

4.1 Artigos Originais

4.1.1 Situações jurídicas existenciais e a capacidade para consentir

Luciana de Souza e Oliveira

COMO CITAR O ARTIGO:

OLIVEIRA, L. S. **Situações jurídicas existenciais e a capacidade para consentir**. URL: [www.italo.com.br/portal/cepep/revista eletrônica.html](http://www.italo.com.br/portal/cepep/revista_eletronica.html). São Paulo SP, v.9, n.3, p. 155-170, jul /2019.

SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS E A CAPACIDADE PARA
CONSENTIR.

LUCIANA DE SOUZA E OLIVEIRA.

Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia universidade católica de São Paulo - PUC/SP; advogada; mediadora; professora universitária; São Paulo - SP – Brasil.

E-mail: lsoliver@uol.com.br

RESUMO

O objetivo deste estudo é apresentar o desenvolvimento dos direitos da personalidade no contexto da valorização da dignidade da pessoa humana, de modo a identificar a autonomia privada nas situações existenciais, destacando a capacidade para consentir no consentimento informado como meio de promoção da personalidade e autodeterminação nos cuidados da saúde.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; situações jurídicas existenciais; autonomia privada; capacidade para consentir.

ABSTRACT

The purpose of this study is to present the development of personality rights in the context of valuing the dignity of the human person, in order to identify private autonomy in existential situations, highlighting the capacity to consent to informed consent as a means of promoting personality and self-determination in health care.

Keywords: Dignity of the human person; existing legal situations; private autonomy; ability to consent.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo evidenciar a capacidade para consentir no consentimento informado, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, na conveniência do desenvolvimento da personalidade e autonomia privada nas situações jurídicas existenciais.

Para tanto, pretende-se destacar a dignidade da pessoa humana como valor e eixo central norteador de todo comportamento, fundamento do desenvolvimento, expansão e tutela dos direitos da personalidade. Ainda, objetiva-se discorrer acerca da autonomia privada nas situações existenciais, de modo a garantir maior promoção à personalidade.

Por fim, apresenta-se a capacidade para consentir no consentimento informado, relacionado ao direito médico e à bioética, nas intervenções médico-cirúrgicas em que se tutela a pessoa e sua autodeterminação para com os cuidados com a saúde.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS.

Os direitos do ser humano são amparados pelo ordenamento jurídico, no âmbito das declarações universais e pela inserção entre os direitos fundamentais. (NANNI; 2014; p. 134) Assim, deve-se destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de conferir maior proteção à pessoa em qualquer situação jurídica, como valor fundamental.

No sistema de análise das situações jurídicas, pode-se dizer que são “conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles exercem.” (AMARAL; 2018; p. 4730-4731- Kindle)

As situações jurídicas subjetivas podem declarar, de modo geral, interesse de natureza patrimonial ou existencial, sendo certo que a situação jurídica patrimonial “é aquela que possui referencial objetivo em um interesse apreciável economicamente”, ao passo que a situação jurídica não patrimonial, “detém objeto não suscetível de avaliação econômica”. (MEIRELES; 2009; p. 24)

Em relação à dignidade da pessoa humana como norteadora de todo comportamento, esclarece Giovanni Ettore Nanni (2014; p. 136):

A dignidade da pessoa humana, portanto, é direito fundamental inexorável, do qual a construção do Estado, as leis promulgadas, os pronunciamentos jurisdicionais, os negócios jurídicos firmados, as pesquisas científicas, as ações humanas não podem distanciar-se. É o norte a guiar todo o comportamento.

Com a dignidade, segundo João Baptista Villela, entende-se a

(...) intangibilidade de cada um dos indivíduos que participam do ser *homem*. Para além de todas as circunstâncias de tempo e de lugar. Da cultura. Dos atributos étnicos. Do sexo. Da idade. Da saúde, do vício e da virtude. É a ela que nos reportamos para condenar a tortura, as penas infamantes, o abandono, o ódio, o desprezo, o horror e a guerra. É ela que nos move a assistir os enfermos e os desabrigados. Acolher os oprimidos e alimentar os que têm fome. (Villela; <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/dout20anos/article/view/3445>)

Assim, sintetiza João Baptista Villela:

A dignidade da pessoa humana é o eixo central de toda a articulação ética a que estamos socialmente preordenados e constitui, enfim, especialmente nas culturas ocidentais, a mais alta expressão de convergência social a que fomos capazes de chegar. (Villela; <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/dout20anos/article/view/3445>)

Roxana Brasileiro Borges (2012; p. 152) afirma que a teoria dos direitos da personalidade fundamenta-se na proteção da dignidade da pessoa humana, apresentando-se esta como um valor central do ordenamento jurídico, com unidade axiológica e apresenta, nesse sentido, os direitos da personalidade como “um círculo de direitos não exaustivo relacionado às situações existenciais da pessoa”, destacando que o “objeto dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano”. (BORGES; 2012; p. 153).

Ainda, declara que os direitos da personalidade são uma conquista na história do direito contemporâneo, que decorrem “de conjunturas sociais, políticas, econômicas, culturais e devem ser protegidos e reconhecidos como jurídicos, não se admitindo, quanto a esse tipo de conquista, retro-cesso que diminua ou suspenda sua proteção” (BORGES; 2012; p. 153).

Sendo assim, os direitos da personalidade constituem uma série aberta de vários tipos, podendo-se afirmar que com a “evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca

do direito, vão se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos”. Assim, não se apresentam em lista taxativa e não se limitam às espécies tipificadas na legislação, admitindo-se a criação de outros. (BORGES. 2012; p. 153-155)

Em complemento, destaca Pietro Perlingieri (2008; p. 764/765) que a personalidade está na base de uma série aberta de situações existenciais, com exigência mutável de tutela:

A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade da tutela se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre desenvolvimento da vida de relação.” (PERLINGIERI; 2008; p. 764/765)

O direito civil sempre demonstrou maior atenção às relações jurídicas de conteúdo patrimonial, especialmente se forem analisadas as normas contidas na codificação anterior, o Código Civil de 1916; no entanto, em razão da prevalência da dignidade da pessoa humana e do destaque à Constituição como fonte normativa, o vértice do ordenamento jurídico brasileiro não está no “ter”, mas no “ser”. (MEIRELES; 2009; p. 1-8)

Sendo assim, explica Pietro Perlingieri, a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas não responde aos valores do ordenamento jurídico. (PERLINGIERI; 2008; p. 760).

Nesse sentido, pela conexão da noção de discernimento e a de bens da personalidade humana, percebe-se a existência de situações em que a capacidade negocial, aquela capacidade para deliberar sobre atos, atividades e negócios, que impliquem avaliações econômicas ou patrimoniais, não se mostra adequada ao exercício de atos do núcleo ancorado nos bens de personalidade, a vida e a saúde humanas. (MARTINS-COSTA; 2009; p. 321-322)

A doutrina vem desenvolvendo estudos ligados à Bioética para proteção da pessoa, vez que numerosas situações não devem ser analisadas à luz de conceitos oriundos do direito patrimonial. (NANNI; 2014; p. 155)

O constante aprimoramento da medicina, com o desenvolvimento de modernas formas de tratamento, vem suscitando a intervenção do direito em novos temas. (NANNI; 2014; p. 156)

O paciente deve ser informado acerca dos detalhes e efeitos de um tratamento, ter a oportunidade de decidir de forma consciente e apresentar capacidade jurídica para a adequada tomada de decisão sobre um tratamento. (NANNI; 2014; p. 156); nesse sentido, pode aceitar ou recusar o tratamento médico. Assim, deve-se destacar a autonomia privada nos atos existenciais.

2. AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS.

A autonomia privada pode ser determinada em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que a exige. Assim, autonomia privada é “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos” (PERLINGIERI; 2002; p. 17)

A autonomia privada é “fonte do poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico”. (BORGES; 2012; p. 157)

Acerca da autonomia privada para as situações existenciais, afirma Rose Melo Vencelau Meireles que:

A autonomia privada se apresenta, assim, para as situações existenciais, como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade. Por meio do poder de autodeterminação, garante-se tutela às escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade humana de quem as pratica.

Roxana Brasileiro Borges (2012; p. 156) afirma que a autonomia privada é a coluna dos direitos da personalidade e que há relação entre o princípio da autonomia, da bioética e o princípio da autonomia privada.

Assim, na bioética, o princípio da autonomia é aquele em que “a pessoa tem domínio sobre sua própria vida e sua intimidade deve ser respeitada”, sendo que orienta a prática médica e serve de fundamento do Código de ética médica e resoluções do Conselho Federal de Medicina. Ainda, gera deveres como o respeito à pessoa, à sua liberdade, à sua visão de mundo, à sua intimidade e à sua privacidade, impondo aos médicos, por outro lado, dever de veracidade e esclarecimento, a fim de permitir ao paciente a tomada livre e consciente de decisões. (BORGES; 2012; p. 156)

Em complemento, destaca Roxana Brasileiro Borges (2012; p. 157), acerca da autonomia privada:

Daí sua condição de fundamento e fim dos direitos da personalidade, pois é na sua esfera de liberdade privada que cada pessoa, escolhendo como conduzir sua própria vida, terá oportunidade de desenvolver livremente sua personalidade.

Diante de todo o cenário apresentado, a doutrina desenvolveu a capacidade para consentir no consentimento informado do paciente, diante dos detalhes de um tratamento médico.

2.1. A CAPACIDADE PARA CONSENTIR NO CONSENTIMENTO INFORMADO.

A capacidade para consentir é um conceito autônomo, desvinculada da capacidade negocial, por dizer respeito aos aspectos relacionados à pessoa, sendo, portanto, relativos a bens de natureza pessoal e não de natureza patrimonial. (PEREIRA; 2006; p. 200)

A capacidade para consentir nos remete ao direito médico e à Bioética; está relacionada à tomada de decisões em relação aos cuidados com a saúde, como os casos de autorização para participar de pesquisas e “quaisquer atos de lícita disposição do próprio corpo”. (MARTINS-COSTA; 2009; p. 325)

Sabe-se que o ato de consentir em uma intervenção médica é um “acto pessoalíssimo” e que tutela a integridade física e moral da pessoa e também de autodeterminação para os cuidados de saúde, consubstanciando a dignidade da pessoa humana; assim, a capacidade para consentir é a “proteção da pessoa humana contra intervenções médicas heteronomamente determinadas e em violação do princípio da autonomia.” (PEREIRA; 2006; p. 202)

Sobre tal ideia há que se considerar o consentimento esclarecido do paciente para legitimar e limitar a intervenção médica, sendo certo que “o *quid* está no seu objeto atinente à disposição de bens jurídicos da personalidade por concernirem à vida e à saúde, afetando a integridade física e a autodeterminação pessoal e, em regra, não atingindo a esfera jurídica de terceiros.” (MARTINS-COSTA; 2009; p. 325)

Discorre Andre Gonçalo Dias Pereira (2006; p. 208) que a implementação dogmática do conceito de capacidade para consentir, justifica-se na medida em que se consiga identificar seu conteúdo próprio, de modo que se verifique a autonomia diante da capacidade negocial. O consentimento para intervenções médico-cirúrgicas afeta

bens jurídicos pessoalíssimos, como integridade física e a autodeterminação pessoal.

Partindo-se da noção de discernimento é que se constrói a ideia da capacidade para consentir, fruto de estruturação na doutrina estrangeira; assim, pela análise da concepção instrumental do doutrinador alemão Amelung, André Gonçalo Dias Pereira discorre sobre os quatro momentos que estruturam o conceito da capacidade para consentir; são eles: “a capacidade de decidir sobre valores, capacidade para compreender os factos, a capacidade para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida.” (PEREIRA; 2006; p. 210)

No primeiro momento, o da capacidade de decidir sobre valores, o declarante efetua uma análise de custo-benefício segundo seu próprio sistema de valores, sendo certo que uma decisão racional é aquela consubstanciada mediante a ponderação de custos e benefícios; sobre o segundo momento, o da capacidade para compreender fatos e processos causais, a pessoa, para consentir, além de tomar decisões sobre valores, deve ser esclarecida e compreender os fatos e ser capaz de fazer prognósticos, como prever os riscos de uma intervenção cirúrgica; no terceiro momento, o da capacidade para compreender as alternativas, a pessoa, além de decidir sobre valores e fatos, deve estar atenta às alternativas e fazer opções em relação às intervenções médico-cirúrgicas; no quarto momento, o da capacidade para se autodeterminar, ou seja, o sujeito deve ter capacidade de relacionar os valores e conhecimentos adquiridos; assim, “a capacidade para consentir exige uma capacidade *volitiva*, a capacidade de se

Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.9, n.3 jul/2019

autodeterminar com base na informação disponível.”. (PEREIRA; 2006; p. 209-213)

CONCLUSÃO

O presente trabalho examinou a capacidade para consentir no consentimento informado como resultado do desenvolvimento dos direitos da personalidade, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Na análise da tutela do ser humano nas situações jurídicas, a dignidade da pessoa humana apresenta papel de destaque, como eixo central e valor norteador de todo o comportamento, que, aliada ao destaque normativo constitucional, contribuiu para o desenvolvimento e expansão dos direitos de personalidade.

O direito civil sempre mostrou maior atenção às situações patrimoniais, todavia, diante do cenário apresentado, em que o destaque é a pessoa e não o patrimônio, as regras do ter não devem ser aplicadas às situações do ser.

A doutrina vem aprimorando estudos relacionados à Bioética e o direito médico, com o objetivo de assegurar maior atenção à pessoa; assim, o paciente deve ser informado sobre os detalhes e efeitos de um tratamento, decidir de forma consciente e apresentar capacidade para a tomada de decisão sobre o tratamento.

Sendo assim, no contexto de valorização da pessoa, destacamos a autonomia privada nas situações jurídicas existenciais, de maneira a promover o desenvolvimento da personalidade.

Por fim, com fundamento da dignidade da pessoa humana e autonomia privada nas situações existenciais, a doutrina desenvolveu a capacidade para consentir no consentimento informado, conceito que se refere ao desenvolvimento da personalidade e autodeterminação nos cuidados com a saúde.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 10ª ed. São Paulo. Saraiva Educação; 2018. Edição do Kindle.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos de personalidade e Bioética. IN: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (organizadores). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexdo bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Leticia responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. A capacidade para consentir; uma nova espécie de capacidade negocial. Letrado: Informativo Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, v. 96, set./out. 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a “superutilização” do princípio da dignidade da pessoa

humana e a “coisificação” do ser humano. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014.

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 da reforma de 1977: volume 2: a parte geral do código e a teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional – tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil – tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLELA João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3445>. Acesso em 02 dez. 2018.