo *autos*, que quer dizer “por si mesmo”; e pelo termo *nomos*, que significa “lei”, “regra”. Portanto, traduz a ideia de autogoverno. Dessa forma, o princípio da autonomia consiste na capacidade de tomar decisões baseando-se no que é melhor para si. É ter a capacidade de autogovernar-se, conforme os seus princípios (ALBUQUERQUE; GARRAFA, 2016). Nesse mesmo sentido, Murilo Feres, et al. (2018) reafirma o conceito de autonomia:

O princípio da autonomia é a capacidade de autodeterminação. A autonomia é exercida quando o indivíduo tem a liberdade de questionar e de ter suas dúvidas solucionadas, dando a autorização baseada em sua vontade individual. A interferência neste direito pode ser considerada uma invasão corporal ou agressão não autorizada.

Dessa maneira, o direito à autonomia enquanto princípio reconhece o respeito pela decisão que o indivíduo realiza quanto a si mesmo, considerando suas crenças, culturas e valores. O princípio é estabelecido no Código de Ética Médica e deve ser respeitado por todos os profissionais de saúde, não devendo, de modo algum, persuadir o enfermo a aceitar um tratamento que não concorda. O respeito à autonomia consiste em aceitar a privacidade individual. A interferência nas escolhas do indivíduo significa romper com sua capacidade de exercer sua própria autonomia e de formar sua própria identidade.

O consentimento informado, portanto, tem o objetivo de preservar o princípio da autonomia e a dignidade da pessoa humana, garantindo ao enfermo o poder de livre decisão, tendo em vista que o termo visa garantir o direito à autodeterminação do indivíduo nas decisões que podem afetar a sua saúde física e emocional.

Segundo Raylla e Volnei (2016), para que a autonomia seja respeitada é necessário que haja a liberdade e a qualidade de agente. O paciente deve ser livre para realizar as suas escolhas, sem que sejam expostas condições ou influências capazes de interferir em suas decisões. Além disso, a capacidade de compreensão é essencial para formação do consentimento livre. Por isso, o profissional deve garantir todas as informações que serão necessárias para a conscientização e livre escolha do paciente. Nas palavras de Adriana Campos e Daniela Oliveira (2017):

O respeito pela autonomia do ser humano – ou seja, perceber que toda pessoa é capaz de tomar suas próprias decisões – é tema central no debate bioético, uma vez que apenas a permissão da pessoa humana pode legitimar uma ação que a envolva.

Importante destacar que o princípio da autonomia do paciente é garantido pelo art. 15 do Código Civil de 2002, que dispõe: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, e também pelo art. 31 do Código de Ética Médica, que assim estabelece: “é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas e terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”. Assim, ambos os dispositivos asseguram que o médico deve respeitar a autonomia da vontade dos enfermos após os esclarecimentos prestados, obtendo o consentimento do paciente em qualquer tipo de conduta e respeitando suas escolhas. Portanto, conforme afirma Adriana Campos e Daniela Oliveira (2017):

Respeitar a autonomia do paciente é antes de tudo reconhecer a sua dignidade, de modo que a conduta dos profissionais da área de saúde seja pautada em princípios humanitários e solidária com os interesses e liberdade dos usuários dos serviços de saúde.

Assim, o direito à autonomia na relação médico-paciente consiste na possibilidade que o doente possui de decidir de forma livre e consciente sobre o que deve acontecer com o seu próprio corpo. A autodeterminação da vontade tornou-se essencial nessa relação, substituindo o paternalismo existente em tempos remotos. Nesse caso, a manifestação da autonomia ocorre através do termo de consentimento informado. Após as informações prestadas pelo

profissional de saúde, em termos comprehensíveis, o indivíduo decide voluntariamente se quer ou não ser submetido aos tratamentos propostos. Dessa forma, em regra, grande parte dos atos médicos exige o consentimento livre e esclarecido, visando garantir o direito de escolha. No entanto, há situações em que o direito a autonomia pode ser afastado, como por exemplo, nos casos de urgência e emergência que serão analisados mais adiante.

2.4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO-PACIENTE COMO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é aplicado nos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas. Assim, a relação médico-paciente é considerada uma relação de consumo e por isso deve respeitar os princípios e artigos previstos no CDC. Caso a prática médica não seja executada da maneira correta, causando danos à saúde do paciente, incidirão as regras previstas nesse Código (BOCCACIO, 2013).

O art. 2º do CDC estabelece que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Dessa forma, o paciente enquanto consumidor de cuidados de saúde se enquadra no conceito estabelecido pelo Código. Vale ressaltar que o profissional também se enquadra no conceito de fornecedor, o art. 3º dispõe, *in verbis*:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Além disso, o §2º do art. 3º do CDC estabelece: “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. À vista disso, o médico pode ser considerado um fornecedor, pois é responsável por prestar serviços de saúde. Portanto, há uma relação consumerista entre médico e paciente, configurando o contrato de prestação de serviços médicos em um contrato de consumo.

Essa relação ocasiona direitos e obrigações para ambas às partes. “A opção contratual tem a grande vantagem de o contrato se basear na autonomia das partes e de colocar em posição de paridade o médico e o paciente (PEREIRA, 2004, p.33-34)”. Mais uma vez é possível perceber que o paternalismo médico torna-se mais distante da sociedade moderna. Atualmente, os profissionais devem respeitar o direito a autonomia e a relação contratual é

uma demonstração dessa obediência ao princípio, pois configura um maior equilíbrio na prestação de serviços médicos. Assim, por mais que o profissional de saúde detenha conhecimentos superiores ao paciente, o direito a autonomia prevalece, assumindo, o enfermo, a responsabilidade para decidir as questões que envolvem o seu próprio corpo.

A partir dessa relação de consumo surgem os direitos e deveres do prestador de serviços e do consumidor. Por isso, nessa relação consumerista, na qual existe um contrato bilateral, o médico tem o dever contratual de prestação de serviços de qualidade. Dessa maneira, surge a necessidade de fornecer informações sobre todas as desvantagens e os benefícios do procedimento que o doente será submetido para que não haja problemas futuros. Do mesmo modo, o paciente tem o dever de cooperar, fornecendo ao médico as informações necessárias. O objeto do contrato da prestação de serviços é o resultado da atividade médica e para que seja válido é fundamental o consentimento do paciente-consumidor.

A partir disso, é importante considerar que um dos princípios do CDC consiste no direito à informação, previsto no art. 6º, III¹. Para o consumidor, a informação sobre os produtos e serviços é essencial para aquisição. Nesse sentido, o referido artigo estabelece que são direitos básicos dos consumidores a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como os riscos que possam apresentar. A informação, portanto, é fundamental para que o consumidor exerça o seu poder de escolha.

Por isso, na relação consumerista entre médico-paciente é essencial que exista os esclarecimentos para que o enfermo decida sobre o tratamento recomendado. Deve ser considerado que a medicina não é uma ciência exata, maus resultados podem ocorrer, o que justifica a necessidade de prestar informações ao doente, mostrando os perigos de determinados procedimentos para que o paciente-consumidor tenha conhecimento do serviço que será fornecido (CALADO, 2014). De acordo com Vinícius Calado (2014), “Dentro do conceito de riscos trazido pelo CDC, estão inseridos os cuidados e condutas a serem adotadas pelo consumidor, cuja ciência deve ser dada pelo fornecedor”.

Assim, os contratos de prestações de serviços médicos garantem ao paciente-consumidor o seu direito de autonomia, assegurando que tome decisões referentes à sua saúde e integridade física, mas para que isso ocorra serão necessários esclarecimentos realizados

¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (...).

pelo profissional de saúde sobre o tratamento ou cirurgia que o indivíduo enfrentará, caso contrário o médico poderá ser responsabilizado e responder processo administrativo junto ao Conselho de Medicina. Além disso, a ausência de informações é um ilícito civil, pois fere a boa-fé contratual e o Código de Defesa do Consumidor. Por isso, o direito à informação é imprescindível para que os contratos consumeristas entre médico-paciente sejam válidos.

2.5 A OBRIGAÇÃO DE INFORMAR

Após a explanação sobre o Código de Defesa do Consumidor aplicado aos contratos de prestações de serviços médicos, é importante considerar que o direito à informação exigida pelo CDC nas relações de consumo é uma conquista dos pacientes. Como já exposto, durante muito tempo o paternalismo fez parte das práticas médicas, no entanto, a ideia de que o médico é o detentor do conhecimento e sabe mais do que o próprio doente tornou-se desfalecido. Tudo isso ocorreu em razão do princípio da autonomia e do direito à informação que passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, visando assegurar não só o direito a autodeterminação, como também a liberdade, a saúde e a integridade física e moral do doente.

Apesar disso, o enfermo continua sendo a parte frágil da relação e por isso é necessário que ele seja bem informado a respeito do procedimento que será submetido para que possa autorizar, com convicção, o profissional de saúde a realizar a prática de atos médicos. Importante destacar que as informações devem ser de fácil entendimento, com linguagem informal e acessível de modo que o doente declare o seu consentimento, assumindo, assim, os riscos e as consequências da intervenção (GODINHO, 2014, p. 105).

O intuito de fornecer as informações é permitir a decisão entre consentir ou não consentir, pois cabe ao doente decidir o que é melhor para sua saúde e para o seu corpo. O profissional de saúde deve evitar que o indivíduo sinta-se forçado a concordar com as recomendações que serão dadas, devendo, apenas, esclarecer sobre as desvantagens, benefícios e possíveis efeitos colaterais do tratamento que será realizado, deixando-o livre para decidir. O consentimento devidamente esclarecido permite transferir ao enfermo os riscos do procedimento e conscientizá-lo sobre as consequências. O intuito das informações fornecidas é preparar o doente para que ele tome decisões responsáveis. Nesse sentido, ao prestar os esclarecimentos, o profissional deve ser cauteloso, haja vista que explicações desnecessárias ou exageradas podem produzir efeitos contrários, isto é, não esclarecer, mas interferir na opinião do enfermo.

A autorização é feita através do termo de consentimento informado que deve mostrar de modo transparente os prós e contras do tratamento. Importante considerar que em casos de urgência, o consentimento informado pode ser dispensado, caso contrário, o profissional da saúde será responsabilizado no âmbito civil, penal e administrativo por omissão (GODINHO, 2014, p. 105).

As informações fornecidas no Consentimento Informado devem ser acessíveis e sem linguagens técnicas de difícil entendimento, de modo que seja possível compreender tudo o que está sendo esclarecido. Assim, é necessário que seja verificado se a informação, realmente, foi entendida antes de obter o consentimento do enfermo. Além disso, abreviações e termos científicos devem ser evitados, pois podem dificultar a compreensão e, consequentemente, a livre decisão do indivíduo.

Importante destacar que atualmente a equipe médica é formada por inúmeras pessoas. Logo, não só o médico, mas também o grupo responsável por realizar o procedimento, tem o dever de prestar todos os esclarecimentos e registrar a recusa ou a confirmação no termo. Dessa forma, a transmissão de informações não pode ser restrita ao médico, podendo ser feito por qualquer membro da equipe. No entanto, cabe ao médico verificar se o consentimento é válido e se, realmente, o esclarecimento aconteceu. Ademais, quando o procedimento exige diversas especialidades médicas, cada um deve informar sobre os riscos de acordo com a sua especialização. Assim, entende-se que o dever de informações se estende a todos os membros da equipe, é uma forma de diluir a responsabilidade (PEREIRA, 2004, p. 363).

No mesmo sentido, Adriano Godinho (2014, p.101) explica que a relação médico-paciente deve ser interpretada de maneira extensiva, pois a relação entre enfermos e outros profissionais de saúde como dentistas e enfermeiros, também são consideradas. Muitas vezes a referência é restrita aos médicos por serem os responsáveis pela realização de procedimentos invasivos. Porém, todos os profissionais de saúde, no âmbito de sua competência, possuem o dever de informar.

Apesar das inúmeras informações que devem ser prestadas ao doente e registradas no termo de consentimento informado é difícil estabelecer uma lista exaustiva dos diversos aspectos que o dever de informar deverá versar. Em razão das múltiplas enfermidades existentes, não há uma lista de informações que devem ser ditas pelo profissional de saúde, pois cada enfermidade exigirá uma explicação específica. Os esclarecimentos mais comuns que devem ser ditos ao paciente são: o diagnóstico, prognóstico, perigos, benefícios do tratamento e prevenções. No entanto, essa lista é impossível de ser esgotada. Por isso, os

médicos não podem ficar expostos à responsabilidade por deixar de informar algo, o que deve ser preservado é o nível de esclarecimento, se as informações passadas garantem ao paciente o seu direito a autonomia e segurança (PEREIRA, 2004, p. 371-372).

É importante destacar, ainda, a necessidade da boa-fé bilateral, isto é, assim como o médico tem o dever de esclarecer, compete ao paciente dispor de todas as informações que possam interferir na realização das condutas. Todas as explanações realizadas pelo enfermo precisam ser verdadeiras de modo que contribua para o seu tratamento. Nos casos de omissões de informações ou esclarecimentos inverídicos, o médico só será responsabilizado se houver a comprovação de culpa em sua atuação. A omissão de informações tanto do médico quanto do paciente podem ocasionar riscos à integridade física e moral do enfermo (GODINHO, 2014, p. 115).

Diante disso, o consentimento informado possui grande importância para a atuação médica, haja vista que o paciente deve ter conhecimento do seu estado, da gravidade e extensão da enfermidade, as chances de cura, os riscos que estarão expostos e os possíveis efeitos provenientes do tratamento ou da cirurgia. Além disso, deve ter a oportunidade de sanar suas dúvidas e realizar questionamentos. As informações prestadas possuem o objetivo de dar segurança ao doente para que decida de maneira convicta pela realização ou não do procedimento que estará sujeito (CABRAL, 2008). “Assim, a informação funciona como uma ponte que conduz ao direito de escolha do paciente, consubstanciado na autonomia privada que decorre do direito fundamental à liberdade (CALADO, 2014)”.

Dessa forma, pode-se concluir que as informações fornecidas ao paciente permitem uma maior conscientização para que tome decisões responsáveis sobre sua saúde. Importante ressaltar que não só o profissional possui a obrigação de informar, pois essa responsabilidade também é assumida pelo paciente, que tem o dever de esclarecer ao médico todas as informações que serão pertinentes para a solução da sua enfermidade, haja vista que a omissão de informações pode proporcionar consequências graves à saúde do indivíduo. O objetivo dos esclarecimentos é sanar dúvidas e permitir que o doente consinta para que haja a realização de tratamentos terapêuticos que contribuirão com sua melhora. Por isso, as informações são fundamentais para a validade do consentimento informado, devendo ser fornecida de maneira clara e objetiva de modo que o paciente, mesmo diante de alterações psíquicas em razão da doença, possa compreender e consentir de maneira consciente.

2.6 OS MEIOS LEGAIS E ÉTICOS PARA A EXIGÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é uma obrigação ética e legal dos médicos. Como já exposto, é encontrado no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Defesa do Consumidor, pois a relação médico-paciente pode ser considerada uma relação de consumo, tendo em vista que o médico é prestador de serviços nos termos do art. 3º do CDC e o paciente se enquadra no conceito de consumidor estabelecido pelo mesmo Código. A partir dessa relação surgem direitos e obrigações recíprocas que são fundamentais para a validade do consentimento informado, como por exemplo, o dever do profissional de saúde em fornecer todas as informações sobre as intervenções propostas. Além do Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Código de Ética Médica também são responsáveis por regulamentar o termo de consentimento com o objetivo de tutelar o direito à autonomia, à vida, à saúde e à integridade física e moral do paciente.

O consentimento informado não está previsto diretamente na Constituição Federal. Porém, o termo é reflexo da proteção dada por ela à vida e à liberdade, previstos no art. 5º, *caput* da Lei Maior². Ademais, por ser a norma mais importante do país, todas as leis que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro precisam respeitá-la, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Nesse sentido, as leis que regulamentam o termo de consentimento informado são presumidamente constitucionais. Isto posto, um tratamento iniciado sem o consentimento do paciente, viola os direitos da personalidade, previstos no art. 5º, X da Constituição³, bem como os artigos 11⁴, 15⁵ e 21⁶ do Código Civil, que asseguram o consentimento do paciente em respeito ao princípio da autonomia que possui como base a dignidade da pessoa humana (RODRIGUES, 2019).

²Art. 5º, *caput*: Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

³Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁵Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁶Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Além disso, a Carta Magna dispõe sobre o direito à saúde nos artigos 6º⁷ e 196⁸. Esse direito constitucionalmente protegido é responsável por assegurar a prestação de serviços públicos de saúde de qualidade, incluindo em sua proteção a garantia ao direito de informações prestadas pelo médico, o esclarecimento de maneira transparente e o consentimento voluntário do paciente (MIRANDA, 2015). Assim, embora o termo de consentimento informado não esteja explícito na Constituição, toda a sua proteção é derivada desta norma, garantindo os direitos fundamentais ao enfermo.

Importante destacar que o art. 5º, XIV da CRFB/88 estabelece que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Nesse sentido, o direito à informação consiste em um direito fundamental protegido pela Constituição e é imprescindível para que o consentimento informado seja válido, pois através dele o médico tem o dever de esclarecer todos os riscos e efeitos que o procedimento poderá provocar e, a partir do esclarecimento, o doente poderá ou não consentir com a realização do tratamento.

Além das previsões constitucionais, é importante destacar a presença do consentimento informado no Código Civil de 2002. O art. 15 do referido Código assim dispõe: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. O dispositivo deixa evidente a necessidade de anuência do paciente em casos de procedimentos médicos que será submetido. O profissional de saúde deve respeitar a vontade do enfermo que tem livre escolha nas questões relativas ao seu próprio corpo. Por isso, é imprescindível as informações sobre o estado de saúde do indivíduo e o tratamento que será realizado. Além disso, o paciente tem o direito de não ser coagido para a realização do procedimento, podendo também recusar o tratamento oferecido ou interromper durante a sua execução, tudo isso em respeito ao princípio da autonomia. “Desse modo, a exigência de obtenção de autorização para a realização de procedimentos de saúde pode ser considerada como um pressuposto para que não haja lesão de direitos de personalidade (MIRANDA, 2015)”.

Como já visto, a participação do paciente como pressuposto da atividade médica não era presente nas sociedades antigas, tornou-se essencial quando práticas invasivas começaram

⁷Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

a fazer parte dos procedimentos médicos, atribuindo maior importância à cooperação dos pacientes, mesmo que não sejam tecnicamente capacitados para isso (MIRANDA, 2015). Dessa maneira, o Código de Ética Médica atual ressalta a importância do consentimento informado, visando respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade. É importante destacar um dos princípios fundamentais deste Código que ressalta a importância dada ao consentimento informado, *in verbis*:

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Ademais, o Capítulo V do referido Código discorre sobre a relação entre médicos com os pacientes e familiares apresentando limitações ao profissional. Os artigos 22⁹, 24¹⁰, 31¹¹ e 34¹² estabelecem vedações ao médico, sendo proibido de praticar certos atos, como, por exemplo, o desrespeito ao direito do paciente ou do seu representante legal de decidir livremente após expor todos os esclarecimentos pertinentes ao caso, bem como a proibição ao profissional de deixar de informar sobre os diagnósticos, prognósticos e riscos, exceto quando a informação possa causar algum dano ao enfermo. Assim, o princípio da autonomia é devidamente amparado no Código de Ética Médica, estabelecendo limites ao exercício profissional do médico, em respeito também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos também dispõe a importância do Consentimento Informado no seu art. 6º, *in verbis*:

Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

Dessa forma, pode-se concluir que a manifestação da vontade do paciente é imprescindível nas relações médicas, garantindo ao doente o direito de dispor o seu próprio corpo. Além disso, o dever de informar do médico possui amparo legal e garante ao enfermo

⁹Art. 22 Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

¹⁰Art. 24 Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

¹¹Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

¹²Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

decidir de maneira consciente, conhecendo riscos e vantagens do seu tratamento terapêutico. O consentimento informado, portanto, é amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro, visando assegurar princípios constitucionais como a autonomia da vontade, dignidade da pessoa humana, saúde, liberdade e integridade física e psicológica do doente.

3. O DIREITO DE CONSENTIR E OS CASOS EXCEPCIONAIS

3.1 O CONSENTIMENTO PRESUMIDO: EXCEÇÃO AO DEVER DE OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Há situações em que o paciente ou o seu representante legal não poderão prestar o consentimento em razão do estado de urgência ou emergência, do privilégio terapêutico ou do tratamento compulsório. Nesses casos, o profissional de saúde deve adotar o consentimento presumido, também chamado de consentimento implícito, que consiste na intervenção médica presumindo-se que, caso estivesse consciente, o paciente se manifestaria favoravelmente às propostas de tratamento necessárias para suas condições de saúde. Nesse sentido, João Rodrigues (2001, p. 279) sustenta:

Tratam-se das exceções que delimitam o consentimento e se sobrepõem à proteção da liberdade, tornando indisponível, total ou parcialmente, o exercício da autonomia, por força da proteção de outros direitos fundamentais de personalidade, quer na própria esfera de interesses do paciente, como será exemplo o privilégio terapêutico, que inibe essencialmente o esclarecimento devido ao paciente, quer de direitos sociais, na proteção da esfera de interesses de terceiros, por força da solidariedade social.

Assim, a finalidade do consentimento presumido é impedir que o estado de saúde do enfermo se agrave em razão da demora em ser submetido aos tratamentos que lhes são necessários. Esse tipo de consentimento justifica a intervenção sem a autorização prévia do paciente ou do representante legal. Importante considerar que em casos como esses, não existe violação à autonomia da vontade, pois o estado de necessidade prevalece (MIRANDA, 2015).

Nesse sentido, o consentimento presumido é uma causa de justificação que se diferencia do consentimento real e deve ser aplicada subsidiariamente, considerando o estado de necessidade e pressupondo a vontade do paciente em ser submetido às intervenções que beneficiarão sua saúde (PEREIRA, 2004, p. 495).

Portanto, o consentimento presumido pode ser utilizado quando o paciente não está apto a prestar o seu consentimento, tendo em vista a gravidade do seu estado de saúde. A presunção também pode ocorrer nos casos em que o enfermo não possui condições emocionais para receber esclarecimentos, situações, nas quais, o médico afasta o direito de ser informado. Além disso, o consentimento presumido também ocorre nos tratamentos compulsórios que consistem em procedimentos obrigatórios adotados para enfrentar

problemas de saúde que podem comprometer a coletividade. Nesse caso, o bem estar da sociedade prevalece à autonomia da vontade.

3.1.1 Situações de urgência e emergência

Como já exposto, existem circunstâncias em que o profissional de saúde necessita realizar procedimentos sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Nos casos de urgência e emergência, por exemplo, para que não seja caracterizada omissão de socorro e, consequentemente, a responsabilidade civil do médico, ele tem o dever de agir independentemente da anuência do doente, pois o direito à vida e a integridade física do paciente se sobrepõe a autonomia. O objetivo é evitar o agravamento da doença e o risco de óbito em razão do perigo pela demora no atendimento.

Em situações como essas em que o médico decide sem a autorização do enfermo por estar inabilitado para manifestar sua vontade, o ordenamento jurídico brasileiro exclui a responsabilidade do médico, considerando o estado de necessidade e o exercício regular do direito. Essas excludentes estão previstas no art. 23 do Código Penal¹³ e no art. 188 do Código Civil¹⁴ garantindo, assim, a atividade médica livre de responsabilidades em razão da não observância da autonomia do paciente. Entretanto, a exceção só é válida quando a não intervenção médica poderá causar risco de vida ao doente (MIRANDA, 2015; GODINHO, 2014, p. 116). De acordo com André Pereira (2004, p. 495):

O consentimento presumido é utilizado nos casos em que o paciente está inconsciente ou por outra razão incapaz de consentir e não está representado por um representante legal, a intervenção é urgente ou no caso de alargamento do âmbito da operação.

A ideia do consentimento presumido é garantir a saúde e a integridade física do enfermo supondo que ele escolheria por preservar a sua vida e concordaria com o procedimento submetido. Nos casos em que não há representantes legais, o médico tem o dever de obter informações de parentes mais próximos ou analisar documentos firmados pelo enfermo para averiguar qual seria a vontade hipotética do doente. Esse tipo de consentimento

¹³ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único: No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

só será possível quando, realmente, há urgência na realização do procedimento e a intervenção médica não poderá ser adiada (PEREIRA, 2004, p. 496).

Desse modo, o consentimento presumido existirá sempre que houver um conflito entre o direito à vida e a impossibilidade de exercer a autodeterminação em razão da incapacidade. O médico presume que a vontade do paciente é manter-se com saúde e íntegro fisicamente, o que justifica o seu dever de agir, sob pena de ser responsabilizado por omissão de socorro. A incapacidade de consentir ocasiona a impossibilidade de conhecer qual é a vontade do paciente. Por isso, fala-se em “vontade hipotética”, justificando o termo “consentimento presumido”. Nesse mesmo sentido, Adriano Godinho (2014, p. 115-116) explica a necessidade desse tipo de consentimento:

Em caso de iminente perigo de vida ou de lesões graves e irreversíveis, quando o paciente não está apto a prestar o consentimento, a urgência para a tentativa de preservar a vida ou integridade física justifica a intervenção médica imediata. Em situação diversa, estando o paciente impossibilitado de prestar o consentimento em situações de risco intermediário, mas não havendo ou não sendo encontrado o responsável legal que possa autorizar a intervenção, também é de se estender que o médico estará legitimado a agir de pronto, igualmente com intuito de salvaguardar a incolumidade do paciente, quando não pareça razoável aguardar pela eventual melhora do paciente ou pelo contato com seus familiares e representantes.

Apesar disso, voltando ao estado de capacidade ou surgindo algum representante legal após o procedimento, pode ser constatada que a vontade hipotética do paciente não era condizente com a realidade e, assim, insatisfeita com o tratamento proposto, o doente pode discordar da conduta médica. No entanto, a excludente de ilicitude continuará protegendo o profissional de saúde, tendo em vista o seu dever de agir no momento da urgência em razão da gravidade da doença e do estado de incapacidade do enfermo que o impossibilita de manifestar sua vontade. Dessa forma, o médico estará protegido de possíveis responsabilizações que porventura vier a ser submetido.

O consentimento presumido também é utilizado nos casos de alargamento do âmbito da operação. Em situações como essa, o paciente presta o seu consentimento para a realização de determinada intervenção médica. Todavia, durante a execução do procedimento, o médico constata que a autorização dada pelo paciente não foi o suficiente, pois a intervenção terá outras dimensões e serão necessárias condutas que não foram consentidas pelo enfermo. Nesses casos, como não é possível obter novamente o consentimento do doente por estar sedado ou sob efeito de anestesia, o médico, no seu dever de agir, poderá intervir sem que haja posterior responsabilização (GODINHO, 2014, p. 119). No entanto, ele deverá observar se há realmente necessidade de praticar uma conduta não consentida, pois, caso a medida não

tenha caráter de urgência ou exista a possibilidade de obter a manifestação do enfermo ou do seu representante legal, o consentimento informado será obrigatório, tendo em vista que o direito à informação e a manifestação da vontade do doente devem ser preservados.

Nessa perspectiva, André Gonçalo (2004, p. 498-500) explica que nos casos de alargamento da operação, o médico tem o dever de esclarecer anteriormente ao paciente sobre todo o procedimento, inclusive indicando as possíveis complicações que podem ocasionar a extensão da operação para que o enfermo manifeste o seu consentimento em relação a todo o procedimento cirúrgico, inclusive nos casos em que serão necessários modificar o plano da intervenção. É uma forma de garantir o consentimento livre e esclarecido até mesmo das prováveis extensões. Entretanto, quando não existir o consentimento do enfermo e a extensão cirúrgica pode ser adiada, pois não causará prejuízos à saúde do doente, o médico deve interromper o procedimento para obter a manifestação da vontade e submetê-lo posteriormente à intervenção. Além disso, caso o alargamento da operação seja recusado pelo doente, a sua decisão deverá ser respeitada. No entendimento de André Pereira (2004, p. 498-499):

Quando o médico não está seguro da evolução da intervenção cirúrgica, deverá previamente informar o paciente que uma modificação ou extensão do plano operatório será necessário. Da mesma forma, o médico deverá informar o paciente dos riscos possíveis da intervenção e o modo de os resolver. Esse diálogo legitima uma eventual extensão do plano da operação.

Dessa maneira, o consentimento presumido consiste em uma solução ao profissional de saúde para intervir sem o consentimento do enfermo em razão da urgência ou emergência, não sendo possível adiar a conduta, pois poderá causar risco de vida ao paciente. Adota-se o *in dubio pro vita*, isto é, quando não é possível obter a decisão do doente ou de seu representante legal sobre o procedimento de saúde, o direito à vida, como direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, deve se sobrepor ao direito a autonomia da vontade. Assim, os casos de urgência e emergência são exceções ao consentimento informado. Porém, isso não significa dizer que em todos os casos o consentimento será presumido, pois há situações em que o paciente ou o seu responsável legal poderá manifestar a sua vontade e, nesses casos, o dever do médico é respeitar a decisão do indivíduo prevalecendo, portanto, autonomia do enfermo.

É importante destacar que o consentimento presumido só é válido quando não são verificadas circunstâncias que permitam concluir que o consentimento do paciente seria diferente. Além disso, é necessário que exista um perigo imediato à saúde ou integridade

física do indivíduo, caso contrário, deve-se esperar que o enfermo retorne ao seu estado de consciência para que possa consentir se será submetido aos tratamentos ou cirurgias.

3.1.2 Privilégio terapêutico

O privilégio terapêutico consiste na privação de informações após ser constatada a ausência de condições emocionais do paciente com chances de ocasionar algum dano de maior gravidade a sua saúde. Nesse caso, há o distanciamento do dever de informação, pois o médico evita prestar esclarecimentos sobre a doença para não comprometer o tratamento ou a integridade física e psíquica do indivíduo (MIRANDA, 2015).

Nessa hipótese é permitido o afastamento do direito à informação e à autonomia da vontade, haja vista que o direito à vida e à saúde emocional do enfermo prevalece sobre os demais. Pode-se ter como exemplo um paciente debilitado que tem problemas cardíacos e que o prognóstico define de maneira aproximada o seu tempo de vida em razão de uma moléstia grave, uma informação como essa transmitida ao enfermo poderá agravar seu estado de saúde. É preferível, portanto, que o médico retenha informações esclarecendo, apenas, ao representante legal. Nesse sentido, a utilização do privilégio terapêutico deve ser restrita às hipóteses em que o médico tem condições de prever que a reação do paciente diante das informações recebidas provocará riscos à sua saúde (SIMON, 2008).

O artigo 34 do Código de Ética Médica dispõe sobre o privilégio terapêutico ao determinar que o médico tem o dever de informar o paciente sobre o diagnóstico, prognóstico e os riscos do tratamento, exceto quando a informação prestada possa ocasionar prejuízos ao doente que não está em condições emocionais para receber os esclarecimentos, devendo, nesses casos, a comunicação ser realizada ao representante legal. Assim, o referido Código deixa claro que a regra é o consentimento informado, porém, assegura a importância do privilégio terapêutico como exceção para garantir à saúde do doente.

É importante destacar que esse privilégio decorre do princípio da beneficência, isso significa dizer que o profissional de saúde deve comprometer-se a avaliar a gravidade da doença, bem como o seu estado emocional, reduzindo, ao máximo, os riscos e danos que poderão afetar o enfermo. Engloba também o princípio da não maleficência que consiste na obrigação médica de evitar danos previsíveis ao doente (CAMPOS; OLIVEIRA, 2017).

Além disso, como exceção ao direito de informar, o privilégio terapêutico só poderá ser utilizado em casos excepcionais, pois todos os pacientes possuem o direito de conhecer a

verdade sobre o seu estado de saúde e consentir sobre os tratamentos propostos. Por isso, não é admitido ao médico que se aproprie do princípio da beneficência para executar algum procedimento que, porventura, o paciente poderia negar.

A regra é o consentimento informado, tendo em vista que o doente tem o direito de decidir sobre questões relativas à sua própria saúde, não sendo da competência médica a interferência na autonomia da vontade do enfermo. Assim, o profissional deve sempre averiguar se as informações, realmente, poderão causar algum transtorno ao paciente de modo que comprometerá, ainda mais, a sua integridade física e psíquica. Caso contrário, possui o dever de prestar todas as informações pertinentes ao caso. Ademais, se o doente tiver condições de receber as informações, esta deve ser feita de maneira cautelosa pelo profissional, sempre atento ao princípio *in dubio pro vita*, assegurando a saúde integral do indivíduo.

3.1.3 Tratamento compulsório

Outra exceção ao termo de consentimento informado é o tratamento compulsório. Nesse caso, a saúde e o bem estar da coletividade prevalecem à autonomia da vontade individual. Consiste em um tratamento obrigatório em razão de um problema de saúde apresentado por uma pessoa que poderá causar danos a uma coletividade indeterminada. Exemplos de tratamentos compulsórios são as campanhas de vacinações obrigatórias para evitar diversas epidemias provocadas por doenças infectocontagiosas, como por exemplo, vacinas antitetânicas e contra meningites (VAZ; REIS, 2008).

O tratamento compulsório é previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988 que estabelece: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Assim, o tratamento compulsório é assegurado pelo Estado nos casos de proliferação de doenças contagiosas que podem causar prejuízos à coletividade. É uma exceção ao consentimento informado, pois não é necessária a manifestação da vontade do paciente pra decidir quanto ao tratamento. Trata-se de um procedimento obrigatório que visa proteger toda a população e não apenas o indivíduo. Nesses casos, o tratamento tem caráter de urgência e toda a sociedade deve se precaver para que a doença não se alastre de modo a apresentar milhares de vítimas.

3.2 O DIREITO DE NÃO INFORMAR E O DIREITO DE NÃO SER INFORMADO

Como já exposto, o dever de informar está presente na Constituição Federal e tem sua origem com base no princípio da dignidade da pessoa humana que norteia as relações privadas. O paciente passou a influenciar a atuação profissional podendo intervir nas técnicas terapêuticas indicadas pelos médicos após os esclarecimentos prestados, tendo em vista o predomínio da autonomia da vontade, enfatizando o seu direito de se autogovernar e de decidir conforme seus valores e princípios. Por isso, assim como o paciente possui o direito de ser informado e consentir livremente, ele também apresenta o direito de recusar a ter o conhecimento das informações sobre a sua doença ou sobre o seu tratamento.

Em relação ao direito de não informar, prerrogativa apresentada aos médicos, consiste no privilégio terapêutico garantindo a omissão de informações sobre o estado de saúde e riscos enfrentados pelo enfermo quando a transmissão do esclarecimento pode causar algum dano que comprometerá a integridade física e psicológica do indivíduo. Nessa hipótese, o direito de não prestar informações é uma garantia dada ao médico que não será responsabilizado pelo desrespeito ao direito à autodeterminação do paciente, tendo em vista que as abstenções de informações visam proteger a saúde do enfermo. Assim, Adriano Godinho (2014, p. 122) esclarece:

O direito de não informar somente poderá ser invocado pelo médico, portanto, quando não implicar o enfraquecimento do consentimento informado do paciente. Caso o médico tenha fundadas razões para crer que determinados dados não contribuirão para esclarecer e ampliar um leque de escolhas conscientes, mas antes para turvar a visão do paciente sobre o seu estado de saúde e deturpar seu consentimento, a faculdade de não informar estará devidamente justificada.

Apesar disso, é sabido que o doente possui o direito de obter as devidas explicações sobre o diagnóstico, prognóstico, riscos, vantagens e desvantagens que o tratamento poderá ocasionar, consentindo ou não com os esclarecimentos prestados pelo profissional de saúde. Contrapondo-se a este entendimento, o enfermo pode recusar o direito de ser informado sobre a sua doença ou sobre as medidas terapêuticas que serão utilizadas para solucionar a sua enfermidade. A recusa ao acesso à informação ocorre em razão do receio apresentado pelo doente em ter conhecimento sobre a gravidade da doença ou por achar que mais informações poderão afetar a sua integridade psíquica (GODINHO, 2014, p. 121). Dessa forma, não só o direito à informação, como também o direito de não ser informado fazem parte do princípio da autonomia do paciente. Assim, o direito de não saber pode ser considerado uma extensão

desse princípio, pois é basilar para a validade do consentimento informado e, também, do consentimento não informado.

“Trata-se, na realidade, da manifestação de um ‘consentimento em branco’, em que o paciente consciente e voluntariamente abdica dos esclarecimentos e da escolha do tratamento a seguir, embora consinta com as práticas médicas tendentes a preservar sua saúde (GODINHO, 2014, p. 124)”.

Nesse sentido, o paciente não se opõe a consentir sobre o tratamento que lhe foi proposto. Porém, não tem interesse em obter esclarecimentos sobre a doença e sobre o procedimento. Por isso, decide confiar integralmente no seu médico, que deve respeitar a sua manifestação da vontade de não ser esclarecido. Esse consentimento é chamado de “consentimento em branco”, haja vista que o doente por recusar as informações, não tem noção do sentido e do alcance da intervenção que será submetido (RODRIGUES, 2001, p. 352-353).

É importante destacar que a doutrina minoritária entende que o direito de não saber limita a autonomia da vontade do indivíduo, pois as informações são necessárias para a decisão do paciente e a autodeterminação é exercida através do conhecimento. No entanto, a doutrina majoritária entende que o direito a não saber significa respeitar a autonomia da vontade, uma vez que se trata de uma extensão desse direito e o doente também exerce sua autonomia ao afastar-se do processo de decisão (PEREIRA, 2004, p. 471).

Assim, o direito de não ser informado consiste em uma escolha livre e consciente do enfermo que, sabendo do seu estado de saúde, prefere rejeitar as informações por não sentir-se confortável com o que poderá ouvir. “Neste caso, não tem de haver esclarecimento quando o paciente declara ao médico que aceitará tudo o que ele venha a decidir ou que, simplesmente, prefere não tomar conhecimento da gravidade da sua situação (PEREIRA, 2004, p. 468)”.

Porém, para a validade do dever de não ser informado é necessária a declaração expressa ao médico do seu desejo em não obter os esclarecimentos, caso contrário, o médico deverá prestar as informações. André Gonçalo (2004, p. 469) explica: “é necessário que haja um conhecimento ao menos em abstrato por parte do afetado do âmbito do conhecimento em questão”, ou seja, o paciente precisa ter informações básicas que sejam capazes de auxiliá-lo em sua decisão de recusa aos esclarecimentos, para que tenha condições de ponderar os possíveis riscos que a ausência de informações poderão lhe ocasionar.

Dessa forma, o enfermo tem o direito de recusar os esclarecimentos prestados pelo profissional de saúde ao considerar que poderão causar algum prejuízo em sua integridade física ou psicológica. Entretanto, mesmo sem ser esclarecido, possui livre decisão para recusar

ou aceitar as técnicas terapêuticas. O direito de não saber, portanto, consiste em uma extensão ao direito a autonomia da vontade e por isso a decisão do indivíduo consciente deve ser respeitada.

3.2.1 O dissenso prévio e posterior

Inicialmente, é importante destacar que a recusa à informação diferencia-se da recusa do consentimento. No primeiro, o paciente renuncia os esclarecimentos prestados pelo profissional de saúde, mas não recusa os tratamentos terapêuticos, consentindo e confiando nos procedimentos que serão realizados pelos médicos. Já no segundo, o paciente mesmo após os esclarecimentos, não consente com o tratamento que será submetido, considerando seus medos, valores e princípios. Nesse sentido, João Rodrigues (2001, p. 354) conceitua o dissenso como: “uma singela variação da manifestação da vontade, em tudo semelhante ao consentimento, como resultado de idêntico processo de formação da vontade”. Afirma ainda que existem dois tipos de dissenso: o prévio e o posterior. O dissenso prévio ocorre quando o tratamento ainda não foi iniciado e o indivíduo se recusa a realizá-lo mesmo após obter todas as informações necessárias. Já o dissenso posterior consiste na revogação do consentimento, suspendendo ou cessando a manifestação da vontade (RODRIGUES, 2001, p. 361).

Assim, no transcorrer do tratamento o paciente pode decidir pela revogação da decisão já tomada e a sua escolha deverá ser respeitada. No entanto, existem situações em que o médico terá que desrespeitar a decisão do doente, como por exemplo, quando o tratamento já tiver em andamento e a suspensão poderá lhe provocar algum prejuízo de maior gravidade. Conforme dispõe o art. 31 do Código de Ética Médica, o médico tem o dever de atender os interesses do paciente e respeitar sua autodeterminação, exceto nos casos que poderão causar iminente risco de morte. Nesse mesmo sentido Genival Veloso (2014, p.42) explica:

Admite-se também que, em qualquer momento da relação profissional, o paciente tem o direito de não mais consentir uma determinada prática ou conduta, mesmo já consentida por escrito, revogando assim a permissão outorgada (*princípio da revogabilidade*). O consentimento não é um ato imutável e permanente. E ao paciente não se pode imputar qualquer infração ética ou legal.

O enfermo que dissente, muitas vezes, se opõe a realizar qualquer prática médica por não estar confiante na sua recuperação em razão da gravidade da sua doença ou até mesmo por ser adepto de religiões que não permitem o tratamento terapêutico, como por exemplo, as

Testemunhas de Jeová que negam transfusões sanguíneas (PIERANGELI, 2001, p. 217). Nessas hipóteses, o médico tem o dever de respeitar as crenças do paciente, pois configura manifestação da autonomia derivada da dignidade da pessoa humana e mesmo que saiba a importância do tratamento para a saúde do indivíduo, não deve interferir na decisão.

Apesar disso, a função do profissional é informar de maneira esclarecida e buscar compreender os motivos pelos quais o enfermo se recusa a realizar o procedimento. A rejeição requer do profissional de saúde a intensificação nos esclarecimentos, caso a intervenção seja, realmente, essencial para a enfermidade do indivíduo. Deve-se ter também um maior cuidado quanto às explicações para que não provoque ao doente ainda mais receio, tendo em vista que a ideia do paciente em dissentir pode ter origem a partir das informações prestadas pelo médico. No entanto, o consentimento também pode ocorrer após o consentimento, quando o enfermo confirma a realização do tratamento, mas por algum motivo decide revogar. O médico, portanto, deve ser cauteloso ao comunicar-se com o doente, pois a depender da enfermidade, o indivíduo pode apresentar alterações psicológicas, distorcendo sua percepção de ponderação equilibrada, o que pode ocasionar decisões por impulso que, muitas vezes, lhe trarão prejuízos (RODRIGUES, 2001, p. 355-357).

É importante destacar que o direito de não consentir com a realização de qualquer ato médico também é amparado pelo art. 5º, II da Constituição Federal¹⁵ e pelo art. 15 do Código Civil¹⁶ brasileiro que asseguram o direito a autonomia da vontade, exigindo o consentimento quando forem submetidos a tratamentos médicos. Assim, da mesma forma que o indivíduo possui o direito de consentir, ele pode dissentir, inclusive revogando o consentimento, caso queira alterar a sua decisão. As exceções, como já expostas, ocorrem apenas nos casos de urgência e emergência em que não é possível obter a manifestação da vontade e, caso o socorro seja postergado, causará riscos de vida ao doente. Em situações como essas a responsabilidade médica é excluída se porventura ocorrer alguma complicaçāo no transcorrer do ato médico, pois não há exigência do consentimento informado, tendo em vista a existência do estado de necessidade.

Vale ressaltar ainda que nos casos de indivíduos absolutamente incapazes, o consentimento é realizado pelo seu representante legal. O Código Civil brasileiro estabelece

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁶ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

que os menores de 16 anos devem ser representados, pois não possuem capacidade de fato para exercer certos atos da vida civil. Na prática médica, os representantes são responsáveis pelo consentimento informado, bem como pela recusa do consentimento, limitando, assim, a autonomia da vontade do paciente incapaz, haja vista que não possuem o direito de decisão nas questões relativas ao seu próprio corpo.

O Código Civil apresenta essa restrição com o intuito de proteger o incapaz e a inobservância da norma é motivo para nulidade do ato nos termos do art. 166, I¹⁷ do referido Código. Porém, nessas circunstâncias não só a idade cronológica do indivíduo deve ser considerada, mas também sua capacidade de discernimento, haja vista que há situações em que não é razoável que a decisão do representante legal se sobreponha a do indivíduo incapaz. Se o adolescente recusa o consentimento, provavelmente, ele terá motivos para isto e sua opinião não deve ser descartada. Cabe ao médico, portanto, averiguar se o menor possui discernimento suficiente para tomar a decisão. Questões como essas serão melhor analisadas no capítulo seguinte.

Pode-se concluir, portanto, que o dissenso é uma expressão do princípio da autonomia, consiste na recusa do consentimento e poderá ocorrer antes de iniciar o tratamento ou após o seu início, consistindo na revogação da manifestação da vontade. Assim, da mesma forma que o paciente possui o direito de consentir, ele pode negar-se a realizar o tratamento terapêutico e o seu direito deve ser respeitado, salvo nos casos em que há iminente perigo de vida não sendo possível postergar a intervenção.

¹⁷ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

4. O CONSENTIMENTO INFORMADO E AS LIMITAÇÕES A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE MENOR DE IDADE

4.1 O PODER FAMILIAR E A AUTONOMIA DO ADOLESCENTE

Ao longo do tempo a concepção de família sofreu transformações. No direito romano a entidade familiar era constituída por meio do casamento e a família tinha como chefe o pai (*pater*), o que caracterizava o pátrio poder. Todos os membros da família eram propriedades do *pater*, que apresentava o poder absoluto sobre os bens e sobre as pessoas. Os filhos eram determinados apenas pela consanguinidade, não existindo a filiação através de laços afetivos (CORDEIRO, 2016; A AUTONOMIA..., 2019).

Essa ideia de família foi refletida durante muitos anos na sociedade brasileira, uma vez que o direito romano foi base das legislações do país. No entanto, o pátrio poder sofreu diversas reformulações em razão dos novos valores sociais. O poder absoluto do *pater* foi restringido e o poder marital ganhou mais autonomia, formando uma nova concepção de poder familiar, que evoluiu da restrição ao pai de família para um complexo de direitos e deveres competente a ambos os pais em relação aos filhos menores de idade (CORDEIRO, 2016).

A expressão “poder familiar” ganhou destaque quando a Constituição Federal de 1988 garantiu a igualdade entre os pais ao estabelecer que ambos possuem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. É importante considerar que tanto o Código Civil quanto a Carta Magna não limitam a formação da entidade familiar, considerando que o afeto e a consanguinidade são características essenciais para a constituição de uma família. Assim, para o ordenamento jurídico brasileiro, filhos podem ser biológicos ou não e a formação da família não necessariamente tem origem por meio do matrimônio (A AUTONOMIA..., 2019).

Nesse sentido, o poder familiar é o poder-dever dado aos pais para que eles eduquem os filhos conforme seus princípios e valores e possam representá-los ou assisti-los em situações em que, por lei, os menores de idade não poderão agir sozinhos em razão da imaturidade e por não apresentarem capacidade de fato. Apesar de o poder familiar ter como finalidade o interesse do menor, o Estado também possui a função de defender os incapazes, atribuindo restrições aos pais para que o poder não seja absoluto, de modo a evitar abusos ou desvios de finalidade, devendo tomar providências caso isso aconteça, como por exemplo, nos

casos de perda ou suspensão do poder familiar, implicando ao tutor o dever de guarda (A AUTONOMIA..., 2019).

A incapacidade do indivíduo menor de idade é suprimida por meio da representação ou da assistência, bem como através da tutela, em situações em que os pais forem inibidos de exercerem o poder parental e o menor não é emancipado. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, os pais possuem o dever de substituir os filhos sempre que haja a necessidade de celebrar um ato jurídico que resultará em direitos e obrigações ao incapaz, como por exemplo, nas relações que envolvem a saúde do menor, sendo os pais os responsáveis por consentirem com o procedimento que o indivíduo poderá ser submetido (PEREIRA, 2004, p. 303).

Nos casos de representação, o critério utilizado pelos pais deve ser o que garante o melhor benefício ao incapaz. No entanto, é necessário que sejam observados os limites do poder familiar. Até que ponto os pais podem restringir a autonomia dos filhos para que decidam por eles nas situações que envolvem sua própria saúde? Na representação estabelecida pelo Código Civil, o legislador considerou que os pais desejam o melhor para o seus filhos e, por isso, a sua decisão seria a mais benéfica. Além disso, a relação parental por ser mais próxima contribui com uma decisão mais correlata com a vontade do filho (KIPPER, 2015). Entretanto, não considerou que adolescentes de 15 anos, por exemplo, que são considerados menores de idade, mesmo sendo incapazes de realizar certos atos da vida civil, podem apresentar maturidade suficiente para decidir sobre questões relativas ao seu próprio corpo, limitando, assim, o princípio da autonomia garantido pela Constituição Federal.

É importante considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 16, II estabelece que o indivíduo menor de idade possui o direito à liberdade de opinião ou expressão. Assim, o Estatuto também garante a autonomia da vontade do incapaz e, por isso, da mesma maneira que uma pessoa com plena capacidade possui o direito de ser informado sobre procedimentos médicos e pode consentir com a realização deles, o incapaz também possui essa liberdade, pois se trata de decisões que afetam a sua saúde e sua integridade física e psíquica, portanto, relativos aos direitos da personalidade assegurados pela Constituição da República.

Apesar disso, o Código Civil Brasileiro estabelece os institutos da representação e da assistência como uma maneira de substituir os representados, mesmo que tenham discernimento suficiente para decidir o que é melhor para si. Os institutos derivam da ideia do poder familiar e consistem em uma garantia dada ao representado com intuito de proteção;

porém, pode ser motivo de conflitos familiares, quando a opinião do menor incapaz é contrária aos argumentos do seu representante legal. Um exemplo disso são as discordâncias entre pais e filhos envolvendo a religiosidade. Os pais do menor podem ter preferência por determinada religião que proíbe intervenções médicas e o filho, apresentando autonomia para decidir sobre sua liberdade religiosa, não possui a mesma crença. Em casos como esses, aceitar a opinião dos representantes significa inibir a autodeterminação do indivíduo incapaz, desrespeitando princípios fundamentais estabelecidos na Lei Maior, como o direito à saúde, à vida, à liberdade de crença e à autonomia.

Além disso, muitas vezes, os pais confundem o que seria melhor para os interesses do incapaz, considerando as preferências da família que, não necessariamente, serão os mesmos adotados pela criança ou pelo adolescente, haja vista que o direito à autonomia da vontade permite aos indivíduos decidirem questões não apenas relativas à saúde, mas também a crenças, valores e princípios que podem interferir nas relações que envolvem o seu corpo.

É importante considerar que nem sempre o melhor interesse adotado pelos pais é, realmente, com o intuito de preservar a saúde do filho, pois pode ocorrer com o objetivo de resguardar valores, como por exemplo, os adeptos da religião Testemunha de Jeová, que são proibidos de realizar transfusões sanguíneas em virtude de suas concepções religiosas. Ademais, os pais podem recusar intervenções médicas utilizando como pretexto as consequências que poderão causar ao representado. Assim, é difícil definir o que seria o melhor interesse do adolescente. Por isso, é necessário averiguar se o menor possui discernimento suficiente para decidir sobre o que acontece com o seu corpo e com isso garantir a sua liberdade de decisão, pois nas questões relativas à sua saúde, ele possui o direito de decidir sobre o seu bem-estar.

Diante disso, independente da escolha do menor, os pais devem respeitar o espaço da criança ou do adolescente, sem deixar de exercer os direitos derivados do poder familiar. O intuito desse poder é proteger o menor incapaz, tendo em vista a ausência de maturidade para exercer certos atos da vida civil. O legislador criou os institutos da representação e assistência com a finalidade de garantir a proteção desses indivíduos. No entanto, não é possível que apenas a idade cronológica defina o grau de discernimento dos incapazes. É necessário que seja realizada uma análise para averiguar se o menor possui ou não discernimento suficiente para decidir sobre questões que envolvem ao seu corpo e sobre as intervenções médicas que poderá ser submetido, considerando seus valores, que nem sempre serão os mesmos dos seus pais ou representantes legais. Dessa maneira, o seu direito a autodeterminação será respeitado.

4.2 A CAPACIDADE CIVIL E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Ao adquirir a personalidade, o indivíduo torna-se capaz de obter direitos e contrair obrigações, podendo praticar diversos atos e negócios jurídicos. No entanto, o Código Civil Brasileiro estabelece restrições, pois nem todas as pessoas podem exercer pessoalmente os seus direitos, haja vista que o Código não atribui a capacidade civil plena a todos, atribuindo diferenças entre capacidade de direito e capacidade de fato (GAGLIANO, 2018, p. 148).

A capacidade de direito é obtida por meio da personalidade jurídica. Assim, todas as pessoas a possuem, mas nem todas gozam da capacidade de fato, esta é atingida apenas aos 18 anos e consiste na habilitação para exercer, por si mesmo, todos os atos do direito civil, sendo titular dos direitos e das obrigações (NUNES, 2007). Nesse sentido, os artigos 3º e 4º do Código Civil estabelecem, respectivamente, que os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes e os indivíduos que possuem entre 16 e 18 anos são relativamente incapazes. Portanto, possuem capacidade de direito, mas não apresentam capacidade de fato, necessitando da representação ou da assistência dos seus responsáveis legais para praticar certos atos ou negócios jurídicos.

Importante considerar ainda que não só os adolescentes menores de 18 anos são considerados incapazes. Os ébrios habituais e os viciados em tóxico e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade também se incluem no rol taxativo dos relativamente incapazes definidos pelo Código Civil. Dessa forma, todos eles possuem apenas capacidade de direito. Ao definir os relativamente incapazes, o legislador considerou que estes apresentam algum discernimento e por isso podem se manifestar, necessitando apenas da assistência dos seus responsáveis legais. Vale ressaltar que a representação e a assistência possuem uma grande importância para o instituto da capacidade, pois caso o indivíduo incapaz pratique algum ato sem a representação, este ato será nulo nos termos do art. 166, I do Código Civil e, quando não houver assistência, o ato será anulável, conforme o art. 171, II do mesmo Código.

No entanto, é necessário observar que a legislação brasileira referente à capacidade tem o objetivo de dar maior proteção à propriedade do que a própria pessoa representada (PEREIRA, 2004, p. 149). Destarte, nas relações que envolvem médicos e pacientes, nem sempre essa ideia de capacidade estabelecida pelo Código Civil é a maneira mais adequada para definir o grau de discernimento do enfermo, haja vista que há situações, nas quais, o incapaz possui a astúcia necessária para tomar decisões relativas à sua própria vida.

Partindo dessa ideia, é importante retomar o conceito de autonomia que consiste no direito de exercer a liberdade, tomando decisões livres de interferências. A autonomia está intimamente relacionada à capacidade que as pessoas possuem em desenvolver sua personalidade (GODINHO, 2013). Assim, os institutos da representação e da assistência limitam a autodeterminação das pessoas incapazes, sem considerar que, muitas vezes, apesar da idade, são capazes de exercer a autonomia da vontade com fundamento nos seus interesses, crenças e princípios.

O legislador ao criar os institutos não considerou a variação das capacidades intelectuais e psicológicas, não estabelecendo diferenças, por exemplo, entre os menores de 12 anos que são considerados crianças pelo Estatuto da Criança e Adolescente, e os jovens entre 13 e 16 anos que, muitas vezes, possuem um desenvolvimento intelectual maior que os primeiros. Utilizou apenas o critério etário para definir a capacidade, desprezando critérios importantes como o discernimento do indivíduo. Assim, nas palavras de André Gonçalo (2004, p. 201): “a idade dos 18 anos representa uma barreira estanque e imutável, que separa o estado de capacidade do de incapacidade de exercício, sem atender à personalidade da pessoa concreta”.

Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, a representação e a assistência dos incapazes visam protegê-los em questões que envolvem o direito patrimonial. Todavia, nas decisões relativas aos direitos da personalidade, como por exemplo, o direito à saúde; a autonomia do paciente deve prevalecer. Fala-se, portanto, na capacidade para consentir e não mais na capacidade de fato estabelecida pelo Código Civil. Nessa lógica, Silvio Beltrão (2016) explica:

A capacidade para consentir nos casos que envolvem a relação médico-paciente passa a ser um conceito autonomizado em face da capacidade negocial, uma vez que o objeto da declaração de vontade tem por fundamento bens diferentes daqueles do direito patrimonial, quais sejam a vida, a saúde, a integridade física e o livre desenvolvimento da personalidade.

No âmbito das relações entre médicos e pacientes, essa anuênciá é prestada por meio do consentimento informado, utilizado para externar a vontade do doente que possui autonomia para decidir quanto a admissão ou a recusa às intervenções médicas. Desse modo, para a realização de procedimentos médicos em incapazes deve ser observado se o indivíduo possui sensatez para consentir com a realização do procedimento. Portanto, deve existir uma ruptura na capacidade de fato estabelecida pelo Código Civil, permitindo uma nova concepção de capacidade, incluindo não só o critério etário como também a capacidade

intelectual e emotiva do indivíduo. A opinião do incapaz deve se considerada, desde que ele consiga compreender as circunstâncias em que se encontra e seja capaz de decidir conforme os seus interesses (GODINHO, 2013). Se o menor não tiver capacidade para consentir por não apresentar discernimento, a intervenção não poderá ser realizada sem a interferência dos representantes legais. A participação do menor deve ser permitida em respeito ao princípio da autodeterminação e ao direito fundamental à informação, mas a decisão se restringe ao poder familiar quando não é constatado o grau de maturidade capaz de permitir a livre escolha do menor (FRANCO, 2016). Uma ressalva a este entendimento é a situação de urgência e emergência que permite a intervenção médica mesmo quando não houve o consentimento informado dos incapazes ou dos representantes legais.

Como já exposto, o consentimento informado permite que o médico realize as intervenções no indivíduo, desde que haja a comunicação com o doente esclarecendo todas as alternativas, riscos e as possíveis consequências que o procedimento poderá causar, para que o paciente decida conscientemente se aceita ou não ser submetido ao tratamento. Logo, do mesmo modo que os esclarecimentos são prestados ao paciente capaz, devem ser fornecidos aos incapazes e não apenas aos seus responsáveis legais como define o Código Civil, pois se trata de um direito personalíssimo que garante ao doente o respeito à autodeterminação nos cuidados da sua saúde. Nas palavras de André Gonçalo (2004, p.202):

A defesa do instituto da capacidade para consentir é, em último termo ainda, a proteção da pessoa humana contra intervenções médicas heteronomamente determinadas e em violação ao princípio da autonomia.

Importante destacar a concepção do professor alemão, Amelung, mencionado por André Pereira (2004, p. 210) e por Lydia Nunes (2007). O professor defende a existência da capacidade para consentir, estabelecendo uma estrutura para conceituar o termo. Define que o instituto é dividido em quatro momentos, são eles: capacidade de decidir sobre valores, a capacidade para compreender os fatos, a capacidade para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar baseando-se nas informações fornecidas. Na ausência de um desses elementos o indivíduo deve ser considerado incapaz para consentir. Considerando esse entendimento, se o menor de idade se enquadrar em todos esses elementos que são necessários para prestar o consentimento, ele estará apto a decidir sobre sua saúde de maneira autônoma, isto é, independentemente de representação ou assistência. Nesse mesmo sentido, Adriano Godinho (2013) sustenta:

Em sede doutrinária, prevalece cada vez mais a tese de que somente cabe colher de um representante legal a autorização para a prática de determinado ato, ignorando-se a vontade do próprio incapaz, quando este não é intelectual ou psicologicamente capaz de compreender a extensão e a gravidade do comportamento que adota.

A representação ou assistência, portanto, devem ser utilizadas em circunstâncias excepcionais, quando o incapaz ainda não apresenta um desenvolvimento intelectual adequado e necessário para tomar decisões importantes como as que envolvem os direitos fundamentais a saúde e a integridade física e psicológica. Caso contrário, considerando a sua capacidade de compreender e optar pela decisão correta, a opinião do menor apresentará um valor que extrapola a dos seus representantes e o consentimento informado será tão válido quanto o consentimento prestado por uma pessoa capaz, pois o que será considerado é a capacidade de consentir e não a capacidade de fato, atribuindo ao indivíduo a faculdade de tomar decisões de maneira consciente.

4.3 A TEORIA DO MENOR MADURO

O consentimento informado garante a pessoa capaz o direito de exercer sua autonomia quanto ao tratamento que poderá ser submetido, respeitando as suas escolhas após os devidos esclarecimentos prestados pelo profissional de saúde. A grande discussão que surge entre doutrinadores se refere às pessoas incapazes em razão da idade. Se a Constituição da República garante o acesso à informação, bem como o direito à autonomia da vontade do paciente, podem os incapazes serem limitados de tomar decisões relativas à sua própria saúde, deixando de consentir quanto às intervenções médicas que lhes são propostas? Esse questionamento foi motivo de grande discussão na década de 70, nos Estados Unidos, dando origem a Teoria do menor maduro.

Essa teoria ganhou destaque quando diversos pais começaram a ajuizar ações contra médicos que realizavam procedimentos em seus filhos menores de idade sem que tivessem consentido com o tratamento. Os pais alegavam que o consentimento informado só poderia ser prestado por pessoas capazes nos termos da lei e os filhos, por serem menores de idade, não apresentavam capacidade suficiente para decidir sobre questões relativas à sua própria vida. Alegavam, ainda, que o direito de consentir era responsabilidade dos representantes legais. Por outro lado, os médicos argumentavam que nem sempre as decisões dos pais correspondiam aos interesses da criança ou do adolescente e que o grau de maturidade não poderia ser definido apenas pela idade cronológica. Considerando esta ideia, os tribunais americanos decidiram que é possível o menor de idade exercer atos da vida adulta por

apresentar discernimento necessário (MUNHOZ, 2014). Assim, surgiu a teoria do menor maduro, permitindo que crianças e adolescentes consintam quanto à realização de procedimentos, caso seja comprovada a sua maturidade.

Importante destacar que o sistema adotado pelos Estados Unidos é o *common law*, isto é, os casos são solucionados baseando-se nas jurisprudências. Dessa forma, essa teoria passou a ser aplicada em diversos casos no país e, posteriormente, ganhou repercussão mundial sendo adotada e discutida em outras nações.

Nos anos 80, no Reino Unido, a teoria do menor maduro destacou-se no caso conhecido como *Gilligk vs. Norfolk*. A discussão ocorreu após uma circular do Departamento de Saúde e Seguridade Social permitir a prescrição de contraceptivos a menores de dezesseis anos. Vitoria Gilligk inconformada com a normativa, ajuizou uma ação defendendo o consentimento parental nos tratamentos contraceptivos, argumentando que a circular favorecia o crime de incitamento e ajuda à prática de atos sexuais com menores de dezesseis anos. As autoridades inglesas, entretanto, julgaram improcedentes os pedidos da autora, sob a justificativa de que a prescrição de contraceptivos a menores dezesseis anos não é considerado crime e nem viola a autoridade parental, justificando, ainda, que os médicos não precisam de autorização dos responsáveis legais do menor de idade para prescrever o tratamento solicitado (SÉCO, 2014; A AUTONOMIA..., 2019).

Esses precedentes, portanto, reconhecem a autonomia da vontade do paciente incapaz em razão da idade e do seu grau de maturidade, confirmando o direito dos incapazes de prestarem o seu consentimento em tratamentos médicos sem que haja a necessidade de representação. De acordo com Thaís Sêco (2014):

Em linguagem jurídica, significaria dizer que é relativa presunção da carência do discernimento representada pelas incapacidades, ao invés de ser absoluta. Tratar-se-ia, então, de uma questão de prova, no caso, a prova pericial.

À vista disso, a teoria confirma a ideia de que existem adolescentes que possuem maturidade suficiente para tomar decisões relevantes como as que envolvem a saúde e são capazes de compreender os riscos e as consequências das intervenções. Nessa lógica, a incapacidade do indivíduo menor de idade não deve ser restrita a sua faixa etária, conforme determina o Código Civil Brasileiro. Há outros aspectos que devem ser analisados para que se conclua com convicção se o indivíduo é, realmente, incapaz ou não, como por exemplo, a sua capacidade de compreensão. Cabe ao profissional de saúde, portanto, realizar a análise para então decidir o grau de discernimento do menor e, assim, permitir o seu consentimento.

Importante considerar que para evitar uma conduta paternalista, o médico deve se ater a concreta avaliação que defina o nível de entendimento do menor de idade, como por

exemplo: a gravidade da intervenção, o grau de autonomia que ele possui na sua vida em geral e experiências com doenças anteriores (PEREIRA, 2004, p. 319). Com esses requisitos poderá ser definido com maior firmeza se o incapaz possui um discernimento considerável para decidir sobre as intervenções médicas que lhes são propostas. Conforme pontua Luciana Munhoz (2014):

O fundamento da Doutrina do Menor Maduro repousa sob a compreensão de que os direitos de personalidade (direito à vida, à saúde, à liberdade...), e outros direitos civis, podem ser exercitados pelo indivíduo a partir do momento em que ele é capaz de desfrutá-los, o que poderá ocorrer, e normalmente ocorre, antes dos 18 anos de idade, desde que ele demonstre: idade, habilidade, experiência, educação, capacidade de decisão, conduta e apreciação de riscos e consequências relevantes a seu caso, o que significa dizer que ele deverá possuir raciocínio lógico-formal, perspectiva de socialização e conduta moral. Essa Doutrina, portanto, reconhece que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos e concede-lhes a capacidade processual de exercer e reivindicar seu direito à autonomia.

Vale ressaltar que o nível evolutivo dos menores de idade é reflexo da interação do indivíduo com o meio social em que vive. Por isso, definir a capacidade através da idade significa desconsiderar o nível intelectual e a capacidade de compreensão de diversos adolescentes. Além disso, permitir a participação dos menores não significa que o poder parental deixará de existir, apenas garante que crianças e adolescentes que são considerados maduros possam emitir sua opinião, participando das decisões que fazem referência a sua vida (FRANCO, 2016).

É importante destacar a teoria de Piaget mencionada por Elaine Franco (2016). Essa teoria explica o desenvolvimento humano, visando compreender as fases do homem desde o nascimento até o mais alto grau de maturidade. Piaget organiza as fases de acordo com a idade e com a evolução mental do indivíduo, considerando, ainda, que há variações em cada uma delas em razão do meio social em que estão inseridos. Ele classifica o desenvolvimento humano em quatro estágios, que são influenciados pela autoaprendizagem do menor. Concluiu que entre onze e quinze anos o incapaz está apto a compreender e tirar conclusões sozinhas e aos quinze anos atinge um grau de maturidade.

Desse modo, Elaine Franco (2016) explica a importância da Teoria do menor maduro nas relações médicas pediátricas alegando que os direitos fundamentais do menor, como à vida, à saúde e a dignidade humana devem ser respeitados, permitindo a autonomia da vontade do paciente por meio do consentimento informado, sendo este essencial para a prática pediátrica que deverá registrar o parecer da criança ou do adolescente na tomada de decisão, aumentando, assim, a participação dos menores nas questões que envolvem o

direito de dispor seu próprio corpo, principalmente àqueles que já atingiram um nível de amadurecimento suficiente e são capazes de compreender todas as intervenções.

À vista disso, a teoria do menor maduro surge como alternativa para solucionar as limitações apresentadas à autonomia da vontade dos menores de idade, pois embora a legislação não ampare a participação efetiva de crianças e adolescentes nas intervenções médicas, transferindo aos representantes legais a competência e responsabilidade para tomar decisões importantes, elas apresentam o direito de escolher o que é melhor para si, caso tenham capacidade de compreensão e discernimento satisfatório para decidir quanto a isso (AGUIAR; BARBOZA, 2017).

A teoria do menor maduro, portanto, tem como principal objetivo determinar se uma criança ou adolescente podem consentir ou não um ato médico, considerando a sua capacidade, inteligência, discernimento e concluindo se o menor compreendeu os conselhos médicos, bem como os tratamentos que lhes foram propostos, considerando ainda as questões morais, familiares e emocionais do menor de idade (A AUTONOMIA..., 2019). Assim, a faixa etária não é um fator que determina a maturidade da criança ou do adolescente. A capacidade intelectual apresenta grande relevância para a matéria. Importante ressaltar, mais uma vez, que esse entendimento não exclui as responsabilidades parentais, mas permite uma maior participação do menor que já atingiu o grau de entendimento razoável para consentir com a intervenção.

4.4 A AUTONOMIA PROGRESSIVA

Tanto a teoria do menor maduro quanto a autonomia progressiva sustentam que a criança ou o adolescente desenvolvem a sua capacidade de tomar decisões de maneira gradativa, o que possibilita que eles atinjam um nível de maturidade que seja capaz de manifestar suas vontades de modo autônomo. A teoria da capacidade progressiva foi construída a partir da Convenção do direito da criança de 1989, que no art. 5º¹⁸ dispõe sobre a evolução da capacidade, ao considerar que os Estados que fazem parte da Convenção devem proporcionar às crianças instruções e orientações adequadas e de acordo com a

¹⁸ Art. 5º: Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e de acordo com a evolução de suas capacidades no exercício dos direitos reconhecidos na presente Convenção.

evolução de suas capacidades. Além disso, o art. 12¹⁹ da Convenção assegura o direito de participação, autorizando-as a expressar suas opiniões de acordo com sua idade e maturidade. Esses artigos, portanto, permitem que as crianças assumam responsabilidades conforme o seu grau evolutivo (MUNHOZ, 2014; FRANCO, 2016).

Destarte, a Convenção reconhece que existem crianças que apresentam um nível de maturidade considerável, capazes de reger certos atos de sua vida e tomar decisões importantes como as relativas à sua saúde. Nessa perspectiva, Luciana Munhoz (2014) explica:

A capacidade progressiva é reconhecida como um novo princípio interpretativo no direito internacional, determinando que conforme as crianças desenvolvem suas capacidades cognitiva e moral, uma menor necessidade há de instrução e de orientação e uma maior capacidade de assumir responsabilidades relativas a decisões que afetem sua vida.

Apesar disso, a legislação brasileira nivela os menores de idade a uma mesma condição: a de incapacidade (LEONE, 2009). Atribuindo, por exemplo, o mesmo grau de maturidade entre um indivíduo de 10 e 15 anos, desconsiderando os diferentes níveis de amadurecimento que eles podem apresentar. Luciana Munhoz (2014) afirma que deve existir um equilíbrio no conceito de capacidade progressiva, pois embora se reconheça que algumas crianças possuem maturidade, outras precisam de proteção em razão da sua imaturidade e vulnerabilidade, mesmo possuindo idades semelhantes.

As regras de capacidade previstas pelo Código Civil visam dar segurança as relações jurídicas patrimoniais, não considerando as variações intelectuais e emotivas das crianças e dos adolescentes, estabelecendo a idade como principal fator para determinar a capacidade de uma pessoa e excluindo o grau de maturidade. Nesse sentido, Helen Sanches (2015) sustenta:

Dessa perspectiva, a limitação ao exercício dos direitos de que são titulares crianças e adolescentes, não pode ser concebida, portanto, a partir dos critérios relativos à capacidade fixados na legislação civil, sob pena de negar-se a sua própria condição de sujeito em processo de desenvolvimento. Do ponto de vista dos direitos fundamentais, os critérios estabelecidos na legislação civil não podem suprimir ou restringir o exercício de qualquer direito de que a criança seja titular, mesmo contrário aos interesses de seu representante.

¹⁹ Art. 12: 1. Os Estados Partes assegurarão à criança, que estiver capacitada a formular seus próprios juízos, o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Apesar dessa limitação estabelecida pelo instituto da incapacidade, é possível observar que o legislador em diversos dispositivos faz alusão ao discernimento dos incapazes, considerando que possuem capacidade para realizar certos negócios jurídicos e astúcia para compreender as consequências de suas condutas (GODINHO, 2013).

Pode-se ter como exemplo a emancipação, que consiste na antecipação da capacidade civil plena, permitindo aos indivíduos maiores de dezesseis anos exercerem atos ou negócios jurídicos, mesmo o Código Civil definindo no art. 4º, I que os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos são considerados relativamente incapazes. Com a emancipação, o menor de idade não precisará de representantes legais para responder por negociações ou obrigações da vida civil. Diante disso, é possível perceber que ao criar o instituto da emancipação, o legislador concorda que existem menores de dezoito anos com capacidade civil plena e que não necessitam de responsáveis para decidir sobre atos referentes à sua própria vida.

Além de estabelecer a emancipação como causa para alcançar a capacidade plena, o art. 5º, parágrafo único do Código Civil estabelece um rol de situações responsáveis por findar a incapacidade, são eles: o casamento; o exercício de emprego público efetivo; a colação de grau em curso de ensino superior e pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. Nessas hipóteses, o legislador considerou que o indivíduo menor de dezoito anos possui capacidade para constituir uma família, assumir a responsabilidade de um emprego público e concluir um ensino superior.

Isso demonstra, mais uma vez, que a capacidade não pode ser restrita a idade, pois cada indivíduo possui um progresso diferente, permitindo que os institutos da representação ou da assistência sejam afastados em dadas circunstâncias, em razão da capacidade atribuída ao menor de idade para praticar pessoalmente atos da vida civil (GODINHO, 2013). Logo, para constatar a autonomia progressiva devem ser analisados fatores como o desenvolvimento intelectual, a capacidade de compreensão e o grau de maturidade da criança ou do adolescente. Tudo isso está relacionado ao resultado da interação do indivíduo com o meio social, o que permitirá variações de amadurecimento de uma criança para outra.

Situações como essas são conhecidas como maioridades especiais, ou seja, o indivíduo ainda não atingiu a maioridade civil, entretanto, a ordem jurídica reconhece que ele poderá emitir sua opinião e ser ouvido em determinadas ocasiões (PEREIRA, 2004, p. 306). Um exemplo que demonstra essa autonomia progressiva dos menores de idade é a

faculdade concedida aos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos para exercer pessoalmente seus direitos políticos ativos (art. 14 da CRFB/88), ou seja, o direito de votar. Ao estabelecer esse direito, o legislador atribuiu ao menor de idade capacidade e discernimento suficiente para decidir o futuro de uma nação, por acreditar que um adolescente de dezesseis anos é capaz de escolher, de modo consciente, seus representantes políticos.

Além disso, podem ser citados outros exemplos da maioridade especial, como a permissão dada pelo Código Civil para que homens e mulheres casem-se aos dezesseis anos (art. 1.517 do Código Civil), comprovando que os menores, embora relativamente incapazes, possuem capacidade de constituir uma família. Já o art. 1.860, parágrafo único do Código Civil autoriza os maiores de dezesseis anos a testarem e o art. 228, I do mesmo Código dispõe que os maiores de dezesseis anos podem ser utilizados como testemunhas em ações judiciais (A AUTONOMIA..., 2019).

Verifica-se, portanto, que o Código Civil autoriza os maiores de dezesseis anos a realizarem diversos atos de maneira autônoma. Todavia, nos casos relativos à saúde, para que a autonomia progressiva do adolescente maior de dezesseis anos se sobreponha a opinião dos seus representantes legais é necessária uma série de requisitos fundamentais para que o consentimento do adolescente seja válido. Primeiramente, o menor deve estar apto a manifestar sua vontade, ou seja, deve estar consciente, livre de substâncias que possam afetar a sua cognição. Além disso, o seu consentimento ou dissenso deve ser prestado de modo livre, informado e o profissional da saúde precisa estar convicto de que as informações prestadas foram compreendidas pelo incapaz. Vale salientar que o adolescente possui o direito de recusar o acesso as informações (A AUTONOMIA..., 2019).

Ademais, é importante considerar que o art. 45, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina que nos casos de adoção, se o adotando for maior de doze anos, será necessário não só o consentimento dos representantes legais, como também o seu próprio consentimento. Definindo, dessa maneira, que uma criança de doze anos possui capacidade para decidir se quer ou não ser adotada por determinada família. Além disso, nos casos de guarda, o Estatuto dispõe no art. 28, §1º que sempre que possível a criança ou o adolescente deve ser previamente ouvido, respeitando o seu desenvolvimento e grau de compreensão, devendo a opinião de o menor ser respeitada. Nesse mesmo sentido, o §2º do art. 28 do ECA estabelece que nos casos de guarda serão necessários o consentimento do indivíduo maior de doze anos.

É possível perceber que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta diversas normas que reconhecem a capacidade civil plena dos menores de idade, considerando que eles podem estar aptos a exercerem atividades na esfera cível, desconsiderando, assim, a capacidade de fato, respeitando a capacidade para consentir e assegurando a autonomia progressiva da vontade do menor. Esse entendimento do Código Civil também deveria ser adotado para a prática de condutas médicas em pacientes incapazes em razão da idade, haja vista que, crianças e adolescentes por estarem em processo de formação possuem o direito de resolver questões que envolvem sua própria vida a partir do seu grau de amadurecimento.

A autonomia dos menores de idade, portanto, é conquistada de acordo com o progresso do indivíduo. Pessoas com a mesma idade podem apresentar maturidades diferentes, em razão do meio social em que vivem e por apresentarem um maior desenvolvimento intelectual. Alguns conseguem se tornar maduros de maneira precoce, trata-se, por conseguinte, de uma autonomia progressiva, mas que deve ser considerada em diversas situações, inclusive, nas relações que envolvem a saúde dos menores para que sejam autorizados a prestarem o consentimento informado de maneira válida.

4.5 DIREITO COMPARADO: O CASO DOS MENORES DE IDADE NO DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria do menor amadurecido é pouco conhecida no Brasil, mas é muito utilizada em países como: Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha e Espanha. Os Estados que adotam a teoria levam em consideração não só a idade, como também a maturidade, situação social, possibilidade de compreensão, gravidade da doença, realizando uma análise para verificar se o menor incapaz possui discernimento para consentir quanto aos cuidados médicos que necessita (FRANCO, 2016).

Como já exposto, a teoria do menor maduro foi caso de discussões nos Estados Unidos e no Reino Unido e passou a ser aplicado em diversas outras nações. Outro exemplo de país que adota a teoria é a Espanha sob a justificativa de que os direitos da personalidade não podem ser objeto do poder familiar, devendo a opinião do menor sempre ser considerada de acordo com o seu grau de maturidade e não apenas conforme a idade cronológica. Com a promulgação da Lei nº 11, de 13 de maio de 1981, responsável por modificar o Código Civil da Espanha, o direito de representação foi substituído pela autonomia do menor quando verificada a sua maturidade, permitindo a realização de atos por si só. A Lei orgânica 1/1996

concretizou a teoria do menor maduro juntamente com a Convenção do direito das crianças de 1989 (MUNHOZ, 2014; ABREU, 2015). No entanto, foi com a Lei nº 41/2002 que a Espanha regulamentou a autonomia progressiva nas relações médico-paciente, como explica André Pereira (2004, p. 295):

Atualmente, a Lei nº 41/2002, de 14 de Novembro, aposta no escalonamento do desenvolvimento das crianças em três patamares: até os 12 anos, entre 12 e os 16 anos e com mais de 16 anos (art. 9, n.º 3, al. C). Para estes últimos prevê-se uma capacidade para consentir, mas em caso de atuação de grave risco, de acordo com o critério do médico, os pais serão informados e a sua opinião será tida em conta no processo de tomada de decisão. Os maiores de 12 anos devem ser ouvidos, mas quem toma a decisão são os titulares do poder paternal, valendo para os mais infantes ou para os casos de o menor ainda não revelar capacidade intelectual ou emocional de compreender o alcance da intervenção, as regras clássicas da representação.

Diferentemente da Espanha, o ordenamento jurídico alemão estabelece que o consentimento deve ser prestado pelos representantes legais até os 14 anos. Os maiores de 14 anos que possuem capacidade de discernimento para a intervenção podem consentir sem que haja a necessidade de representação. Em casos de intervenções mais complexas e não urgentes, os pais devem ser consultados (ABREU, 2015; PEREIRA, 2004, p. 300).

O entendimento adotado pelo ordenamento jurídico português faz referência a autonomia progressiva do menor de idade. Define que os maiores de dezesseis anos possuem capacidade para consentir. Essa compreensão é determinada pelo art. 38, nº 3 do Código Penal português que dispõe: “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. Porém, o Código Civil português não determina uma idade para a validação do consentimento informado, mas deixa claro que o grau de amadurecimento do incapaz deve ser observado, adotando, assim, a teoria do menor maduro, como pode ser verificado no art. 1.878, nº 2, do Código Civil português: “Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida” (PEREIRA, 2004, p. 242).

Como já exposto, no direito inglês é permitido o consentimento dos maiores de dezesseis anos para intervenções médicas e os menores de dezesseis só podem consentir se apresentarem um grau de compreensão e discernimento (PEREIRA, 2004, p. 300). O caso Gillick foi responsável por concretizar a teoria do menor maduro. As autoridades inglesas reconheceram a autonomia da vontade do paciente incapaz em razão da idade e do

amadurecimento, autorizando o consentimento destes para a utilização de métodos contraceptivos sem a intervenção de seus representantes legais. Diante do exposto, é possível verificar que diversos países europeus permitem a autonomia progressiva do paciente incapaz de acordo com o nível de maturidade. No entanto, apresentam divergências quanto à idade mínima necessária para tornar-se capaz de consentir.

Outro país que adota a teoria do menor maduro é a Argentina. O Código Civil argentino estabelece que os menores entre treze e dezoito anos podem exercer pessoalmente os atos da vida civil desde que apresentem discernimento. Nos casos de tratamentos invasivos, a legislação Argentina prevê que o consentimento deve ser realizado com assistência dos pais. Aos dezesseis anos, contudo, o indivíduo é considerado adulto, portanto, poderá tomar decisões autonomamente quanto a tratamentos que lhes são propostos (A AUTONOMIA..., 2019).

Vale ressaltar que a Teoria prevista no Código Civil da Argentina tem como fundamento a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. Como visto, essa Convenção permite que as crianças assumam responsabilidades conforme o seu grau de amadurecimento, permitindo aos menores de idade a liberdade de opinião em assuntos dos seus interesses, como por exemplo, questões que envolvem sua própria saúde. Diante disso, é importante considerar que essa Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 99.710/1990. Além disso, de acordo com a Emenda Constitucional Brasileira 45/2004, a Convenção, por apresentar matéria referente aos direitos humanos, possui status de infraconstitucional e supralegal, ou seja, a Convenção está abaixo da Constituição Federal, porém, acima da legislação infraconstitucional, como por exemplo, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, considerando que a matéria está prevista em tratado internacional em que o Brasil faz parte, a autonomia progressiva do menor de idade está presente no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, sua aplicação tem caráter obrigatório (A AUTONOMIA..., 2019).

Apesar disso, por mais que a legislação brasileira faça alusão às maioridades especiais, ainda não adotou a teoria do menor maduro e nem a autonomia progressiva do incapaz, restringindo a autonomia do paciente em razão do instituto da incapacidade. Assim, desconsidera o grau de amadurecimento dos menores de idade, igualando-os a uma mesma condição: a de incapazes. Desse modo, as regras do instituto da capacidade estabelecida pelo Código Civil são aplicadas às condutas médicas, impossibilitando o respeito ao princípio da autonomia do paciente que consiste em uma garantia dada a todos pela Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

O consentimento informado consiste no dever ético e legal que os profissionais de saúde possuem em fornecer informações ao paciente sobre os benefícios, os riscos e as consequências do tratamento oferecido para curar a enfermidade. Surgiu como uma forma de impedir a conduta paternalista dos médicos, ressaltando o direito fundamental à autonomia, tendo em vista que é imprescindível que nas relações médicas o enfermo tenha a liberdade de decidir quanto aos seus direitos da personalidade. Dessa forma, o consentimento informado tem a finalidade de permitir a participação do paciente durante todo o tratamento, autorizando a manifestação de suas opiniões e a decisão quanto aos procedimentos subsequentes que lhes são sugeridos.

Para a validade do consentimento informado são necessários alguns elementos, são eles: capacidade para consentir; esclarecimentos sobre as intervenções; e a voluntariedade, que consiste no direito de decidir pela realização ou recusa do tratamento. Apenas as pessoas consideradas capazes pelo Código Civil estão aptas a prestarem o consentimento informado. Esse entendimento é motivo de grandes discussões quando o paciente é menor de idade, pois o direito à autonomia que o termo de consentimento visa garantir é inaplicável quando o doente é considerado incapaz em razão de sua faixa etária.

O dever de esclarecimentos, requisito essencial para o consentimento informado, é amparado pela Constituição Federal e tem o objetivo de permitir que o paciente obtenha as informações necessárias para que a sua decisão seja realizada com convicção. Além disso, é necessário que todo o conteúdo fornecido pelo profissional seja transmitido de maneira transparente e com linguagem acessível contribuindo com a compreensão do paciente de modo que, posteriormente, manifeste a sua vontade. Todos esses requisitos do consentimento informado estão relacionados à autonomia da vontade do paciente. Logo, o consentimento visa aceitar a privacidade individual, permitindo que o indivíduo seja capaz de formar sua própria identidade.

O direito fundamental à informação, também é amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo este responsável por regular a relação médico-paciente em razão da natureza contratualista, na qual o profissional de saúde é o prestador de serviços e o paciente se enquadra no conceito de consumidor. Essa relação contratual proporciona um maior equilíbrio entre médicos e pacientes, dificultando condutas paternalistas e definindo direitos e obrigações para ambas às partes, possibilitando um consentimento livre e esclarecido ao

enfermo. Sendo assim, conforme determina o Código, os consumidores possuem o direito básico à informação para que exerça o seu poder de escolha. Aplicando esse entendimento nas práticas médicas, fica demonstrado o respeito à autonomia do paciente, bem como o seu direito de obter informações e consentir quanto à realização do serviço (tratamento) oferecido.

Não só o Código de Defesa do Consumidor é responsável por regulamentar o consentimento informado, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Código de Ética Médica também apresentam essa finalidade, com o propósito de assegurar princípios constitucionais como a autonomia da vontade, dignidade da pessoa humana, saúde, liberdade e integridade física e psicológica do doente.

Além do consentimento informado, o ordenamento jurídico brasileiro adota o consentimento presumido, permitindo que em situações mais complexas o médico atue sem a necessidade da anuência do enfermo ou do seu representante legal, pois o adiamento da conduta médica poderá provocar sérios riscos à saúde do doente. Consiste em uma justificativa para deixar de obter o consentimento real. Trata-se, portanto, de uma limitação à autonomia da vontade do paciente. Porém, a sua prática é permitida quando a gravidade do estado de saúde pode ocasionar problemas físicos e psíquicos caso o atendimento seja postergado.

Apesar de o consentimento informado possuir a finalidade de proteger a autonomia da vontade dos pacientes, é importante destacar que os menores de idade apresentam limitações aos seus direitos da personalidade, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro adota o instituto da capacidade como requisito necessário para exercer certos atos da vida civil, inclusive para prestar o consentimento em intervenções médicas. A legislação brasileira não estabelece diferenças entre a capacidade para consentir e a capacidade civil plena, impossibilitando que os menores de idade que apresentam algum grau de discernimento possam tomar decisões por si só, necessitando da representação ou da assistência para suprir a incapacidade.

Alguns países como Estados Unidos e Reino Unido adotam a concepção da teoria do menor maduro que admite que crianças e adolescentes consintam quanto à realização de procedimentos médicos, caso seja comprovada a sua maturidade. Reconhecendo, portanto, o direito dos incapazes de consentirem em tratamentos médicos sem que haja a necessidade de representação ou assistência. Além disso, a Convenção do direito da criança de 1989 foi responsável por adotar a teoria da capacidade progressiva assegurando a participação e livre opinião dos incapazes de acordo com o seu nível evolutivo. Apesar de o Código Civil

brasileiro adotar as maioridades especiais, como por exemplo, o direito de emancipação aos maiores de dezesseis anos, reconhecendo que alguns menores de idade possuem um desenvolvimento intelectual que permite sua participação em diversos atos civis, não reconhece a autonomia progressiva nos casos que envolvem condutas médicas nos menores, limitando os direitos da personalidade dos incapazes.

Importante considerar que a Convenção do Direito da Criança foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 99.710/1990 e, por apresentar matéria referente aos direitos humanos, possui status de infraconstitucional e supralegal. Logo, a sua aplicação em território brasileiro tem caráter obrigatório. Assim, apesar de o Código Civil distinguir a capacidade dos menores de idade de acordo com o critério etário, desconsiderando a capacidade intelectual e emotiva do indivíduo, o grau de discernimento do menor deve ser considerado, até mesmo em respeito à Convenção assinada pelo país.

Dessa maneira, o desenvolvimento intelectual, a capacidade de compreensão e o grau de maturidade da criança ou do adolescente são requisitos essenciais para o consentimento informado dos menores de idade nas práticas médicas. Todos esses requisitos são resultados da interação do indivíduo com o meio social, o que permitirá variações de amadurecimento de uma criança para outra. Assim, tão importante quanto a capacidade civil plena determinada pelo Código Civil é a capacidade para consentir que permite o respeito à autonomia da vontade do paciente incapaz.

REFERÊNCIAS

A AUTONOMIA progressiva do adolescente em questões de saúde no direito brasileiro. Revista de Direito Sanitário. Manuscrito em avaliação. 2019. [S.I.].

ABREU, Cláudia Raquel Sousa. **Os menores e o consentimento informado para o ato médico.** 2015. 57 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18772/1/ClaudiaAbreu_tese.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. **Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido.** RDBA, V.12, N. 02, PP. 17 - 42, Salvador, 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/22942/14586>. Acesso em: 21 ago. 2019.

ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. **Autonomia e indivíduo sem capacidade para consentir:** o caso dos menores de idade. Revista Bioética. [S.I.], 2016. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1148. Acesso em: 06 ago. 2019.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Autonomia da vontade do paciente e a capacidade para consentir:** uma reflexão sobre a coação irresistível. Revista de Direito Sanitário. V.17, N. 2. [S.I.], 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p98-116>. Acesso em: 14 ago. 2019.

BOCCACIO, Renan. **Do termo de consentimento informado em face da responsabilidade civil médica.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3745, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25435/do-termo-de-consentimento-informado-em-face-da-responsabilidade-civil-medica/1>. Acesso em: 10 jul. 2019

BRANDÃO, Jecé Freitas. **O Consentimento informado na prática médica.** [S.I.], 1999. Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20356. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a convenção sobre os direitos da criança. Brasília, DF, 21 nov. 90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 90 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 02. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

CABRAL, Boechat. **Consentimento Informado:** aspectos da relação jurídica odontólogo-paciente sob o enfoque da responsabilidade civil e do direito do consumidor. [S.l.], 2009. Disponível em:
http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC1/dirConsumidor/artigos/01_consentimento.informado.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

CALADO, Vinícius de Negreiros. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado na visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ.** Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba, 2014. Disponível em:
<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1001/692>. Acesso em: 16 jul. 2019.

CAMPOS, Adriana; OLIVERA, Daniela Rezende. **A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica.** Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. [2010?]. Disponível em:
<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/514>. Acesso em: 19 jul. 2019.

CARVALHO, Sandra Filipa Correia Teles. **Consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários:** análise crítica do artigo 156.º do Código Penal Português.. 2012. 164 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2012. Disponível em:
http://repositorio.ulushiada.pt/bitstream/11067/494/1/md_sandra_carvalho_dissertacao.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

CORDEIRO, Marília Nadir de Albuquerque. **A evolução do pátrio poder:** poder familiar. Conteúdo Jurídico. Brasília. 2016. Disponível em:
<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46470/a-evolucao-do-patrio-poder-poder-familiar>. Acesso em: 10 ago. 2019.

FERES, Murilo. et al. **Consentimento Informado e o princípio da autonomia.** Revista da Associação Paulista de Cirurgiões Dentistas. São Paulo. 2018. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/327318460_Consentimento_informado_e_o_princípio_da_autonomia. Acesso em: 19 jul. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2014.

FRANCO, Elaine Cristine. **O Consentimento Informado e a Lei Brasileira.** [S.l.], 2019. Disponível em: https://elainefrancoadv.jusbrasil.com.br/artigos/682319555/o-consentimento-informado-e-a-lei-brasileira?ref=topic_feed. Acesso em: 15 jul. 2019.

FRANCO, Elaine Cristine. **O direito de escolha do menor.** [S.l.], 2016. Disponível em:
https://elainefrancoadv.jusbrasil.com.br/artigos/392457355/o-direito-de-escolha-do-menor?ref=topic_feed. Acesso em: 19 ago. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral.** 20º edição. Editora Saraiva. 2018.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Autonomia Privada no Âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”:** uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discussindo a autonomia.** Salvador: JusPodium, 2013, p. 31-48.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao Próprio Corpo:** direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá Editora. 2014.

GODINHO, Adriano Marteleto. et al. **Termo de consentimento informado:** a visão dos advogados e tribunais. Rev. Bras. Anestesiol. vol.60 no.2 Campinas. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000200014. Acesso em: 10 jul. 2019.

KIPPER, Délio José. **Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde dos seus filhos – diretrizes.** Revista Bioética. V. 23. Porto Alegre/RS. 2015. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/984/1188. Acesso em: 12 ago. 2019.

LEONE, Claudio. **A criança, o adolescente e a autonomia.** Revista Bioética. São Paulo. 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/324/392. Acesso em: 27 ago. 2019.

MIRANDA, Thiago de Amaral. **O Consentimento Informado como forma de proteção dos direitos da personalidade dentro da relação médico- paciente.** 2015. 70 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16283/1/2015_ThiagodoAmaralMiranda.pdf. Acesso em: 24 jul. 2019.

MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente.** 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf. Acesso em: 17 ago. 2019.

NUNES, Lydia Neves Batos Telles. **O incapaz e o consentimento informado.** Florianópolis. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15058>. Acesso em: 14 ago. 2019.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **A capacidade para consentir:** um novo ramo da capacidade jurídica. In: Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004-2006.

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

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido:** na teoria do delito. 3^a ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2001.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966. Código Civil. [S.I.] Disponível em:

<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 28 ago. 2019.

PORTUGAL. Lei 59/2007, de 04 de Setembro. Código Penal. [S.I.] Disponível em: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/loi-portugal-euthanasie.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

RODRIGUES, João Vaz. O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: Elemento para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra. Editora Coimbra: 2001.

RODRIGUES, Marcelo Henrique. Consentimento Informado na Legislação Brasileira: consentimento informado na atividade médica em geral. [S.I.], 2019. Disponível em: <https://dmrmarcelo.jusbrasil.com.br/artigos/697213842/consentimento-informado-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 24 de jul. 2019.

ROSA, Paulo Jorge Ferreira. A natureza jurídica da relação médico paciente: o contrato de prestação de serviços médicos. Coimbra. 2013. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23850/1/paper%20prest%20serv%20m%C3%A9dicos2.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa. Desafios para garantia do direito à participação de crianças e adolescentes no sistema judicial brasileiro. Revista Jurídica. V.12. p. 10-32 Fortaleza. 2015. Disponível em: <http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/download/31/21/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SÉCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. Rio de Janeiro. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%AAco-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

SIMON, Maura Eliane Silveira. O consentimento informado como (possível) meio de prevenção de demandas judiciais por erro médico. 2008. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro Universitário La Salle, Canoas, 2008. Disponível em: https://biblioteca.unilasalle.edu.br/docs_online/tcc/graduacao/direito/2008/messimon.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. Responsabilidade civil e consentimento informado. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 2, p. 533-568. [S.I.] 2008. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/895>. Acesso em: 19 ago. 2019.

VOLU, Luiz Henrique Magacho, et al. Direito Médico e o consentimento informado. Âmbito Jurídico. [S.I.] 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-142/direito-medico-e-o-consentimento-informado/>. Acesso em: 31 jul. 2019.