



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**A NOMEAÇÃO DE UM PROCURADOR E OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Graziela Nasato

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Coorientadora: Mestre Patrícia Cardoso Dias

Número da candidata: 30003858

Julho de 2022

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus orientadores, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, pelas aulas instigantes e inspiradoras, e Professora Doutora Patrícia Cardoso Dias, carinhosamente, por todo o incentivo, atenção e o incansável auxílio na elaboração deste trabalho.

Ao meu Amor Jader, pela parceria desde o início deste projeto, pelo apoio e paciência ao longo dos anos de estudo.

Aos meus pais, pelo apoio e o amor que sempre me deram.

Aos servidores da biblioteca do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, ao colega Juvenildo dos Santos, cujo auxílio na busca de material facilitou as pesquisas para elaboração deste trabalho.

À Universidade Autónoma de Lisboa e ao Instituto Universitário do Rio de Janeiro, os quais proporcionaram a realização do tão sonhado curso de Mestrado.

Agradecida, por fim, pela calorosa acolhida em Lisboa, cidade que me encantou.

RESUMO

A presente pesquisa investiga a figura do procurador específico para cuidados de saúde e os direitos da personalidade, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, como forma de suprimento da capacidade diminuída no âmbito do direito civil brasileiro e português. São examinados os regimes da capacidade das pessoas naturais, averiguando-se a capacidade para consentir, notadamente dos menores de idade e dos adultos incapazes, além da capacidade de autodeterminação do indivíduo. Estabelecidas tais diretrizes, são apreciados os regimes de suprimento da capacidade diminuída previstos no direito civil português e brasileiro. Nesse âmbito, é analisado o instituto do consentimento informado em ambos os ordenamentos jurídicos, a perspectiva da ética médica e o tratamento jurídico conferido para as hipóteses de recusa de atos médicos. São investigados os direitos da personalidade, suas características e limites, além do seu reconhecimento no princípio da dignidade humana e este postulado como elemento de proteção ao corpo e à relevância da vontade. Na esteira do consentimento informado, examinam-se o consentimento presumido e a observância do melhor interesse do paciente. Por fim, é realizado um exame da procuração específica para cuidados de saúde em relação aos direitos da personalidade. Investiga-se o instituto da representação voluntária como forma de exteriorização da autonomia da vontade do paciente, para se concluir se há ou não transmissão indireta da titularidade dos direitos da personalidade do outorgante para o representante.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Consentimento Informado. Autodeterminação. Procuração para cuidados de saúde.

ABSTRACT

The present research investigates the power of attorney figure for health care and the personality rights, in the light of the human will principles of dignity and autonomy, as a way of supplementing the diminished capacity in the scope of Brazilian and Portuguese civil law. The civil capacity regimes are examined, verifying the capacity of minors and incapable adults to consent, further on the individual's capacity for self-determination. Between these guidelines, it is studied the regime of reduced capacity in the perspective of Portuguese and Brazilian civil law. In this context, the informed consent institute is analyzed in both legal systems, the medical ethics perspective and the legal treatment given to cases of medical acts refusal. Personality rights, their characteristics and limits are scrutinized, in addition to their recognition in the human dignity principle and this postulate as an element of the body protection and the will relevance. Under the informed consent line, it looks into the presumed consent and the patient's best interest. Finally, an examination of the power of attorney for health care in relation to personality rights. The institute of voluntary representation is investigated as a way of externalizing the autonomy of the patient's will, in order to conclude whether or not there is an indirect transmission of ownership of personality rights from the grantor to the representative.

Keywords: Personality Rights. Informed Consent. Self-determination. Power of Attorney.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	2
RESUMO.....	3
ABSTRACT.....	4
LISTA DE ABREVIATURAS.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I – DAS FORMAS DE SUPRIMENTO DA CAPACIDADE DIMINUÍDA.....	12
1. A CAPACIDADE DAS PESSOAS NATURAIS.....	12
1.1. Espécies de capacidade civil.....	15
1.1.1. Capacidade de direito ou de gozo.....	15
1.1.2. Capacidade de fato ou de exercício.....	18
1.2. A capacidade no regime jurídico do maior acompanhado.....	22
1.3. Capacidade para consentir.....	24
1.3.1. Consentimento dos menores.....	28
1.3.2. Consentimento dos adultos incapazes.....	31
1.3.3. Capacidade de autodeterminação.....	33
2. OS REGIMES DE SUPRIMENTO DA CAPACIDADE DIMINUÍDA PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL.....	36
2.1. Regime anterior da interdição e inabilitação em Portugal.....	36
2.2. Regime jurídico do maior acompanhado.....	38
2.3. A tutela e a curatela no direito brasileiro.....	44
2.3.1. Tutela.....	44
2.3.2. Curatela.....	48
2.4. O sistema de tomada de decisão apoiada.....	51
CAPÍTULO II – O CONSENTIMENTO INFORMADO E A RECUSA DE ATOS MÉDICOS NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	55
3. DOUTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	55
3.1. O consentimento informado no ordenamento jurídico português.....	59
3.2. O consentimento informado no direito brasileiro.....	66
3.3. Natureza jurídica do consentimento informado.....	73
3.4. A questão da ética médica.....	74
4. A RECUSA DE ATOS MÉDICOS.....	79
4.1. Bem jurídico tutelado.....	83
4.2. Autonomia prospectiva.....	85
CAPÍTULO III – DA REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA E O DIREITO DE PERSONALIDADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE.....	89
5. O DIREITO DA PERSONALIDADE.....	89
5.1. A personalidade humana enquanto bem juridicamente tutelável.....	92
5.1.1. No direito português.....	92
5.1.2. No direito brasileiro.....	95
5.2. Características e limites do direito geral da personalidade.....	98
5.2.1. Características.....	98

5.2.2. Limites	105
5.3. Reconhecimento no princípio da dignidade da pessoa humana	107
5.4. A dignidade humana como elemento de proteção ao corpo e à relevância da vontade.....	108
5.5. O consentimento presumido e o melhor interesse do paciente.....	111
6. A PROCURAÇÃO ESPECÍFICA PARA CUIDADOS DE SAÚDE EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	114
6.1. A representação voluntária como forma de exteriorização da autonomia da vontade	116
6.2. A procuração como mecanismo de suprimento da incapacidade	119
6.3. A proteção dos interesses do outorgante	122
6.4. Eventual transmissão indireta da titularidade do direito do <i>dominus</i>	124
CONCLUSÕES	127
REFERÊNCIAS.....	136
FONTES DOCUMENTAIS.....	136
FONTES PRIMÁRIAS.....	136
FONTES SECUNDÁRIAS.....	140

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.º – Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

CJF – Conselho da Justiça Federal

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

Nº. – Número

ONU – Organização das Nações Unidas

RENTEV – Registro Nacional do Testamento Vital

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça brasileiro

INTRODUÇÃO

A realização e a satisfação dos projetos de vida do indivíduo se concretizam no âmbito da liberdade de agir e da autodeterminação, na medida que a realização pessoal se dá com base em valores e visões individuais, as quais expressam noções diversas da personalidade humana. No âmbito jurídico, a autodeterminação do indivíduo legitima as suas decisões e expressões de vontade.

A capacidade é um dos requisitos exigidos para validade dos negócios jurídicos, daí a necessidade de suprimento nos casos de incapacidade ou de capacidade diminuída. A capacidade das pessoas naturais se divide em capacidade jurídica (capacidade de direito ou de gozo) e capacidade de agir (capacidade de fato ou exercício). A primeira se refere ao conceito geral de capacidade, que consiste na aptidão para as relações jurídicas; já a segunda se restringe às formas de exercício da primeira. Todas as pessoas possuem capacidade jurídica, mas nem todos os sujeitos possuem capacidade de agir. E, no caso de incapacidade para prática de atos da vida civil, há necessidade de suprimento. Para tanto, as legislações brasileira e portuguesa preveem formas de suprimento de incapacidade ou de capacidade diminuída. Em Portugal, tem-se o atual regime do maior acompanhado e no Brasil, a tutela, a curatela e a tomada de decisão apoiada.

A capacidade do indivíduo é exigida para a tomada de decisões em matéria de cuidados de saúde, inclusive para fins de consentimento informado na relação médico-paciente e, na hipótese de incapacidade ou capacidade diminuída, há necessidade de representação. Exige-se plena capacidade também para a outorga de procuração específica para cuidados de saúde. O dever de esclarecimento e a capacidade para consentir são requisitos do consentimento informado.

No âmbito jurídico português e brasileiro há amparo ao direito ao consentimento informado do paciente, sobre o seu diagnóstico e ao alcance e possíveis consequências da intervenção ou tratamento médico. Ainda que devidamente esclarecido, questiona-se a possibilidade de o paciente recusar tratamento ou intervenção que lhe for recomendado. Para tanto, invoca-se direitos e garantias fundamentais assegurados nas Constituições, tais como, o direito à vida, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade e os direitos da personalidade.

Com base nesses direitos e princípios, pode o paciente recusar algum tratamento de saúde ou procedimento médico que, para si, seja considerado inaceitável, ainda que recomendado pelos profissionais da medicina. Essa capacidade de autodeterminação é exercida, via de regra,

de forma personalíssima, pois se refere à íntima esfera dos direitos da personalidade. Todavia, quando o doente não estiver em condições de plena capacidade para expressar a sua vontade de forma livre, consciente e autônoma, como se deve proceder? Daí, uma série de interrogações podem surgir. Como estão sendo tratados os regimes de suprimento da capacidade diminuída e da incapacidade no âmbito do direito civil brasileiro e português? Quais as características e requisitos do consentimento informado? Quais as peculiaridades do consentimento informado diante da recusa de tratamentos médicos? Como se dá o dever de observância da ética médica nessas situações? Admite-se a representação voluntária no âmbito dos direitos da personalidade e em matéria de cuidados de saúde?

A atuação dos profissionais da medicina teve de acompanhar o desenvolvimento da sociedade, a fim de acolher as novas demandas e as mudanças culturais. Inicialmente, a medicina se conduzia pelas tradições e influências religiosas, a ética do médico se baseava na teoria das virtudes. Essa visão, contudo, restou superada com o passar dos tempos, surgindo os deveres e obrigações dos médicos.

A ética médica passou a ser influenciada pela teoria dos princípios, indicando-se quatro princípios morais básicos: a beneficência, a não maleficência, a justiça e a autonomia, a partir dos quais se especificam regras na apreciação dos casos concretos, respectivamente: confidencialidade, fidelidade, privacidade e veracidade¹. O princípio do segredo médico é um dos mais tradicionais princípios da ética médica e está previsto no Regulamento de Deontologia Médica português e no Código de Ética Médica brasileiro. Apesar das disposições que regem a ética médica e a ansia pelo prolongamento da vida desenvolvida com os avanços da medicina, os profissionais da saúde não podem se furtar do respeito ao direito de recusa de atos médicos por parte do doente.

O principal fundamento para a recusa de tratamento médico ou a sua interrupção é a autonomia do paciente e, para tanto, exige-se a observância ao consentimento informado e esclarecido. A escolha por parte do indivíduo tem ocupado espaço na área da saúde, inclusive sendo permitida a autonomia prospectiva. Tais circunstâncias reforçam a importância da nomeação de um procurador para cuidados de saúde, como forma de suprir a incapacidade. Daí a necessidade de um aprofundado estudo dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são essenciais à própria noção de personalidade, são inerentes à pessoa e incidem sobre bens fundamentais, tais quais, a vida, a honra, o nome. A personalidade jurídica é “uma construção do Direito, um instrumento técnico que este conforma

¹ NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – **Bioética Simples**. p. 109.

e utiliza, mas condicionado por limites que advêm, a um tempo, dos valores dominantes na ordem jurídica, da natureza das coisas e do próprio fim que o Direito prossegue”². A tutela geral da personalidade está prevista no art. 70.º do Código Civil Português e nos artigos 11.º e seguintes do diploma civil brasileiro.

Os direitos da personalidade geram uma obrigação universal, possuem efeitos *erga omnes*, de abstenção da prática de atos que desrespeitem bens jurídicos por si tutelados. Esses direitos são reconhecidos no princípio da dignidade da pessoa humana e, entre os direitos fundamentais, os direitos da personalidade são os que mais se aproximam à dignidade da pessoa humana. Essa, por sua vez, abrange a proteção dos direitos que pertencem à pessoa.

O regime jurídico do consentimento informado, em matéria de cuidados de saúde, deve ser analisado à luz da autodeterminação do paciente e requer o dever de informação e esclarecimento sobre detalhes da doença, do tratamento e procedimento indicados, ponderando os riscos e benefícios, além das alternativas. Nos termos da Convenção de Oviedo, as intervenções de saúde só podem ser realizadas após o consentimento livre e esclarecido da pessoa, a qual deve receber informações prévias e adequadas acerca da natureza e objetivo da prática médica e sobre as suas consequências e riscos.

Admite-se, ainda, o consentimento presumido, quando a urgência da situação e a impossibilidade de obter o consentimento do paciente, assim o requerer. Para tanto, deve ser levado em consideração o melhor interesse do paciente.

A representação voluntária é uma das formas de exteriorização da autonomia da vontade do indivíduo. Trata-se da escolha de um representante para que atue em nome do representado, quando este não puder expressar a sua vontade livre e consciente. O procurador para cuidados de saúde é um representante voluntário que atua e decide em nome do outorgante, preservando os interesses e a vontade desse último. A procuração específica para cuidados de saúde, inclusive, é uma forma de suprimento da incapacidade.

Diante de tais premissas, a princípio, não haveria objeção ou entrave jurídico na nomeação de um procurador específico para cuidados de saúde, tampouco na sua atuação em defesa dos interesses do representado, quando este não puder exprimir, por si, a sua vontade. Todavia, questiona-se a prática da nomeação de um procurador em matéria de cuidados de saúde, tendo em vista a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, os quais são inseparáveis da pessoa.

² FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 132.

Frente ao exposto, a dissertação elege como problema principal a investigação acerca da representação voluntária, quando utilizada no âmbito dos cuidados de saúde, se implicará na transmissão da titularidade dos direitos da personalidade do *dominus*. Examina a autodeterminação do indivíduo e a dignidade humana enquanto elemento de proteção ao corpo e à relevância da vontade, frente aos direitos da personalidade.

Enfrenta, como problemas secundários, como estão sendo tratados os regimes de suprimimento da capacidade diminuída no âmbito do direito civil brasileiro e português, além de examinar a capacidade das pessoas naturais e, ainda, no que consiste o consentimento informado e quais as suas características e peculiaridades diante da recusa de tratamentos médicos, considerando o dever de observância da ética médica e a autonomia prospectiva. Por fim, investiga se na outorga de uma procuração específica para cuidados de saúde há transmissão indireta da titularidade dos direitos da personalidade do *dominus* para a esfera do representante.

CAPÍTULO I – DAS FORMAS DE SUPRIMENTO DA CAPACIDADE DIMINUÍDA

1. A CAPACIDADE DAS PESSOAS NATURAIS

A ideia inicial de capacidade remete à habilidade física ou mental do indivíduo, a sua aptidão para realizar algo.

É prudente, antes de adentrar no estudo da capacidade das pessoas naturais – também nomeadas de pessoas físicas ou singulares, conhecer o conceito jurídico de pessoa. Ao apreciar a origem do termo, verifica-se daí o surgimento também da ideia de sujeito e de outros conceitos que não se referem, propriamente, ao autor dos atos, mas estão ligados intimamente à natureza do homem, que justifica o viver e o existir da criatura humana³. Destaca-se que o homem é sujeito de direitos e obrigações, mas não pode ser objeto de direitos.

As pessoas constituem o princípio e o fim do Direito, sem as pessoas não existiria o Direito, sendo que este existe pelas pessoas e para as pessoas. A pessoa humana, nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, constitui o fundamento ético-ontológico do Direito⁴.

A pessoa, em termos dogmáticos, é centro de imputação de normas jurídicas, podendo haver coincidência entre a pessoa para efeitos de direito e a pessoa enquanto indivíduo da espécie *homo sapiens* (sentido biológico). Esta última conduz ao surgimento de verdadeiros institutos, articulados a normas e princípios que permitem modelos de decisão típicos. E nesses institutos ligados à pessoa é que estão as situações jurídicas de personalidade⁵. “A situação jurídica é uma situação de pessoas: o direito soluciona sempre problemas ligados a *homines sapientes*”⁶. Em termos metodológicos, de acordo com António Menezes Cordeiro⁷, o desenvolvimento e a explanação do direito a partir de situações jurídicas objetivam evitar uma exposição baseada em normas e prevenir estudos baseados em casos concretos.

Na esfera do direito privado, a concepção de pessoa está relacionada com a condição de titularidade dos direitos e deveres, poderes e faculdades, reconhecida pelo sistema jurídico como sujeito. Pessoa é o ente – físico ou coletivo – que está sujeito a direitos e obrigações, portanto, é sujeito de direitos e personalidade⁸, esta última se refere à qualidade que faz com

³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson - **Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade**. Vol 1. p. 29-30.

⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**. p. 6.

⁵ CORDEIRO, António Menezes – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 309-311.

⁶ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil Português**. p. 303.

⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 304.

⁸ A expressão *personalidade*, aqui estudada, não se confunde com os *direitos da personalidade*, estes serão objeto do terceiro capítulo do presente estudo.

que alguém seja sujeito de direito e obrigações na ordem jurídica. A personalidade consiste no conjunto de direitos e deveres que faz com que alguém seja reconhecido como pessoa, precedendo à capacidade civil.

Na visão de Gustavo Tepedino⁹, a rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro confunde-se com a noção de capacidade jurídica, associando-se à qualidade para ser sujeito de direito, enquanto o segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção prioritária pelo ordenamento jurídico, relativa, portanto, às pessoas físicas/singulares.

Ser pessoa, no âmbito jurídico, “significa ter um atributo de que advém a possibilidade de a certa entidade imputarem situações jurídicas”¹⁰. Este atributo é a personalidade jurídica¹¹, que se define como a susceptibilidade de ser titular de direitos e de estar adstrito a vinculações.

A propósito, uma entidade que de modo algum possa se beneficiar de bens e se vincular a eles não pode ser personificada¹².

A personalidade jurídica só subsiste porque existe a personalidade humana, é essencial, na medida em que pressupõe a personalidade humana. A personalidade jurídica é a projeção do direito da personalidade humana, é indissolúvel desta, existindo tanto e quanto esta personalidade existir, além de ser ilimitada como a personalidade humana¹³.

A capacidade, por sua vez, é um dos atributos da personalidade, que permite à pessoa titularizar direitos e deveres na ordem civil. Vale dizer, somente há capacidade civil quando houver uma pessoa que lhe titulariza¹⁴.

Os sujeitos de direito são todos aqueles entes aptos a titularidade de direitos e obrigações, incluídas tanto as pessoas naturais (pessoas físicas ou singulares), quanto as pessoas jurídicas/coletivas. O conceito de sujeito de direito é mais amplo que o de pessoa, que fica abrangido por ele. O presente estudo, todavia, se limitará a análise da capacidade das pessoas naturais. Considera-se pessoas físicas/singulares todo o ser humano capaz de direitos e obrigações na esfera civil.

⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – **Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. p. 112.

¹⁰ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 131.

¹¹ O Código Civil (n.º 1 do art. 66.º) identifica a personalidade jurídica de forma sintética, como personalidade. De acordo com Luís A. Carvalho Fernandes, define-se a personalidade jurídica, numa fórmula mais sintética, porém, menos correta, como a susceptibilidade de ser titular de direitos e vinculações (deveres ou obrigações). Para o autor, a ideia de titularidade não se encaixa bem no conceito de vinculação. FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 131.

¹² MENDES, Castro, cit por FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 132.

¹³ CARVALHO, Orlando de – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 190-191.

¹⁴ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – **Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica**. p. 32-33.

A capacidade civil está vinculada à possibilidade de decidir, portanto, está intrinsecamente ligada ao discernimento, a possibilidade de entender e manifestar a vontade. A capacidade de compreensão ou o discernimento é uma das principais características, se não a principal, do ser humano. A capacidade civil, por sua vez, confere à pessoa a condição de sujeito de direitos e deveres.

A conceituação de capacidade e legitimidade¹⁵ (ou legitimação) não se confunde. A primeira consiste no modo de ser ou na qualidade do sujeito; enquanto a segunda pressupõe uma relação entre o sujeito e conteúdo do ato. Terá legitimidade o sujeito dotado de aptidão para celebrar determinado negócio jurídico. De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos¹⁶, “a capacidade é uma situação enquanto que a legitimidade é uma relação”. Na medida em que a capacidade decorre das qualidades naturais da pessoa, sendo pessoalíssima e intransmissível; a legitimação é específica, transmissível e está desvinculada da qualidade natural do agente.

A legitimação é a aptidão do sujeito para figurar como parte em determinadas relações jurídicas especificamente consideradas pelo legislador. A despeito da capacidade, é possível que, em decorrência da valoração dos direitos em jogo, falte ao sujeito legitimação para agir¹⁷.

Em regra, no plano negocial, possuem legitimidade os sujeitos cujos interesses estejam visados pelo negócio jurídico e, por outro lado, carecem de tal atributo aqueles sob os quais os efeitos do negócio jurídico não recaiam para si, mas vinculem outras pessoas, diversas dos intervenientes do negócio¹⁸. A legitimidade, nada mais é, que a aptidão concreta para realização de negócio jurídico decorrente de uma relação com outros sujeitos de direito.

O reconhecimento do direito à capacidade civil está previsto na Constituição da República Portuguesa (art. 26.º), como um direito de todos. No direito brasileiro, a previsão legal da capacidade está no art. 1.º do Código Civil. Em ambas as legislações, o estudo da capacidade civil se divide em capacidade de direito ou de gozo – capacidade jurídica – e capacidade de fato ou de exercício – capacidade de agir.

¹⁵ A *legitimidade* aqui referida é aquela relativa ao direito civil, consistente na capacidade para determinado ato ou negócio jurídico (nomeada por parcela da doutrina como *legitimação*), que não se confunde com a legitimidade do direito processual, consistente em uma das condições da ação.

¹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 87.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – **Personalidade e Capacidade na legalidade constitucional**. p. 296.

¹⁸ Há exceções à regra. Carlos Alberto da Mota Pinto faz a ressalva de que “Por vezes um indivíduo tem o poder de desencadear efeitos de direito numa esfera jurídica alheia (p. ex., representação legal ou voluntária, acção sobrogatória dos credores, poderes do cônjuge administrador). Outras vezes um indivíduo não pode celebrar livremente (carece de uma autorização) negócios que incidiriam sobre a sua esfera jurídica, inspirando-se esta restrição na tutela de um interesse alheio (p. ex.. ilegitimidades conjugais, ilegitimidade do insolvente, etc.)”. PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 260.

1.1. Espécies de capacidade civil

A doutrina, no campo do direito civil, elenca as seguintes espécies de capacidade civil: capacidade de direito ou de gozo (capacidade jurídica) e capacidade de fato ou de exercício (capacidade de agir).

A primeira a ser estudada está relacionada ao conceito geral de capacidade, que consiste na aptidão para as relações jurídicas; enquanto a segunda se restringe às formas de exercício da primeira.

Pode-se afirmar que todas as pessoas possuem capacidade de direito ou de gozo, mas nem todas possuem capacidade de fato ou exercício.

Estamos diante de duas perspectivas distintas: a capacidade para ser titular de direitos e obrigações e a capacidade para o exercício destes. Para a melhor compreensão da afirmativa, passamos a análise de cada uma das espécies de capacidade civil.

1.1.1. Capacidade de direito ou de gozo

A capacidade de direito ou de gozo se refere a titularidade de direitos pelo indivíduo e é inerente a todo o ente dotado de personalidade. Toda pessoa, ou ainda, todo sujeito de direitos, possui capacidade de gozo.

A personalidade, como visto, é uma mera qualidade atribuída a certas entidades, trata-se de um conceito qualitativo, que não admite graus, isto é, ou se tem a qualidade de pessoa jurídica ou não se tem. A capacidade jurídica, por outro lado, como a própria expressão já sugere, implica em uma ideia de medida, está envolvida uma noção quantitativa. Assim, tem-se a capacidade jurídica como “medida de direitos e vinculações de que uma pessoa é susceptível”¹⁹.

A capacidade de gozo de direitos também é tratada como sinônimo de capacidade jurídica. O art. 67.º do Código Civil português prevê que “As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica”²⁰. A capacidade jurídica, ao que dispõe o art. 69.º do referido diploma, é irrenunciável, no todo ou em parte.

Sujeitos de direito são os entes suscetíveis de serem titulares de direitos e obrigações, isto é, são as pessoas, singulares ou coletivas. A capacidade jurídica confere aptidão para ser titular,

¹⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 132-133.

²⁰ BASTOS, Jacinto Rodrigues – **Código Civil Português: anotado e actualizado.** p. 60.

com maior ou menor restrições, de relações jurídicas, razão pela qual pode se ter uma medida maior ou menor de capacidade, sendo sempre a pessoa o titular, seja qual for a medida da capacidade²¹.

A legislação brasileira prevê a capacidade de direito no art. 1.º do Código Civil, ao dispor que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O conceito de capacidade de direito, embora se aproxime, não se confunde com a ideia de personalidade²². Conforme já afirmado inicialmente, a capacidade de direito é um dos atributos, quiçá o principal atributo da personalidade, que permite à pessoa titularizar direitos e deveres na ordem civil. Tanto é verdade que privar um indivíduo da sua capacidade de direito significa frustrá-lo de sua personalidade, reduzindo-o a coisa, isto é, haveria alteração na sua posição jurídica, passando de sujeito da relação jurídica para simples objeto sobre o qual recaem os efeitos dessa relação²³.

Pode existir personalidade – pois o ser humano é sujeito de direito, porque é pessoa – sem capacidade, por exemplo, como é o caso do nascituro²⁴, que ainda não tem capacidade e como as pessoas falecidas, que já a perderam. Na concepção clássica tradicional acerca da matéria, a personalidade tem como fundamento a própria existência humana, isto é, a pessoa é construção jurídica e, portanto, só haverá pessoa quando o Estado prever essa condição. Para essa corrente, o nascituro não é pessoa, razão pela qual não tem personalidade²⁵.

O Código Civil brasileiro exige o nascimento com vida como requisitos para a aquisição da personalidade e a titularidade própria de direitos, ainda que o nascituro esteja protegido pelo ordenamento jurídico²⁶. O nascituro não é pessoa, pois ainda não é dotado de personalidade civil, mas é sujeito de direitos, na medida em que o art. 2.º do Código Civil brasileiro prevê que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos²⁷, por outro lado, o nascituro é “um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana” e, como pessoa humana

²¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 193-194.

²² Uma parcela significativa da doutrina identifica as noções de personalidade e capacidade como sinônimos. Vide: OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 62.

²³ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – *Op. Cit.* p. 33.

²⁴ O nascituro aqui referido é no sentido próprio – *stricto sensu*, isto é, os entes ainda não nascidos, mas já concebidos. O nascituro não se confunde com o concepturo, que é aquele ainda não concebido.

²⁵ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – **Manual de direito civil: volume único**. p. 132.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – **Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. p. 119.

²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.* p. 70.

viva, o nascituro é pessoa jurídica. Não se pode, portanto, deixar de reconhecer ao nascituro “a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a personalidade jurídica”.

O Código Civil português assegura direitos aos nascituros, tais quais a faculdade de fazer doações (art. 952.º), a capacidade sucessória (art. 2033.º, n.º 1), o direito à representação legal pelos pais (art. 1878.º) e à administração da herança (art. 2240.º, n.º 2).

Esses direitos patrimoniais do nascituro levam frequentemente à conclusão de que, para tais fins, os nascituros já são pessoas jurídicas e que a personalidade jurídica começa antes mesmo do nascimento. Seria o caso de uma personalidade jurídica ficta, provisória ou resolúvel, dada a necessidade de nascimento com vida. A fim de superar essa ideia de personalidade, tem-se a premissa de que a personalidade jurídica só se adquire do nascimento, mas havendo doações ou devoluções sucessórias, a personalidade cobre de forma retroativa tais direitos, retroagindo até o momento da doação ou da morte. De acordo com Orlando de Carvalho²⁸, o problema da condição jurídica do nascituro deve ser visto numa perspectiva mais ampla do que as supracitadas, ponderando que os direitos dos nascituros não se reduzem a direitos patrimoniais. Para o autor, a personalidade humana não surge com o ato do nascimento em si, mas como um processo biológico, há uma formação progressiva da personalidade, que vai evoluindo na fase embrionária. A tutela jurídica do nascituro leva ao reconhecimento de direitos pessoais irreduzíveis à mera ideia de um patrimônio autônomo, mas considerando que a personalidade jurídica que advirá com o nascimento é à medida da respectiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade os direitos relativos à defesa do indivíduo na fase intrauterina. O que se aplica aos direitos pessoais e auxilia também a dar sentido aos direitos patrimoniais que lhe competem. “Nessa ordem de ideias, se a personalidade jurídica só surge com o nascimento, deve considerar-se como integrando toda a tutela do indivíduo a partir do momento da concepção”²⁹.

O art. 66.º do Código Civil português prevê a aquisição da personalidade “no momento do nascimento completo e com vida” e que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

Na esteira de Pedro Pais de Vasconcelos³⁰, a redação do referido dispositivo legal não é feliz, devendo ser entendido como referido à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica. O autor, revendo seu posicionamento anterior acerca da matéria, considera inegável a personalidade do nascituro desde a sua concepção, pois com o nascimento,

²⁸ CARVALHO, Orlando de – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 196-197.

²⁹ *Idem* – *Op. Cit.* p. 197.

³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 71-77.

o recém-nascido que já tinha vida humana e personalidade jurídica, sai do ventre da mãe e passa a integrar a sociedade.

Por outro lado, de acordo com Luís Carvalho Fernandes³¹, o nascituro não é dotado de personalidade jurídica. Isso porque, ao reconhecer-lhe personalidade, esta seria plena e não parcial, uma vez que estão em causa uma pura qualidade jurídica, não admitindo graus ou limitações. A limitação só se admite no plano da capacidade de gozo, onde se possibilita a distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais.

A capacidade de direito ou de gozo do nascituro pode ser limitada ou condicional³². Limitada pela natureza das coisas, uma vez que se limita aos direitos de personalidade e àqueles que a lei lhe atribui, os já mencionados, direito de adquirir por herança e por doação. A capacidade genérica de direito ou gozo só se adquire com o nascimento completo com vida, a teor do art. 66.º do Código Civil. A capacidade jurídica do nascituro, portanto, é condicionada ao nascimento. Essa condição não é suspensiva, pois desde a concepção o nascituro é titular de direitos, como o direito à vida, à identidade pessoal e genética, à integridade física. Tem, sobretudo, o direito a nascer. O nascimento com vida do nascituro elastece a sua capacidade jurídica, porém a capacidade de exercício ainda é inoperante enquanto perdurar a menoridade.

A personalidade é inerente à pessoa humana, é a sua base de sustentação e de apoio para os direitos e deveres dela decorrentes. A capacidade jurídica decorre da personalidade, é sua qualidade. A personalidade, na perspectiva civil-constitucional, se relaciona com a titularidade e o exercício de questões existenciais do ser humano³³. A capacidade de direito ou de gozo é estática, individual, irrenunciável e irreduzível, da qual ninguém pode ser totalmente privado.

Tem capacidade jurídica, portanto, qualquer pessoa desde o início da sua existência, sem distinção.

1.1.2. Capacidade de fato ou de exercício

A capacidade de fato ou de exercício, também chamada de capacidade de agir, consiste no exercício livre e pessoal de direitos e no cumprimento de obrigações, sem o intermédio ou consentimento de terceiros, vale dizer, é a faculdade de exercer por si os direitos, sem necessidade de assistente ou representante. Embora toda a pessoa humana tenha capacidade de direito ou de gozo, nem toda ela possui necessariamente a capacidade de exercício.

³¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 205.

³² VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.* p. 78.

³³ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – *Op. Cit.* p. 118.

A possibilidade de a pessoa agir pessoal e diretamente, de atuar no mundo jurídico, está relacionada ao exercício de direitos, consiste, portanto, na sua capacidade de agir.

A capacidade de exercício de direitos está prevista nos artigos 130.º e 133.º do Código Civil português, que tratam dos efeitos da maioridade e da emancipação, e no artigo 5.º, *caput* e parágrafo único, da legislação civil brasileira.

A expressão utilizada pelo legislador – capacidade de exercício – sugere tratar apenas ao exercício de direitos, aparentemente deixando de lado o cumprimento de obrigações e a aquisição de direitos. Ao tratar do tema, Carlos Alberto da Mota Pinto³⁴ afirma ser mais adequada a expressão capacidade de agir, como o fazem os juristas alemães. Para o autor, tal capacidade é a idoneidade do sujeito para atuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações.

A capacidade de direito ou de gozo é pressuposto para a capacidade de fato ou de exercício. Enquanto a primeira não pode ser recusada, pois é inerente à personalidade, a capacidade de fato ou de exercício pode sofrer limitações, uma vez que retrata a forma de atuação na esfera civil. O incapaz, por exemplo, tem capacidade jurídica, mas não tem capacidade de exercício dos direitos.

Como fundamentos da capacidade de fato estão o discernimento e a possibilidade de manifestação da vontade, exigindo-se para o poder decisório da pessoa, suas habilidades individuais para manifestação de vontade livre e consciente, de forma autônoma.

A autonomia da vontade tem relação direta com a capacidade de fato, visto que esta última é o instrumento legal para aferir a independência do indivíduo e sanar eventuais limitações daqueles que não tem condições de manifestar a vontade de forma plena. “A autonomia da vontade, por meio da capacidade de fato, impõe parâmetros e regras para restringir e ajudar na formação da vontade livre e consciente daqueles que não conseguem fazê-la de forma qualificada”³⁵.

O discernimento é um dos fatores para a formação da decisão humana e tem especial relevância no exercício da capacidade, pois direciona a vontade de forma livre e consciente. O discernimento, nada mais é, do que a qualidade de compreensão das situações aliada ao poder de avaliação, de raciocínio, razoabilidade e sensatez no processo de escolha. Apenas aquelas pessoas que possuem discernimento são capazes de prever as consequências de suas escolhas, sendo responsáveis pelos seus atos. E em razão desses atributos é que se confere a essas pessoas a capacidade de exercício dos direitos pessoalmente.

³⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 195.

³⁵ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – *Op. Cit.* p. 49.

Embora fundamentada no discernimento e na manifestação da vontade, a legislação civil não estabelece requisitos para a aquisição da capacidade de fato, tampouco elenca as pessoas que a possuem. A técnica empregada é a enumeração das incapacidades, ou seja, lista as causas que privam as pessoas da capacidade de fato. O regime das incapacidades, em regra, suprime do sujeito o direito ao livre consentimento, na medida em que o condiciona à assistência ou à representação para a prática de atos da vida civil³⁶.

No regime jurídico do maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, todavia, a prática de atos pessoais, como o consentimento, não é suprimida caso a incapacidade específica admita a prática de atos pessoais. No referido regime, a ideia é que o acompanhado mantenha a sua capacidade de fato ou exercício e, apenas em determinadas situações, o regime do acompanhamento poderá ensejar na limitação – mas não na exclusão – da capacidade de exercício do indivíduo³⁷.

Divide-se o regime das incapacidades, no direito brasileiro, em três situações: a capacidade plena, a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa. A verificação da capacidade para a prática de atos jurídicos se dá de acordo com o grau de discernimento e a possibilidade de manifestação de vontade de cada indivíduo.

Possui capacidade plena a pessoa maior de idade capaz de realizar todos os atos da vida civil por si, essa é a regra geral no direito civil. Adquire-se a capacidade plena de exercício com dezoito anos de idade. Há uma presunção, que admite prova em contrário, de que a pessoa maior de dezoito anos possui plena capacidade de exercício. A emancipação confere a capacidade plena ao sujeito antes mesmo de atingir a maioridade³⁸.

As incapacidades, como formas de restrição da capacidade, são exceções, cujo intuito é protetivo, para evitar abusos contra os sujeitos que não tem condições suficientes para agir sozinho diante das relações jurídicas. Assim, se a lei não estabelecer a situação de incapacidade, vale a regra geral da capacidade de exercício do sujeito.

A incapacidade absoluta ocorre quando o indivíduo está totalmente proibido do exercício de direito, sendo-lhe vedado praticar atos jurídicos ou participar de negócios jurídicos. As pessoas menores de dezesseis anos, nos termos do art. 3.º do Código Civil brasileiro, são absolutamente incapazes. Estes precisam de um representante legal para a prática dos atos da vida civil.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. [et. al.] – **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. p. 38.

³⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?** p. 247.

³⁸ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 64.

A incapacidade relativa, por sua vez, consiste na capacidade incompleta do sujeito para a prática de determinados atos, ou seja, há um comprometimento menor da capacidade de discernimento da pessoa em relação às situações de incapacidade absoluta. Está consubstanciada no art. 4.º do Código Civil brasileiro e abrange os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico³⁹; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos⁴⁰. O relativamente incapaz é aquele que possui, para alguns atos, plena capacidade para sua prática e é considerado vulnerável para a prática de outros. A assistência é a forma de supressão da incapacidade relativa, que se dá por meio de auxílio, isto é, há atuação conjunta entre o incapaz e o assistente.

No direito brasileiro, a teoria das incapacidades sofreu importantes alterações com o advento da Lei n.º 13.146, de julho de 2015, que estabelece o Estatuto da Pessoa com Deficiência, destinado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. O art. 6.º da referida norma dispõe expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Desta forma, a pessoa portadora de deficiência mental ou intelectual passou a ser considerada plenamente capaz pela legislação civil brasileira⁴¹.

O reconhecimento da capacidade de exercício se dá, em regra, quando os indivíduos atingem a maioridade. É o que preveem os artigos 5.º, *caput*, do Código Civil Brasileiro e 130.º do diploma português. Ambas as legislações também preveem a capacidade de exercício de direitos aos menores emancipados.

Todavia, não apenas os menores de idade são incapazes para o exercício de direitos, há outras incapacidades de exercício consagradas na lei, como é o caso dos interditos (art. 7.º do CC português e art. 1.767.º do CC brasileiro). Ainda, há outros casos de capacidade diminuída que serão abordados mais adiante.

³⁹ Os ébrios habituais (alcoólatras) e viciados em tóxicos (toxicômanos) são aquelas pessoas que consomem de forma habitual e descontrolada substâncias que causam dependência, incluindo drogas legais e ilegais. Para caracterizar a situação de incapacidade, o vício deve comprometer de modo contínuo a capacidade de condução da própria vida do indivíduo.

⁴⁰ Pródigos são os sujeitos incapazes de gerir os seus bens, pois dilapidam o seu patrimônio, colocando em risco a sua situação financeira e de sua família. Estes devem ser assistidos somente nas relações que envolvam interesse patrimonial.

⁴¹ A inovação trazida pelo art. 6.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência sofreu críticas severas por significativa parcela da doutrina civilista, consignando que a referida previsão legislativa pode implicar em desproteção à pessoa. “Com efeito, a deficiência intelectual pode se manifestar em diferentes intensidades, podendo comprometer de modo tão severo o discernimento da pessoa que algum regime protetivo será necessário. A possibilidade de instituição de curatela da pessoa com deficiência, prevista no art. 84.º, § 1º, do Estatuto, não parece suficiente para oferecer uma proteção satisfatória, pois não afeta a validade dos atos praticados anteriormente ao decreto da curatela”. SCHREIBER, Anderson. [et. al.] – **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. p. 40.

A titularidade da capacidade de direito não fica prejudicada pela ausência de capacidade de exercício. Os interditos e os inabilitados, por exemplo, não deixam de ser titulares dos seus direitos, obrigações e situações jurídicas, apesar de não poderem exercer pessoal e livremente seus direitos. Aquele que estiver privado da capacidade de exercício, sem discernimento ou poder de livre manifestação de vontade, seja por menoridade ou qualquer deficiência que diminua ou afaste a sua capacidade, não perde a titularidade dos direitos e obrigações, apenas sofrerá restrições quanto ao exercício de forma pessoal⁴².

A pessoa dotada de capacidade de exercício atua pessoalmente, vale dizer, não precisa ser substituída na prática de atos na sua esfera jurídica, por um representante legal e atua também de forma autônoma, isto é, não carece de consentimento anterior ou posterior ao ato, de qualquer outra pessoa. Na falta de aptidão para atuar pessoal e autonomamente, surge a incapacidade de exercício de direitos, a qual pode ser suprida pela representação legal ou pela assistência, como visto⁴³.

A capacidade de agir está diretamente ligada à possibilidade de o sujeito ter discernimento para manifestar sua vontade na prática dos atos da vida civil, vale dizer, ter aptidão para exercer pessoalmente os direitos e as obrigações que lhe são conferidos pela capacidade de direito ou de gozo.

1.2. A capacidade no regime jurídico do maior acompanhado

Ao tratar das capacidades, vimos que a capacidade de direito ou de gozo se refere a titularidade de direitos, é inerente a todo o ente dotado de personalidade, portanto todo sujeito de direitos possui capacidade de gozo ou de direito. Em decorrência capacidade de direito, as pessoas passam a ser dotadas de capacidade de fato ou de exercício, porém esta última só se adquire com a maioridade. Todavia, em determinadas situações, ainda que maior de idade, o legislador constatou a necessidade de proteção do indivíduo, casos em que retirou ou reduziu a capacidade de exercício do sujeito. Para tais hipóteses, o legislador de 1966, com fundamento nas incapacidades, previa os regimes da interdição e inabilitação.

Aos cinquenta anos do Código Civil de 1966, já se reconhecia a necessidade de modificação dos regimes das incapacidades, que permaneciam com soluções temporalmente defasadas das noções da técnica, estreitando ao sujeito incapaz a sua autonomia e dignidade.

⁴² VASCONCELOS, Pedro Pais – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 87.

⁴³ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 195.

Os regimes da interdição e inabilitação não permitiam a recuperação do incapaz e destinavam, basicamente, a responder questões de cunho patrimonial⁴⁴.

A partir dos avanços da ciência e da técnica, dada a necessidade de atualização da norma vigente, passou-se ao processo de adaptação do ordenamento jurídico português, desenvolvendo-se soluções dispostas a aderir a doutrina da alternativa menos restritiva e promover, assim, a dignidade e a autonomia da pessoa com capacidade diminuída⁴⁵.

Em decorrência da evolução social, da consciência da gravidade que os regimes da interdição e inabilitação comportam para o incapaz e a influência de institutos jurídicos internacionais, passou-se a questionar os regimes previstos no Código Civil e, após processo reflexivo, culminou na aprovação do regime do maior acompanhado (Lei n.º 49/2018) e a consequente revogação dos anteriores regimes da interdição e inabilitação⁴⁶.

Deixou-se de tratar das incapacidades fora do âmbito da menoridade. Há proteção da pessoa do acompanhado e o respeito à capacidade de fato que ainda possui, em maior ou menor extensão.

O regime do acompanhamento pode redundar na limitação, mas não na exclusão, da capacidade de fato ou exercício do indivíduo. Na esteira de Mafalda Miranda Barbosa⁴⁷, fala-se em limitação, porque, ao contrário do que ocorria ao nível da interdição, a representação aqui pode não ser determinada em termos genéricos, bem como ainda que assim seja, continua o acompanhado livre para celebração de negócios da vida civil e ter capacidade de exercício no tocante a direitos pessoais. Dá-se lugar à exclusão da capacidade de fato ou exercício apenas em hipóteses excepcionais e ainda assim determinada pela necessidade comunicada pelo caso concreto. É o que se extrai do art. 147.º, n.º 1, do Código Civil português, que prevê a possibilidade de decisão judicial ou disposição legal determinar a exclusão da capacidade para a prática de negócios da vida corrente ou para o exercício de direitos pessoais. Para além desses negócios, o acompanhado mantém, em regra, a capacidade para o exercício de direitos pessoais, tais como, o direito de casar ou de constituir união, de procriar, de perfiar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar (147.º, n.º 2, CC). Esses direitos pessoais, referidos pela legislação, são meramente exemplificativos, na medida em que todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais.

⁴⁴ RIBEIRO, Lucas Nóbrega – **O maior acompanhado e as directivas antecipadas de vontade**. p. 61.

⁴⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p. 62.

⁴⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Dificuldades Resultantes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto**. p. 1451.

⁴⁷ *Idem* – *Op. Cit.* p. 1467-1468.

O legislador português, então, aprovou o regime do maior acompanhado, estabelecido pela Lei n.º 49/2018, que ultrapassou o modelo dualista para um monista, mais amplo e flexível, com o escopo de salvaguardar a dignidade do maior acompanhado.

1.3. Capacidade para consentir

O poder de decisão do ser humano é um ato complexo, formado por inúmeros fatores, tais quais, as emoções, o instinto, a vontade e o discernimento. Como vimos, o discernimento é elemento fundamental para o exercício da capacidade.

O estudo da capacidade civil é voltado, em sua essência, às questões patrimoniais e negociais, como se percebe do abordado até então, tendo em vista que a análise da capacidade de fato ou de exercício se relaciona primordialmente com as relações e negócios jurídicos. Todavia, o presente estudo pretende ir além, com a abordagem específica da capacidade para situações jurídicas que envolvam cuidados com a saúde.

A saúde, assim como a vida e a honra, possui qualidade visivelmente diferente do direito patrimonial, são bens jurídicos que se diferenciam dada a sua elevada natureza pessoal em relação aos bens puramente patrimoniais, visto que dizem respeito à pessoa na sua individualidade⁴⁸.

A lei, no que se refere a capacidade, está direcionada mais a proteção da propriedade do que a pessoa, e por isso, a sua aplicação não serve para a capacidade de consentir em matéria de cuidados da saúde.

O estudo da capacidade para consentir, quando analisada sob o aspecto da relação médico-paciente, é mais complexo do que a capacidade genérica para realização de negócios jurídicos. Isso porque, além do discernimento e da capacidade para manifestação da vontade, outros fatores, como a situação de saúde do sujeito – tanto física, quanto psicológica –, devem ser ponderados para aferir a sua capacidade de consentir, tendo em vista os bens jurídicos que são alcançados com as decisões tomadas em matéria de cuidados de saúde.

A capacidade para manifestar a vontade acerca de um tratamento médico é diferente daquela exigida para a compra e venda de um imóvel, por exemplo. As situações envolvendo cuidados da saúde do indivíduo requerem uma capacidade especial para consentir, exige-se a capacidade de compreensão das circunstâncias de ordem médica relativas ao ato, os seus efeitos

⁴⁸ PEREIRA, André Gonçalves Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 148.

e as consequências da patologia e do seu tratamento ou da não utilização deste, bem como dos riscos inerentes, a fim de que a decisão a ser tomada seja válida.

Embora não exista disposição expressa no direito civil, a capacidade para consentir deve ser autonomizada em relação à capacidade de exercício. Assim, o regime das declarações de vontade relativos a direitos patrimoniais não deve ser aplicado a bens jurídicos como a honra, a saúde ou a vida, porquanto estes são bens de carácter eminentemente pessoal. O consentimento para questões médicas, por sua vez, não pode se equiparar ao consentimento em questões de foro patrimonial, pois os bens jurídicos atingidos são nitidamente diversos⁴⁹.

Os movimentos favoráveis à autonomia da vontade do paciente para aceitar ou recusar um tratamento médico, com a ciência das circunstâncias supracitadas, deram ensejo ao termo “capacidade para consentir”, como forma de distinguir da capacidade genérica negocial. Consagrou-se, ainda, com amparo na doutrina americana, a locução “consentimento informado”, dada a necessidade de os profissionais da saúde informar e esclarecer o paciente das questões inerentes à técnica utilizada. Passou-se, então, a distinguir a capacidade civil em geral da capacidade para consentir, sendo que nesta última o interesse maior é do próprio indivíduo que está sujeito aos efeitos da intervenção e menor o interesse da sociedade em sua decisão⁵⁰.

A capacidade para consentir é um exemplo de como os institutos do direito civil – direcionados aos problemas de direito patrimonial – precisam ser adaptados ou mesmo superados, a fim de atender situações como a relação médico-paciente, inicialmente regulada apenas pela ética e pelas regras de boa prática médica⁵¹.

A consolidação dos direitos do paciente, sobretudo em termos de consentimento informado, teve ênfase com a aprovação da Convenção de Oviedo, visto que um dos seus princípios fundamentais é a proteção ao consentimento informado. De acordo com André Gonçalo Dias Pereira⁵², o consentimento foi fruto de uma caminhada gradual. Nos termos do referido documento (art. 5.º), qualquer intervenção na saúde do indivíduo somente pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Na esteira da Convenção de Oviedo, é assegurado a todo ser humano, de forma esclarecida, a possibilidade de consentir ou recusar, ou ainda, revogar um consentimento

⁴⁹ CRORIE, Benedita Mac – **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. p. 136.

⁵⁰ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – *Op. Cit.* p. 186-187.

⁵¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica**. p. 199.

⁵² PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. p. 136.

anterior, em relação a uma intervenção médica em si realizada, em obediência ao princípio da autonomia do paciente, que é reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana e, da mesma forma, um afastamento do paternalismo médico⁵³. Busca-se, com isso, que o paciente possa compreender a situação e tomar uma decisão ponderada a respeito da sua saúde.

O legislador já se preocupou com as situações de capacidade envolvendo problemas de caráter não patrimonial ou negocial, ao prever regras especiais para determinados casos. Na legislação civil portuguesa, André Gonçalo Dias Pereira⁵⁴ cita como exemplos: os impedimentos para o casamento (art. 1.601.º), a capacidade especial para perfiar (art. 1.850.º) e para testar (art. 2.189.º). O autor chama a atenção para o fato de que o Código Civil apresenta duas regras paralelas, uma para atos jurídicos patrimoniais e outra para atos pessoais. Na legislação brasileira, exemplifica-se também com os impedimentos para o casamento (art. 1.521.º), a exigência de capacidade para testar (art. 1.860.º) e para o exercício da tutela (art. 1.735.º).

Haverá capacidade para consentir, na visão de Wolfgang Frisch⁵⁵, quando a pessoa possui conhecimentos, os quadros de valores e os modelos de argumentação que podem ser reconhecidos como garantia de que tem capacidade para enquadrar o objeto de decisão de forma correta nos seus critérios de valor e, sob esse aspecto, tomar uma decisão correta.

Entre os elementos constitutivos da capacidade para consentir, acompanhando André Gonçalo Dias Pereira⁵⁶, com amparo na concepção de Amelung, estão: a capacidade de decidir sobre valores, a capacidade para compreender fatos e processos causais e para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar com base na informação. Faltando um desses elementos, a pessoa deve ser considerada incapaz para consentir. A capacidade de decidir sobre valores, nada mais é, do que a análise de custo-benefício da decisão a ser tomada, cuja falta de percepção pode se dar por problemas psíquicos que leva a distorção do sistema de valores da pessoa, bem assim pela falta de maturidade dos menores de idade que naturalmente tem o seu sistema de valores distorcido. A capacidade de compreender fatos e processos causais envolvidos em sua decisão pode faltar em casos de falta de inteligência, desencadeada por

⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. p. 148.

⁵⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica**. p. 202.

⁵⁵ FRISCH, Wolfgang – **Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas**. p. 92.

⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica**. p. 210-213.

debilidades decorrentes da idade da pessoa, por exemplo. A capacidade de autodeterminação com base nas informações consiste na aptidão de relacionar os valores com os conhecimentos.

Haverá capacidade para consentir, na concepção das entidades *British Medical Association e Law Society*, quando o paciente puder compreender, em termos amplos e linguagem simples, em que consiste o tratamento médico, os seus principais benefícios, riscos e alternativas, as consequências de não o realizar e possuir capacidade para tomar decisões livres de pressões, além de ter o tempo suficiente para tomar a decisão⁵⁷.

Na tentativa de estabelecer um conceito para a capacidade para consentir, a doutrina americana identificou, basicamente, as seguintes regras de orientação: a incapacidade jurídica para consentir está relacionada, mas não equivale, a estados de perturbação mental; a incapacidade se refere a défices funcionais, tais como para compreensão, apreciação e reflexão sobre a informação e expressão da escolha; a incapacidade jurídica depende das exigências funcionais e varia em função das consequências da escolha⁵⁸.

O paciente deve atuar de forma livre e autônoma em relação ao profissional médico, para poder determinar o conteúdo e a extensão dos efeitos que pretende que o negócio jurídico produza em relação ao tratamento, vale dizer, o paciente deve ter capacidade para consentir para decidir sobre as intervenções médicas.

A capacidade para consentir, em matéria de cuidados da saúde, deve ser estabelecida pelos profissionais da medicina, com amparo na ética médica, porém, está também sujeita a análise judicial, quando a situação assim exigir. Isso porque, a avaliação da capacidade para consentir – frisa-se: em matéria de cuidados da saúde – está diretamente ligada na relação médico-paciente. Assim, o médico deve avaliar as capacidades funcionais relacionadas com a capacidade de decisão e verificar eventual patologia psíquica, especificando as exigências que a situação coloca o paciente e considerar, sobretudo, as consequências da decisão do indivíduo. E essa avaliação da capacidade deve ser realizada de forma periódica, ante a possibilidade de evolução do quadro clínico, seja positiva ou negativamente. Há casos em que de forma inconsciente o médico acaba avaliando permanentemente a capacidade do paciente, enquanto em outras situações o profissional é alertado para realizar essa avaliação. Esse alerta ocorre, por exemplo, quando há mudanças repentinas no estado mental do sujeito, nos casos de recusa a tratamento médico e, também, nas situações de consentimento de tratamentos invasivos ou

⁵⁷ PEREIRA, André Gonçalves Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 162.

⁵⁸ *Idem* – *Op. Cit.* p. 160-161.

experimentais. Todas essas circunstâncias, dada as suas peculiaridades, exigem a sensibilidade do profissional para que avalie cautelosamente a capacidade do paciente⁵⁹.

O consentimento na área da saúde atua, em regra, como legitimador de uma intervenção ou a negativa desta. Em razão disso, surgem três possíveis cenários: o primeiro daquele que ainda não alcançou a idade mínima para a capacidade civil plena – os menores, o segundo de quem já atingiu a maioridade, mas possui uma condição permanente que dificulta ou impede o ato de decidir e o terceiro do maior de idade sem condições transitórias para consentir em razão de debilidade física ou psíquica.

1.3.1. Consentimento dos menores

No direito brasileiro, quanto ao critério idade, adquire-se a capacidade para a prática de todos os atos da vida civil aos dezoito anos completos, sendo considerados relativamente incapazes as pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito e absolutamente incapazes para os atos da vida civil os menores de dezesseis anos.

São considerados menores na legislação civil portuguesa aqueles que não tiverem completado dezoito anos e, salvo disposição em contrário, estes carecem de capacidade para o exercício de direitos. A idade referência para capacidade de consentir, no direito português, é de dezesseis anos, nos termos do art. 38.º, n.º 3, do Código Penal. Além da idade, a referida lei exige o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento quando o presta. Em complemento a referida regra, o art.º 1.878, n.º 2, do Código Civil prevê a autonomia progressiva dos menores, ao dispor que de acordo com a sua maturidade, devem os pais levar em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

A medida dos poderes dos menores e da intervenção dos pais reduz de forma progressiva até os dezoito anos de idade, com uma redução mais rápida na fase final da relação do poder parental, motivada pelo desenvolvimento mais ágil na fase da adolescência⁶⁰.

Na mesma linha, é o teor do Enunciado n.º 138 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual preceitua que a vontade dos absolutamente incapazes (menores de dezesseis anos) é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica**. p. 219.

⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 305.

Aqueles que não alcançaram a idade mínima para a capacidade civil, mas tem condições psicofísicas para decidir, portanto, devem ser ouvidos quando estiverem de ser submetidos a atendimento médico, devendo ser reconhecida a esse sujeito a capacidade de opinar. Neste caso, se as vontades do paciente forem harmônicas com a orientação do representante ou assistente, haverá condição favorável e atendimento aos propósitos legítimos do consentimento. Se, ao contrário, existir divergência, recomenda-se um procedimento especial de validação do consentimento⁶¹. Tal procedimento visa o suprimento da capacidade, seja confirmatório ou substitutivo, para viabilizar intervenções na esfera da saúde do indivíduo.

Para avaliar a capacidade de consentimento de um menor deve levar em conta se o juízo adiantado para a sua faixa etária amolda-se ao seu caso individual, em caso positivo, haverá capacidade. Caso contrário, se o estado de desenvolvimento do menor ficar aquém do esperado para o seu grupo etário, não será considerado capaz para assumir a decisão. A recíproca é verdadeira, se o indivíduo estiver à frente do esperado para a sua faixa de idade também será reconhecida a capacidade de consentimento. A idade do menor, portanto, é um fator relevante para a determinação da capacidade de consentimento no caso concreto, especialmente quando envolver casos de intervenção médica, cujo profissional deve indagar o menor e, se for o caso, complementar com a informação de seu representante legal acerca do grau de desenvolvimento do menor⁶².

O critério de idade do menor é importante, mas não o único a ser levado em consideração, devendo ser avaliado o interesse decorrente do ato praticado e seus reflexos na esfera do interesse do menor e de terceiros. A partir de tais critérios, a opinião do menor deve ser tomada com maior ou menor relevância em relação ao caso concreto, especialmente, quanto a sua maturidade e o grau de discernimento. A vontade do menor deve ser relevada, portanto, conforme o seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão⁶³.

Embora a legislação exija a necessidade de orientação de um representante para os menores de idade prestar consentimento de seus atos, a opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade. É o que determina, inclusive, o art. 6.º, n.º 2, da Convenção de Oviedo. Dispõe o documento, ainda, que qualquer intervenção sobre uma pessoa carecedora de capacidade para consentir somente poderá ser realizada em seu benefício.

⁶¹ SOARES, Flaviana Rampazzo – **Consentimento do paciente no direito médico: validade interpretação e responsabilidade**. p. 134.

⁶² FRISCH, Wolfgang – *Op. Cit.* p. 95.

⁶³ NEVARES, Ana Luiza; SCHREIBER, Anderson – **Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil**. p. 45.

De acordo com Paula Távora Vítor e Geraldo Rocha Ribeiro⁶⁴, ao tratar do referido dispositivo da Convenção de Oviedo, devem se distinguir duas situações: a da criança capaz para consentir e da criança com falta de capacidade para consentir. Para os autores, constatada a capacidade natural da criança para consentir, deve ser reconhecida a faculdade de recusa – dissentimento, desde que seja manifestada a vontade de decidir de forma autônoma e independente; enquanto na falta de capacidade, a autorização para intervenção depende da decisão dos responsáveis legais do menor, situação que não impede a participação da criança.

Seguindo a orientação da Convenção de Oviedo, a Lei n.º 12/2005, que prevê sobre a informação genética pessoal e informação de saúde, reforça o papel do menor quando o assunto é o consentimento em matéria de saúde. O art. 17.º, n.º 4, prevê que “Só podem ser pedidos testes genéticos a menores desde que sejam efectuados em seu benefício e nunca em seu prejuízo, com o consentimento informado dos seus pais ou tutores, mas procurando-se sempre o seu próprio consentimento”.

Em situações envolvendo a saúde do menor, não se pode perder de vista, também, os casos em que há recusa por parte dos pais ou representantes a tratamentos ou orientações médicas que colocam em risco a vida do menor. Embora se reconheça a necessidade de respeito pela autoridade parental, tanto no direito português quanto na legislação brasileira, prevalece o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança. Assim, no caso de recusa dos pais ou representantes legais para um tratamento médico indicado e indispensável para a preservação da vida do menor, poderá o médico fazê-lo⁶⁵ ou, caso haja tempo hábil, solicitar a chancela do Estado mediante pedido judicial. A prioridade e a proteção dos interesses da criança e do adolescente pela sociedade e pelo Estado está consolidada nos artigos 69.º e 227.º das Constituições portuguesa e brasileira, respectivamente.

Ainda, há situações de maioridades especiais, nas quais a lei confere poderes de decisão aos menores de dezoito anos, ainda que sem o consentimento ou interferência do seu representante. Em matéria de cuidados da saúde, cita-se como exemplo a mulher grávida que, nos termos da lei penal portuguesa (art. 142.º, n.º 5, do CP), com dezesseis anos tem poderes para decidir sobre a interrupção da gravidez.

⁶⁴ VÍTOR, Paula Távora; RIBEIRO, Geraldo Rocha – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. p. 158-160.

⁶⁵ A falta de autorização por parte dos pais para realizar determinado tratamento a um menor pode acarretar a responsabilidade civil do médico por desrespeito ao poder parental e a prática de intervenção arbitrária, com todas as suas consequências. Guilherme de Oliveira cit. por PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 330-331.

Deve-se considerar a faixa etária do menor para sopesar a conveniência da sua participação na tomada de decisão e, também, o nível de complexidade de raciocínio exigido em relação ao objeto da decisão, no intuito sempre de preservar os interesses do menor.

O critério da faixa etária para definição da capacidade para consentir tem pontos positivos e negativos. Embora seja um fator escolhido pela legislação como eficiente para a segurança das relações no direito e a prática de atos jurídicos em sentido amplo, deve se considerar que o direito contemporâneo tem que estar receptivo às possibilidades de suprimimento em hipóteses específicas de procedimento especial de validação⁶⁶.

1.3.2. Consentimento dos adultos incapazes

A capacidade de consentir dos adultos deve ser analisada sob duas perspectivas distintas, aqueles que possuem uma condição permanente que dificulta ou impede o ato de decidir e aqueles sem condições transitórias para consentir em razão de debilidade física ou psíquica.

Os adultos acometidos por uma condição permanente impeditiva da expressão de vontade ou que dificulte a prática de atos decisórios demandam, na primeira hipótese, da aplicação da curatela e, na segunda hipótese, da tomada de decisão apoiada – segundo as regras do direito brasileiro, ou ainda, no direito português, a aplicação do regime do maior acompanhado, institutos que serão analisados detalhadamente quando da abordagem dos regimes de suprimimento da capacidade diminuída.

Aqueles que possuem capacidade civil, mas estão temporariamente sem condições para consentir, por conta de debilidade física ou psíquica, demandam um procedimento especial de validação da vontade para que seja suprida a incapacidade.

A valoração da capacidade de consentimento dos adultos deve ser aferida pela ciência médica, a fim de atestar se a perturbação psíquica afeta precisamente a capacidade de avaliação da intervenção no caso concreto⁶⁷. Ainda quando haja limitação, deve-se valorar a complexidade da decisão a ser tomada para concluir se o indivíduo é capaz ou não de exprimir a sua vontade.

Quando se está diante da análise da capacidade para consentir, seja para afirmar ou negar um procedimento ou intervenção médica, a decisão sobre a capacidade de consentimento do indivíduo não deve ser tomada de forma generalizada para todas as intervenções possíveis, ao

⁶⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo – *Op. Cit.* p. 138.

⁶⁷ FRISCH, Wolfgang – *Op. Cit.* p. 94.

contrário, deve se utilizar o critério do paciente concreto. Na esteira de Wolfgang Frisch⁶⁸, concretamente: quem está em estado de profunda perturbação da consciência por conta da ingestão de álcool, drogas ou injeções, que alteram a consciência num estado de hipnotismo ou sonolência, já não estão em condições de decidir corretamente sobre a realização ou não de uma intervenção. Da mesma forma, os doentes mentais ou debilitados por outros estados psíquicos anormais, na medida em que, acarretem prejuízos ou perturbações da capacidade para estabelecer conexão entre os objetos da decisão a ser tomada e o seu sistema próprio de valores.

A capacidade deve ser analisada caso a caso, isto é, a mesma pessoa pode ter capacidade para decidir sobre medidas terapêuticas simples e não invasivas e, ao mesmo tempo, não ter capacidade para decisão sobre intervenções de alto risco. Tal situação, inclusive, não é imutável, podendo o paciente ter melhora no seu quadro clínico e restituir a capacidade⁶⁹.

O art. 6.º, n.º 3, da Convenção de Oviedo prevê que sempre que uma pessoa maior de idade careça de capacidade para consentir numa intervenção, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei, contudo, a pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

No tocante ao referido dispositivo da Convenção de Oviedo, Paula Távora Vítor e Geraldo Rocha Ribeiro chamam atenção para o fato de que a enumeração dos possíveis fundamentos para a falta de capacidade para consentir tem similitude com “aqueles que são considerados atualmente os fundamentos da medida de apoio do acompanhamento”⁷⁰ e que tendem a ser fundidos no amplo conceito de deficiência. Daí que a possibilidade de determinar âmbitos de incapacidade deve observar as aptidões naturais da pessoa e salvaguardar os seus próprios interesses, no contexto da sua situação de saúde.

A questão envolvendo os incapazes devido a senilidade causada pela idade avançada, grupo este em crescente aumento em razão do grande avanço na expectativa de vida, tem sido cada vez mais discutida em matéria de cuidados de saúde. Há consenso no sentido de que a mera sobrevivência, independente das condições de saúde e qualidade de vida, não é um

⁶⁸ *Idem – Op. Cit.* p. 93.

⁶⁹ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias - **Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: avaliação da capacidade de decisão.** p. 8.

⁷⁰ VÍTOR, Paula Távora; RIBEIRO, Geraldo Rocha – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal.** p. 165.

objetivo em si⁷¹. Ao contrário, tem se exigido a observância do princípio da autonomia que atenda cada um dos indivíduos e o caso concreto.

O limite de cada caso, isoladamente considerado, vem sendo debatido na área jurídica, sobretudo na perspectiva da ética médica. A autonomia prospectiva tem garantido espaço e ganhado força em matéria de cuidados de saúde, legitimando instrumentos que garantam a vontade externada pelo indivíduo antecipadamente, a exemplo da procuração específica para cuidados de saúde, instrumento a ser estudado no decorrer deste trabalho.

1.3.3. Capacidade de autodeterminação

A capacidade de autodeterminação do indivíduo está alicerçada nos princípios da autonomia da vontade e do livre desenvolvimento da personalidade. É a expressão mais pura da autonomia, conferindo ao indivíduo a possibilidade de estabelecer suas vontades e realizá-las de acordo com as suas próprias escolhas. A autodeterminação é um dos principais pilares dos direitos humanos e corresponde a autonomia e o livre arbítrio do ser humano.

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade está previsto no art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e consiste em um direito geral de liberdade⁷², conferindo uma limitação do Estado e da sociedade na esfera individual, concedendo espaço para que a pessoa possa dispor da própria saúde e do corpo⁷³, na esfera dos seus direitos individuais, compatibilizando com os direitos à vida e à integridade pessoal.

No desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo releva o poder de autodeterminação do seu titular. Isso significa a possibilidade de escolha de finalidades e objetivos, na absorção das informações e no empreendimento de ações, na abertura aos outros do seu ser pessoal, na promoção pessoal das suas atividades, na autoavaliação dos dados da informação e respectivos resultados da ação, na adesão de ideias, bem assim na possibilidade de se insurgir, contestar, romper laços e cessar suas próprias atividades, além de moldar o seu

⁷¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 227.

⁷² Partindo-se da concepção ampla da ideia constitucional de liberdade, segundo a qual o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade integra todas as formas de conduta humana, inclusive aquelas que se revestem de menor importância para a formação e expressão da personalidade. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – **O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”**: ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil. p. 79.

⁷³ CASTRO, Raquel Brízida – **Um contributo para o estudo da eutanásia no direito constitucional português**. p.64.

caráter e se adaptar à sociedade, numa dinâmica de autodesenvolvimento da personalidade individual⁷⁴.

O direito ao desenvolvimento da personalidade conhece também limites jurídicos, na medida em que o direito de cada indivíduo é limitado pelos direitos ao desenvolvimento da personalidade dos demais sujeitos da coletividade. Em caso de colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, os titulares devem ceder na medida do necessário para que todos os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade produzam seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes⁷⁵.

A autodeterminação é um conceito mais amplo do que autonomia⁷⁶, pois esta última, a rigor, abrange apenas o estabelecimento de regras para si próprio e não as decisões individuais, nas palavras de José Oliveira Ascensão⁷⁷. A autonomia privada, na visão de Paulo Lôbo⁷⁸, é espécie do gênero autodeterminação, que engloba relações existenciais e patrimoniais. A autodeterminação sobre a vida e o corpo, inclusive, revela-se o ponto mais intenso e extremo da liberdade existencial, nos limites estabelecidos pelo direito objetivo.

A possibilidade de escolha entre uma ou outra opção, por si só, não é suficiente para que haja autodeterminação do indivíduo, exige-se a possibilidade de exercício da capacidade civil do sujeito em controlar o ato e decidir de forma livre e prudente. A decisão do indivíduo deve estar isenta de arbitrariedade e ser racional, não podendo ensejar em ato prejudicial a si próprio ou a terceiros. Para Luiz Edson Fachin⁷⁹, o sujeito moderno é idealizado enquanto ser que se autodetermina, com poder de decisão livre sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da sua personalidade, uma vez que possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão.

A autonomia deve ter como equivalente a responsabilidade, sendo necessário que a pessoa apresente discernimento para tomar as decisões por si e tenha ciência das consequências dos seus atos⁸⁰. A liberdade de consciência da pessoa, na visão de Stefano Rodotà⁸¹, deve

⁷⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. p. 356-357.

⁷⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p. 357-358.

⁷⁶ A autodeterminação é criadora de regras, podendo corresponder a outras liberdades em campos específicos do direito, por isso defende que a autonomia decorre da autodeterminação, pois é espécie de liberdade inserida no amplo conceito de autodeterminação. Luís Renato Ferreira da Silva, cit. por ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira. [et. al.] – **Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos**. p. 251.

⁷⁷ ASCENSÃO, José Oliveira – **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos**. p. 290.

⁷⁸ LÔBO, Paulo – **Direito Civil: parte geral**. p. 79.

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson – **Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Personalidade no Código Civil Brasileiro**. p. 62.

⁸⁰ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves – **Autonomia e Solidariedade**. p. 107.

⁸¹ RODOTÀ, Stefano cit. por BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves – **Autonomia e Solidariedade**. p. 109.

sempre ser considerada em matérias que se referem a decisões individuais relativas a própria pessoa, principalmente em questões eticamente sensíveis.

Destacam-se dois aspectos relacionados à autodeterminação. O primeiro é que esta não pode ser compreendida em abstrato, mas na consciência das escolhas e nas suas consequências; enquanto o segundo aspecto é no sentido de que a autodeterminação é um pressuposto do desenvolvimento da personalidade e, em razão disso, para sua existência, depende da possibilidade de ação – de maneira desejável – dentro da ordem jurídica⁸².

Possui capacidade de autodeterminação o indivíduo que ostenta capacidade plena, isto é, a pessoa com o necessário discernimento para analisar e avaliar as consequências futuras do ato que está praticando e das suas decisões. A pessoa que carece de capacidade para consentir fica com a sua autodeterminação limitada.

Em matéria de cuidados de saúde e da disposição da integridade física, o exercício do direito à autodeterminação deve ser regido pelo princípio da autonomia. Se a pessoa tiver capacidade para consentir deverá decidir sobre os cuidados de saúde que deseja para si⁸³.

O princípio da autonomia pressupõe a necessidade de respeito a liberdade e autodeterminação do indivíduo, e em matéria de cuidados de saúde, é a fonte dos direitos do paciente e de sua proteção contra atos arbitrários dos profissionais da saúde e tratamento dos quais não consentiu.

No campo médico, a autodeterminação consagrou-se em um direito indeclinável do paciente, como forma de garantir efetivamente a dignidade da pessoa humana e integra os direitos da personalidade, para que o sujeito seja adequadamente informado por quem detenha domínio do conhecimento especializado, de modo a permitir a liberdade de escolha⁸⁴. Em matéria de saúde, não é suficiente o consentimento puro e simples, exige-se o consentimento informado, que será estudado mais adiante.

Há certa dificuldade, todavia, em aferir a vontade do paciente, especialmente naquelas situações de saúde fragilizada e sofrimento, sendo cabível, no caso, a avaliação médica. Daí a importância dos instrumentos de manifestação antecipada de vontade, como forma de efetivar a autonomia da vontade e a autodeterminação do sujeito.

⁸² ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira. [et. al.] – **Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos**. p. 250.

⁸³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 205.

⁸⁴ LÔBO, Paulo – *Op. Cit.* p. 80.

2. OS REGIMES DE SUPRIMENTO DA CAPACIDADE DIMINUÍDA PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL

2.1. Regime anterior da interdição e inabilitação em Portugal

O Código Civil português de 1966, na sua redação anterior, trabalhava com um modelo dualista de incapacitação de maiores, ao prever os regimes de interdição e inabilitação.

Os tradicionais regimes da interdição e inabilitação no direito português visavam a proteção e a supressão da capacidade diminuída daquelas pessoas que por alguma deficiência física ou psíquica estivessem impossibilitadas de praticar atos da vida civil de forma pessoal e autônoma.

Os regimes anteriores de interdição e inabilitação, chamados de regimes especiais de proteção por Pedro Pais de Vasconcelos⁸⁵, se aplicavam apenas a pessoas maiores de idade, embora pudessem ser requeridos e decretados durante o último ano da menoridade, com efeitos apenas após a data em que a maioridade fosse atingida. Eram distintas as consequências dos referidos regimes e ambos exigiam a decretação judicial.

Segundo a redação anterior do art. 139.º do Código Civil, “o interdito é equiparado ao menor, sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir o poder paternal”⁸⁶. O interdito, ao ser equiparado ao menor pela lei, sofria de uma incapacidade geral de exercício, a qual era suprida pelo tutor, que exercia a sua representação legal.

Estavam sujeitas a interdição as pessoas que por anomalia psíquica, surdez, mudez ou cegueira se mostrassem incapazes de reger a sua pessoa e seus bens. No caso de anomalia psíquica cuja gravidade não tornasse o sujeito inapto para a prática de todos os negócios ou quando os reflexos da surdez, mudez ou cegueira não excluíssem totalmente a aptidão da pessoa para gerir os seus interesses, o incapaz seria inabilitado. O regime da incapacidade por interdição era idêntico ao da incapacidade por menoridade, quer quanto ao valor dos atos praticados em contravenção da proibição em que ela se cifra, quer quanto aos meios de suprir a incapacidade⁸⁷.

Os inabilitados, por outro lado, eram “assistidos por um curador, a cuja autorização estão sujeitos os atos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em atenção às circunstâncias

⁸⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais – *Teoria Geral do Direito Civil*. p. 111.

⁸⁶ BASTOS, Jacinto Rodrigues – *Código Civil Português: anotado e actualizado*. p. 81.

⁸⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*. p. 235.

de cada caso, forem especificados na sentença”⁸⁸ (anterior redação do art. 153.º do CC) e a autorização do curador poderia, inclusive, ser judicialmente suprida. Poderiam estar sujeitos à inabilitação os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez, mudez ou cegueira – embora de caráter permanente – não fosse grave a justificar a interdição, bem como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrassem incapazes de reger o seu patrimônio.

Como se pode observar, eram dois os principais aspectos de distinção entre a interdição e a inabilitação: a forma de suprimento da incapacidade e o seu âmbito material.

Na inabilitação a incapacidade era suprida pela assistência de um curador cujas intervenções estavam restritas à autorização para a prática de atos jurídicos, isto é, os atos eram praticados pelo próprio incapaz com prévia autorização do seu curador. Na interdição, os atos eram praticados pelo tutor em representação legal do incapaz. Quanto ao âmbito material da incapacidade, a interdição acarretava a incapacidade geral do sujeito e a inabilitação a incapacidade para prática de todos os atos de disposição de bens entre vivos, não atingindo, em princípio, a capacidade para prática de atos de administração, salvos aqueles que estivessem especificados na sentença⁸⁹.

A incapacidade dos interditos e dos inabilitados não encerrava automaticamente com a cessação da incapacidade natural, fazia-se necessário o levantamento da interdição ou da inabilitação. No caso da interdição, poderia requerer o levantamento o próprio interdito ou qualquer das pessoas com legitimidade para requerer a interdição. Na inabilitação a lei exigia um regime particular para o seu levantamento, a depender da causa que a ensejou. Nos termos da redação anterior do art. 155.º do Código Civil, quando a inabilitação tiver por causa a prodigalidade ou o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, o seu levantamento exigia a prova de cessação daquelas causas de inabilitação e o decurso de um prazo de cinco anos sobre o trânsito em julgado da sentença da inabilitação ou da sentença que desatendeu um pedido anterior de levantamento. A respeito de tais exigências, Carlos Alberto da Mota Pinto⁹⁰ explica que a pretensão do legislador era sujeitar o inabilitado a um período de prova, para evitar o risco de dissimulação ou fingimento acerca da sua regeneração. Tal risco não existia, segundo o autor, dadas as causas respectivas, nas interdições e na inabilitação por anomalia psíquica.

⁸⁸ BASTOS, Jacinto Rodrigues – **Código Civil Português: anotado e actualizado**. p. 85.

⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 112.

⁹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 244.

As críticas da doutrina a esse sistema dualista vêm de longa data. As ações, consideradas burocráticas e processualmente morosas, eram pouco ágeis. André Gonçalo Dias Pereira⁹¹ defendia, já no ano de 2004, a criação de uma figura mais ágil em relação aos regimes da interdição e inabilitação, especialmente para a tutela de certas pessoas no domínio dos cuidados da saúde.

Os regimes da interdição e inabilitação no direito português estavam ultrapassados em relação a realidade dos dias atuais, em razão do aumento da expectativa de vida, das doenças crônicas e incapacitantes, das condições de envelhecimento e das mudanças nas estruturas das famílias, entre outros fatores. Os referidos regimes não atendiam ao princípio da autonomia da vontade, ao passo que não davam a importância a que faz *jus* a autonomia das pessoas com capacidade diminuída, tampouco a manifestação da vontade expressada pelo indivíduo antecipadamente pelos mecanismos legais existentes. Em razão disso, tais sistemas foram suprimidos da legislação portuguesa, cedendo espaço para o regime do maior acompanhado, introduzido pela Lei n.º 49/2018.

2.2. Regime jurídico do maior acompanhado

Como vimos, em regra, as pessoas maiores de dezoito anos possuem capacidade para exercer pessoal e livremente os atos da vida civil e cumprir com as suas obrigações, sem auxílio de quem quer que seja. Todavia, algumas pessoas, embora tenham atingido a maioridade civil, não conseguem expressar a sua vontade e exercer atos de forma livre e consciente. Com o objetivo de preservar a autonomia dessas pessoas que, por diferentes razões não são capazes de manifestar a sua vontade, foi inserido na legislação portuguesa o instituto do maior acompanhado.

A Lei n.º 49/2018 instituiu o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação anteriormente previstos no Código Civil, bem como promovendo alterações em diversos diplomas normativos, entre os quais os Códigos Civil e de Processo Civil português.

Introduziu-se a referida legislação para promover a adequação do regime jurídico às recentes concessões científicas e sociais sobre a deficiência e atender às exigências resultantes da adesão à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Compreende-se,

⁹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 215.

todavia, que o modelo de acompanhamento nem sempre será possível, especialmente em casos mais graves que a debilidade da pessoa não permita expressar uma vontade efetiva⁹².

Trata-se de um regime monista de incapacitação de maiores, que apresenta uma maior flexibilidade em relação ao anterior, possibilitando abranger múltiplas situações e dar uma resposta específica e individualizada à pessoa protegida tomando por base as especificidades de cada caso concreto.

Como refere Mafalda Miranda Barbosa⁹³, no regime do maior acompanhado, situações pontuais podem conduzir à exclusão da capacidade do sujeito, mas essa incapacitação será determinada pela real necessidade concreta do indivíduo, isto é, não será imposta de forma generalizante toda vez que se verifique um fundamento do acompanhamento.

Por outro lado, nas palavras de António Pinto Monteiro⁹⁴, “proteger sem incapacitar” constitui a palavra de ordem com os princípios perfilhados pela Convenção da ONU e em conformidade com a transição do modelo de substituição⁹⁵ para o modelo de acompanhamento⁹⁶ ou de apoio na tomada de decisão. Para o referido autor, houve uma mudança de paradigma, deixando a pessoa deficiente de ser vista como necessitada das medidas assistencialistas para reforçar sua condição de sujeito de direitos.

Este novo regime jurídico visa assegurar o bem-estar do maior, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença, nos termos do art. 140.º, n.º 1, do Código Civil. A fim de atender o referido intento, a legislação determina, inclusive, que o acompanhante mantenha contato permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, mensalmente ou em outra periodicidade que o tribunal considere adequada, a fim de atender a situação concreta de cada indivíduo. Deve-se levar em conta que “O acompanhamento é apresentado como um benefício e nunca como uma sujeição”⁹⁷.

A centralidade da figura do maior – beneficiário do regime – implica no respeito pelo exercício da sua autodeterminação e decorre do direito ao livre desenvolvimento da

⁹² COSTA, Mariana Fontes da – **O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência**. p. 111-112.

⁹³ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?** p. 257-258.

⁹⁴ MONTEIRO, António Pinto – **Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º 49/2018**. p. 31.

⁹⁵ No modelo de substituição, o maior incapaz é representado, a vontade que prevalece é a do representante, em regra o tutor.

⁹⁶ No modelo de acompanhamento, a pessoa incapaz é apenas apoiada, orientada, aconselhada. A sua vontade deve prevalecer e será manifestada com o apoio do acompanhante.

⁹⁷ CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e – **Análise crítica do futuro processo judicial para “Acompanhamento de Maior”**. p. 13.

personalidade. Prioriza-se a autonomia da pessoa, com respeito a sua vontade até o limite do possível⁹⁸.

O acompanhamento de maiores é regido pelos princípios da subsidiariedade e da necessidade. Busca-se a medida de acompanhamento somente quando as finalidades por ela perseguidas não estiverem garantidas pelos deveres gerais de cooperação e assistência, preservando a vontade do sujeito, daí a ideia de subsidiariedade. O princípio da necessidade está consagrado no art. 145.º, n.º 1, do Código Civil e se justifica na medida em que o acompanhamento cessa quando cessarem as causas que o justificaram, podendo inclusive ser modificado sempre que as causas que o fundam se modifiquem⁹⁹.

O referido artigo é o mais importante do regime, refletindo a mudança de paradigma e instituindo a regra da proporcionalidade, assentada no princípio da necessidade¹⁰⁰.

A legislação determina que o conteúdo do acompanhamento deve se limitar ao necessário, levando-se em consideração cada caso concreto. Independentemente do que tenha sido pedido, o tribunal pode aplicar alguns dos regimes elencados no art. 145.º, n.º 2, do Código Civil, quais sejam: o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias; a representação geral ou representação especial com indicação expressa das categorias de atos para que seja necessária; administração total ou parcial de bens; autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; ou ainda, outras intervenções, devidamente explicitadas. Inclusive, os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica.

O art. 147.º do Código Civil prevê que o exercício de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. O acompanhado pode, em regra, praticar livremente os atos pessoais, tais como, casar ou constituir união, procriar, perfilhar ou adotar, cuidar e educar os filhos, escolher a sua profissão, se deslocar no país ou no estrangeiro, fixar domicílio e residência, estabelecer relações com quem entender e testar. Deve-se atentar para o fato de que o internamento¹⁰¹ do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal e, em caso de urgência, o internamento pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz (art. 148.º, CC).

⁹⁸ VÍTOR, Paula Távora – **Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída**. p. 131.

⁹⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Dificuldades Resultantes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto**. p. 1455-1457.

¹⁰⁰ CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e – **Análise crítica do futuro processo judicial para “Acompanhamento de Maior”**. p. 16.

¹⁰¹ Embora a letra da lei não o diga, parece-nos que deve se entender que a norma abrange tanto o internamento por razões de saúde, num hospital ou clínica particular, como o internamento num lar. MONTEIRO, António Pinto – **Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º 49/2018**. p. 36.

A legislação prevê dois requisitos para a decretação do acompanhamento, um requisito subjetivo e outro objetivo. O requisito de ordem subjetiva se relaciona à possibilidade de autodeterminação do sujeito, no que se refere ao exercício dos direitos e cumprimento de deveres e a sua impossibilidade de exercê-los de forma pessoal e consciente. Enquanto o requisito de índole objetiva exige que essa impossibilidade de exercício de direitos e cumprimento de deveres se dê por razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário¹⁰².

A decretação de uma medida de acompanhamento, portanto, deve estar fundamentada nas razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do indivíduo. Na esteira de Elsa Vaz de Sequeira¹⁰³, estará em causa sempre uma das seguintes situações: um problema de saúde, tal qual uma anomalia psíquica, que comprometa a capacidade do maior de reger sua vida ou gerir seu patrimônio; uma deficiência – seja congênita ou adquirida após o nascimento – que impossibilite o exercício de direitos ou cumprimento de deveres de forma livre e autônoma, como nos casos de surdez, mudez ou cegueira particularmente graves; ou uma alteração do comportamento que incapacite o sujeito para os atos da vida civil, como é o caso dos pródigos ou alcoólatras.

De acordo com Mafalda Miranda Barbosa¹⁰⁴, trata-se da possibilidade de o indivíduo se autodeterminar, não está em causa apenas o exercício de direitos em sentido estrito, mas também a própria aquisição de direitos, da mesma forma que não deve estar em causa apenas o cumprimento de deveres (em sentido estrito), mas a própria assunção desses deveres.

O destinatário das medidas de acompanhamento é o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres. O próprio maior que se sentir nessas condições de debilidade poderá, por si próprio, requerer o acompanhante ou, ainda, poderá autorizar o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível a fazer o requerimento. Vislumbra-se, aqui, a prevalência da vontade do indivíduo, que pode requerer o acompanhamento ou autorizar outras pessoas a fazê-lo. Ademais, independentemente de autorização, o acompanhamento poderá ser solicitado pelo Ministério Público. O pedido pode ser requerido e instaurado até um ano antes de o indivíduo completar a maioridade, para que produza efeitos a partir desta data.

¹⁰² BARBOSA, Mafalda Miranda – **Fundamentos, conteúdo de consequências do acompanhamento de maiores**. p. 64-65.

¹⁰³ SEQUEIRA, Elsa Vaz de – **Teoria Geral do Direito Civil: princípios fundamentais e sujeitos**. p. 210.

¹⁰⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?** p. 239.

O art. 141.º, n.º 2 e 3, do Código Civil prevê, ainda, que o tribunal pode suprir a autorização do beneficiário quando, em face das circunstâncias, este não possa livre e conscientemente fazê-lo, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível. O pedido de suprimento da autorização do beneficiário, inclusive, pode ser cumulado com o pedido de acompanhamento.

O acompanhante deve ser pessoa maior de idade e no pleno exercício dos seus direitos e será escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, sendo designado judicialmente. Na falta de escolha, o acompanhamento será deferido à pessoa cuja designação melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário. O art. 143.º, n.º 2, elenca as seguintes pessoas a serem indicadas como acompanhante na falta de escolha: o cônjuge não separado judicialmente ou de fato; o unido de fato; qualquer dos pais; pessoa designada pelos pais ou pela pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou em documento autêntico ou autenticado; os filhos maiores; os avós; pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado; o mandatário a quem o acompanhado tenha conferido poderes de representação ou a outra pessoa idônea. A propósito, a lei faculta a designação de mais de um acompanhante, cada qual com diferentes funções, cujas atribuições de cada um devem ser especificadas.

O procedimento especial de acompanhamento de maiores está regulamentado nos artigos 891.º do Código de Processo Civil português e contempla duas fases principais: o requerimento inicial¹⁰⁵ e a resposta do citado, que deve ocorrer no prazo de dez dias.

Após a resposta, cabe ao juiz analisar os elementos expostos pelas partes, pronunciar-se sobre a prova por elas requerida e ordenar as diligências que considere convenientes, podendo, designadamente, nomear peritos. O juiz deve proceder, sempre, à audição pessoal e direta do beneficiário. Após a referida oitiva e ponderadas as provas, o acompanhamento é decidido pelo tribunal. Em qualquer fase do processo podem ser determinadas as medidas de acompanhamento provisórias e urgentes que se revelem necessárias e que a situação justificar.

O legislador enfatizou o carácter transitório e a natureza temporária das medidas de acompanhamento, ao dispor que cabe ao tribunal rever as medidas de acompanhamento em

¹⁰⁵ Art. 892.º, CPC – 1 - No requerimento inicial, deve o requerente, além do mais: a) Alegar os factos que fundamentam a sua legitimidade e que justificam a proteção do maior através de acompanhamento; b) Requerer a medida ou medidas de acompanhamento que considere adequadas; c) Indicar quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família; d) Indicar a publicidade a dar à decisão final; e) Juntar elementos que indiciem a situação clínica alegada. 2 - Nos casos em que for cumulado pedido de suprimento da autorização do beneficiário, deve o requerente alegar os factos que o fundamentam.

vigor de acordo com a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos.

Na sentença que decretar as medidas de acompanhamento, o juiz deve designar o acompanhante e definir as medidas de acompanhamento adequadas, bem como deverá referir expressamente a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde e acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado.

Além disso, destaca Miguel Teixeira de Souza¹⁰⁶ que, na decisão, o juiz deve decidir a publicidade a ser dada ao julgado e a necessidade de comunicar a instituições ou entidades; determinar a dispensa ou não da constituição do conselho de família e, se não houver dispensa, proceder à sua constituição; sempre que possível, fixar a data a partir da qual a medida de acompanhamento decretada se tornou conveniente; definir a periodicidade das visitas; autorizar, se for o caso, o internamento do maior; determinar, se igualmente for o caso, o domicílio legal do acompanhado; bem como definir a periodicidade da revisão das medidas de acompanhamento, com amparo nas peculiaridades do caso concreto.

Trata-se de procedimento diferenciado, em que se aplica o princípio da liberdade de investigação dos fatos, por meio do qual o julgador não está restrito somente aos fatos alegados pelas partes, podendo conhecer de outros que julgue importante para a apreciação da providência que lhe é solicitada. O critério de julgamento também é diferenciado, ao passo que o julgador não se firma na legalidade estrita, admitindo-se a aplicação de um juízo de conveniência e oportunidade para o caso. A possibilidade de modificação das providências inicialmente decretadas é uma peculiaridade desse procedimento, visto que o acompanhamento cessa ou é modificado mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou a modificação das causas que o justificaram, podendo os efeitos da decisão retroagir ao momento da cessação ou modificação referidas¹⁰⁷.

Da decisão relativa à medida de acompanhamento cabe recurso de apelação, sendo legitimado o requerente, o acompanhado e, como assistente, o acompanhante.

As medidas de acompanhamento podem, a qualquer tempo, ser revistas ou levantadas pelo tribunal, quando a evolução do beneficiário justifique a sua cessação. Haverá a extinção da medida também com a morte do beneficiário.

Esse novo regime, mais flexível e monista, como visto, veio para apoiar as pessoas maiores de idade, com alguma deficiência, mantendo a sua capacidade de exercício de direitos.

¹⁰⁶ SOUZA, Miguel Teixeira de – **O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais**. p. 52.

¹⁰⁷ CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e – **Análise crítica do futuro processo judicial para “Acompanhamento de Maior”**. p. 17.

Superou-se o anterior modelo da interdição e inabilitação – rígido e dualista – já ultrapassado, para a instituição de um sistema que valoriza a pessoa maior, priorizando a sua autonomia e vontade, consistente em um modelo de acompanhamento e não de substituição.

2.3. A tutela e a curatela no direito brasileiro

A tutela e a curatela são institutos de direito assistencial para a defesa dos interesses das pessoas incapazes, visando a prática de atos da vida civil em seu nome. A principal diferença entre os institutos é que a tutela tem por objetivo resguardar os interesses de menores não emancipados e não sujeitos ao poder familiar; enquanto a curatela é categoria assistencial para a defesa dos interesses de maiores incapazes e devidamente interditados¹⁰⁸.

Ambos os institutos visam suprir as incapacidades de fato existentes, permitindo a administração ou assistência ao incapaz, bem como o auxílio que for necessário para a sua manutenção, criação e educação, “formando a triologia assistencial aos incapazes”¹⁰⁹.

A tutela está regulamentada nos artigos 1.728.º a 1.766.º do Código Civil e a curatela prevista nos artigos 1.767.º a 1.783.º do referido diploma. Esta última sofreu significativas alterações pela Lei n.º 13.146/15, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Embora os institutos possuam regras comuns¹¹⁰ no que se refere aos poderes de administração e disposição de bens, a prestação de contas, remuneração, controle judicial da nomeação, exoneração e cessação do encargo, cada um deles detém um propósito específico e certas peculiaridades.

2.3.1. Tutela

Compete aos pais, no exercício do poder familiar, a administração da pessoa e dos bens dos filhos menores. Na ausência ou na impossibilidade de exercício dessa função pelos genitores, o encargo passará a um tutor, cuja função principal será substituir os pais.

Estão sujeitos a tutela os filhos menores, quando falecidos os pais ou sendo estes julgados ausentes, ou ainda, em caso de os pais decaírem do poder familiar. A tutela tem como objetivo a administração da pessoa e dos bens do menor.

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p. 2424.

¹⁰⁹ CARVALHO, Dimas Messias de – **Direito das famílias**. p. 931.

¹¹⁰ Art. 1.774.º, CC. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.

O tutor representa ou assiste o menor, toma conta de sua criação e educação, regendo a sua pessoa e administrando seus bens, prestando-lhe alimentos, como o pai e a mãe o fariam, com dever de prestar contas ao juízo e solicitar autorização quando necessário¹¹¹.

A tutela não se confunde com a representação ou com a assistência. A tutela tem sentido genérico, ao abranger a administração geral dos interesses dos menores absolutamente ou relativamente incapazes, visando substituir o poder familiar. A representação, por sua vez, é destinada a atender os interesses dos menores de dezesseis anos em situações específicas, para a prática de certos atos da vida civil e a assistência, da mesma forma, mas em relação as pessoas maiores de dezesseis até dezoito anos de idade.

São basicamente três as modalidades de tutela estabelecidas pela legislação civil: testamentária, legítima e dativa.

A tutela testamentária está prevista no art. 1.729.º, parágrafo único, do Código Civil e é aquela instituída por ato de última vontade dos pais, por testamento ou qualquer outro documento autêntico¹¹², por meio do qual será nomeado o tutor para o menor. A lei não exige a publicidade do documento que instituiu a tutela testamentária, desde que seja autêntico, não deixando dúvidas a respeito da identidade do subscritor e da realidade da declaração feita. Há nulidade absoluta da tutela testamentária se tiver sido instituída por pai ou mãe que não tinha o poder familiar no momento da sua morte, a teor do disposto no art. 1.730.º do diploma civil.

A nomeação do tutor pelos genitores, por ato de última vontade, é uma prerrogativa que a lei concede à família, baseado na premissa de que são as pessoas mais aptas a escolher quem irá cuidar de seus filhos na sua ausência. Essa prerrogativa familiar, todavia, não afasta o exame dos requisitos e a análise daquelas pessoas consideradas incapazes de exercer a tutela pelo art. 1.735.º do Código Civil.

A tutela legítima, estabelecida no art. 1.731.º da legislação civil, se dá quando não houver nomeação de tutor pelos pais, caso em que, o juiz nomeará parentes consanguíneos do menor, nesta ordem: ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; e colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços. Em qualquer dessas situações, o juiz deve escolher entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

Apesar de a legislação prever essa ordem de escolha dos tutores, na falta de nomeação pelos pais, a ordem não é absoluta, porquanto deve sempre ser priorizado o interesse do infante

¹¹¹ CARVALHO, Dimas Messias de – *Op. Cit.* p. 930.

¹¹² Uma parcela da doutrina estabelece uma quarta modalidade de tutela, fracionando o disposto no art. 1.729.º, parágrafo único, do Código Civil em tutela testamentária e tutela documental, sendo a primeira instituída exclusivamente por testamento e a segunda por meio de outro documento autêntico.

e os laços de afetividade. Em determinadas famílias, por exemplo, os irmãos menores vivem na companhia dos mais velhos e estão em boas condições de cuidado, devendo ser preferidos os irmãos, nesses casos, em relação aos avós¹¹³.

Na falta da tutela testamentária ou legítima, o art. 1.732.º do Código Civil prevê a possibilidade de nomeação pelo juiz de um tutor idôneo e residente no domicílio do menor, com quem possua, de preferência, vínculos afetivos. A doutrina designou essa modalidade de tutela dativa e ocorrerá tanto na falta de nomeação de tutor testamentário ou legítimo, como também nos casos em que estes forem excluídos ou escusados da tutela ou quando removidos por inidoneidade¹¹⁴.

A legislação civil determina, ainda, que os irmãos órfãos ficarão sob a responsabilidade de um só tutor, priorizando a permanência dos irmãos no mesmo ambiente familiar e a consolidação do princípio da unicidade da tutela. Caso seja nomeado mais de um tutor por disposição testamentária e sem indicação de precedência dos irmãos, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro que constar no testamento¹¹⁵.

Os menores cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, a teor do disposto no art. 1.734.º do Código Civil.

A lei elenca uma série de impedimentos para o exercício da tutela, ao estabelecer aquelas pessoas que não podem ser tutores ou que, se nomeados, serão exonerados da tutela. Não poderá ser tutor o sujeito que demonstre incompatibilidade para o exercício do cargo ou que não possa oferecer um ambiente familiar adequado a atender os interesses do menor. Aqueles que não tiverem a livre administração dos seus bens não podem ser tutores, tendo em vista que, conseqüentemente, não terão condições de administrar bens alheios. Também são vedados do exercício do cargo os sujeitos que tiverem alguma obrigação para com o menor ou tiverem de fazer valer direitos contra este, bem como aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor, ou ainda, os inimigos do menor ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela.

¹¹³ *Idem – Op. Cit.* p. 937.

¹¹⁴ Exemplos práticos da tutela dativa envolvem as situações em que, com a morte do genitor, se concede a tutela ao companheiro com o qual o falecido mantinha união estável. No Brasil, destaca-se o caso envolvendo o filho da cantora Cássia Eller que, por ocasião da sua morte, teve deferida a tutela do menor à pessoa com quem a artista vivia em união estável homoafetiva e cuidava da criança como filho, sendo preterido o avô materno, com a inversão da ordem legal de preferência de nomeação de tutores. Preferiu-se, no caso, manter os vínculos afetivos e de afinidade em detrimento do parentesco sanguíneo.

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. [et. al.] – **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. p. 2853.

As pessoas que tiverem sido condenadas por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena, em regra, são proibidas de exercer a tutela. Há mitigação com relação a essa previsão legal, quando a medida visar atender o melhor interesse da criança¹¹⁶. Também são impedidas do exercício da tutela as pessoas de mau procedimento ou falhas em probidade, aquelas culpadas de abuso em tutorias anteriores e que exerceram função pública incompatível com a boa administração da tutela, como os profissionais que atuarem no processo.

Nas hipóteses subjetivas de impedimento ao exercício da tutela, a idoneidade da pessoa deve ser analisada com cautela e prudência pelo julgador, garantindo que o tutor possa apresentar suas razões para questionar ou impugnar o impedimento, caso queira, observado o devido processo legal¹¹⁷.

Além dos impedimentos ao exercício da tutela, a legislação civil possibilita a determinadas pessoas a escusa do exercício do encargo, como é o caso das mulheres casadas, das pessoas maiores de sessenta anos, dos que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos e aqueles impossibilitados por enfermidade. Também podem se escusar do exercício da tutela as pessoas que habitarem longe do lugar onde deva exercer a tutela, aqueles que já exerceram tutela ou curatela e os militares em serviço.

Dimas Messias de Carvalho¹¹⁸ considera o exercício da tutela como um *múnus* público e obrigatório, por se tratar de um encargo imposto pela lei, de modo que, a princípio não pode ser recusado. Todavia, há entendimento contrário na doutrina, sob o argumento de que considerar o rol de escusa dos tutores estabelecido na lei como taxativo vai contra a essência do instituto, pois não é prudente atribuir o encargo a alguém contra a sua vontade¹¹⁹.

A propósito, a pessoa que não for parente do menor não poderá ser obrigada a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercer o encargo, conforme expressamente dispõe o art. 1.737.º do Código Civil.

Para fiscalização dos atos do tutor, a lei faculta ao juiz, também a nomeação de um protutor, como órgão complementar ao exercício da tutela. O protutor tem por objetivo a fiscalização dos atos do tutor e terá responsabilidade solidária pelos prejuízos eventualmente sofridos pelo menor. Cabe ao protutor, ainda, informar o magistrado se houver negligência ou

¹¹⁶ Enunciado n.º 636 da VIII Jornada de Direito Civil do CJF: “Art. 1.735: O impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança.”

¹¹⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – **Manual de direito civil: volume único**. p. 1941.

¹¹⁸ CARVALHO, Dimas Messias de – **Direito das famílias**. p. 943.

¹¹⁹ Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. p. 907.

prevaricação por parte do tutor. Além disso, se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela.

Devem os tutores prestar contas da administração dos bens do menor a cada dois anos ou quando deixarem do exercício da tutela. Poderá o juiz, ainda, a qualquer tempo solicitar a prestação de contas ao tutor.

A tutela é um instituto transitório que cessa quando superadas as causas que lhe deram ensejo. Não cessa a tutela com o advento da capacidade relativa, aos dezesseis anos, caso em que o tutor continua assistindo o menor e a tutoria permanece com eficácia. Como o seu cabimento se dá por ausência, morte, suspensão ou destituição do poder familiar dos pais, a sua cessação ocorre com a maioridade, adoção ou até mesmo com a reaquisição do poder familiar pelos pais.

2.3.2. Curatela

A curatela tem como objetivo a defesa dos interesses dos maiores incapazes e devidamente interditados, bem como a sua inclusão e a preservação da sua vontade e autonomia. O instituto sofreu importantes alterações pela Lei n.º 13.146/15. A partir da vigência da referida lei, não há mais os absolutamente incapazes maiores¹²⁰, portanto a curatela irá alcançar apenas os maiores relativamente incapazes, que são os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os pródigos e as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir vontade. Este é o rol dos indivíduos sujeitos a curatela, previsto no art. 1.767.º do Código Civil.

Se a deficiência física ou mental do maior for o fato determinante para que a pessoa não possa exprimir a sua vontade, a proteção poderá se dar pela curatela ou pela tomada de decisão apoiada. A curatela das pessoas com deficiência é regulamentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – artigos 84.º a 87.º da Lei n.º 13.146/15 – e as regras do Código Civil são aplicadas de forma subsidiária. A curatela em favor do deficiente será restrita a atos patrimoniais e limitada aos atos que sejam incompatíveis com a deficiência.

A curatela somente é autorizada quando a pessoa não puder exprimir a sua vontade, quer por total ausência de discernimento ou por outras causas que impossibilite a sua comunicação.

¹²⁰ A partir da Lei n.º 13.146/15 somente os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes, visto que a deficiência não mais afeta a plena capacidade civil da pessoa. Os deficientes que conseguem exprimir vontade são considerados capazes pela legislação vigente.

Em relação aos pródigos, merece destaque a ressalva legislativa no sentido de que a sua interdição só o privará, sem curador, de emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Trata-se de uma curatela parcial, permitindo que o curatelado pratique atos de natureza pessoal, tais como, se casar – desde que sem a imposição de qualquer regime legal ou obrigatório –, testar, reconhecer filhos, entre outros.

As modificações da Lei n.º 13.146/15 sofreram críticas por parte da doutrina, pois deixou de fora do âmbito de proteção as pessoas maiores absolutamente incapazes, vale dizer, aquelas que não tem qualquer condição de exprimir a sua vontade e não são pessoas deficientes, como por exemplo, o sujeito que está em coma profundo e não consegue, de forma alguma, manifestar o que pensa. Este, no sistema atual, é considerado relativamente incapaz, o que parece não fazer sentido, como bem destaca Flávio Tartuce¹²¹. O legislador, no caso, se preocupou apenas com pessoa com deficiência, deixando de fora outras situações concretas de incapacidade absoluta.

A regra é a capacidade, abrindo-se espaço à curatela somente quando for estritamente necessário, por se tratar de uma medida protetiva excepcional. Em razão da presunção de capacidade dos maiores ou emancipados, exigem-se pressupostos fáticos e jurídicos para a curatela. O pressuposto fático é a incapacidade de fato de o adulto reger sua pessoa e administrar seus bens, seja por ausência de discernimento ou por não poder exprimir a sua vontade. O pressuposto jurídico é a decisão judicial declaratória da incapacidade do indivíduo¹²².

Por se tratar de medida extraordinária, nos termos do art. 85.º da Lei n.º 13.146/15, a curatela alcança somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, excluídos os direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

A curatela deve ser proporcional às necessidades do curatelado, cuja duração deve ser a mais breve possível e devido a sua finalidade protetiva, sempre visa preservar os interesses do curatelado. O julgador tem o dever de expor as razões e motivações para aplicar esse instituto de caráter excepcional¹²³.

Como visto, aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com algumas modificações. A primeira delas se refere a ordem de nomeação do curador, estabelecida no art. 1.775.º do Código Civil. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é o curador legal legítimo do outro, quando interdito. Neste caso, se o regime de bens do

¹²¹ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p. 2447.

¹²² CARVALHO, Dimas Messias de – *Op. Cit.* p. 930.

¹²³ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – **Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica**. p. 137.

casamento for de comunhão universal, não será o curador obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial. Seguindo a ordem legal de nomeação, na falta do cônjuge ou companheiro, o pai ou a mãe serão curadores legítimos e, na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto, entre os quais, os mais próximos precedem aos mais remotos. Por fim, na falta das referidas pessoas, cabe ao juiz escolher o curador, que deve ser pessoa capaz e idônea para o exercício do encargo. A ordem descrita não é obrigatória, prevalecendo sempre o melhor interesse do curatelado, assim como prevê o art. 755.º, § 1.º, do Código de Processo Civil.

A lei prevê, ainda, a possibilidade da curatela conjunta, no caso de nomeação de curador para a pessoa com deficiência, caso em que o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa. Essa modalidade visa a manutenção da convivência familiar do curatelado com ambos os pais, podendo alcançar outros sujeitos, como a responsabilização conjunta por dois filhos ou dois irmãos, no contexto de família extensa, com a preservação dos laços de afetividade. A responsabilidade, neste caso, é fracionada de acordo com os deveres estabelecidos a cada um dos curadores¹²⁴.

O art. 1.779.º do Código Civil prevê, ainda, a curatela do nascituro que, embora esteja em fase gestacional, é titular de direitos subjetivos desde a concepção, segundo a teoria da concepção¹²⁵, possuindo, portanto, personalidade. A curatela em favor do nascituro só ocorrerá se o pai falecer durante a gestação e a mãe não tiver o poder familiar. Se a mulher estiver interdita, o seu curador será o do nascituro.

O processo destinado a instituição da curatela é a ação de interdição, nomenclatura mantida na redação do Código de Processo Civil de 2015, embora parte da doutrina prefira a denominação de ação de curatela, ante o caráter protetivo e inclusivo das novas disposições da Lei n.º 13.146/15^{126 127}.

O laudo médico que demonstre as alegações de incapacidade deve acompanhar a petição inicial para impedir o exercício abusivo da ação de interdição e evitar as lides temerárias, com o constrangimento de pessoas que não precisam de auxílio ou proteção. Ainda, na ausência do laudo, deve o autor da demanda justificar a impossibilidade de apresentá-lo. A apresentação do documento ou a referida justificativa são condições para o recebimento da inicial¹²⁸.

¹²⁴ CARVALHO, Dimas Messias de – *Op. Cit.* p. 979.

¹²⁵ Atenção para o fato de que para a teoria clássica tradicional, como visto inicialmente, a personalidade tem como fundamento a própria existência humana. Para essa corrente, o nascituro não é pessoa, razão pela qual não tem personalidade.

¹²⁶ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – *Op. Cit.* p. 138.

¹²⁷ CARVALHO, Dimas Messias de – *Op. Cit.* p. 973.

¹²⁸ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – *Op. Cit.* p. 1950.

Tem legitimidade para promover o pedido de curatela o cônjuge ou companheiro, os parentes ou tutores, o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e o Ministério Público. O *Parquet* somente promoverá a ação nos casos de doença mental grave, se os demais legitimados não o fizerem ou não existirem, ou ainda, se estes forem incapazes.

O objetivo da curatela, como visto, é a defesa dos interesses dos maiores incapazes. Desta forma, deve o curador buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito.

Da mesma forma que ocorre no caso da tutela, desaparecendo a causa ensejadora da incapacidade cessará a curatela, caso em que deverá ser levantada mediante pedido do curatelado, do curador ou do Ministério Público, cujo pedido será apensado aos autos principais.

2.4. O sistema de tomada de decisão apoiada

O sistema de tomada de decisão apoiada surgiu no Brasil com a edição da Lei n.º 13.146/15, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A referida lei incluiu no Código Civil brasileiro o art. 1.783-A.º, o qual prevê o sistema de tomada de decisão apoiada, como uma medida de apoio às pessoas em situação de vulnerabilidade. Esse novo sistema passa a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, ao lado dos tradicionais institutos da tutela e curatela, embora os referidos sistemas de apoio não se confundam.

A principal diferença da tomada de decisão apoiada em relação as outras formas de proteção a pessoas em situação de vulnerabilidade é que a necessidade do auxílio é uma prerrogativa da própria pessoa com deficiência. Vislumbra-se, portanto, a concretização e valoração da autonomia da vontade do indivíduo. A tomada de decisão apoiada não altera a capacidade civil da pessoa e não atribui ao apoiador poderes de representação ou assistência.

O *caput* do art. 1.783-A.º do Código Civil prevê que a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes as informações e os elementos necessários para que possa exercer sua capacidade.

A burocratização do regime começa pela opção do legislador em exigir a indicação de pelo menos duas pessoas como apoiadores. Tal exigência, por si só, não contribui para evitar abusos e acaba dificultando a utilização do instituto pelo apoiado, bem como desestimulando a participação de apoiadores que, apesar de terem vínculo com o deficiente, podem não ser

adeptos a ideia de dividir a função com outra pessoa, que possam não ter proximidade ou qualquer tipo de relação¹²⁹.

O sistema consiste em um auxílio concedido a pessoa que possui alguma deficiência, mas é capaz para exercer os atos da vida civil sem necessidade de curatela, exercendo a plena autonomia e participando efetivamente nos seus negócios. Essas pessoas portadoras de alguma deficiência, mas que conseguem manifestar sua vontade, possuem autodeterminação e são plenamente capazes, sendo-lhes facultado, caso queiram, solicitar auxílio em suas decisões, sem limitação na sua capacidade de fato¹³⁰. É um verdadeiro sistema de cooperação, com o fornecimento de informações e conselhos, cuja decisão final pertence à pessoa com deficiência, que mantém a sua capacidade.

O consentimento é pressuposto inexorável dessa medida, consoante ressalta Joyceane Bezerra de Menezes¹³¹, devendo estar presente no acordo sobre a existência, natureza e objeto do contrato.

Apesar da ideia de simplicidade e facilidade desse sistema, não é o que ocorre, ao passo que o legislador o burocratizou com diversas exigências, tais como a necessidade de judicialização e oitiva do Ministério Público, providências que, conforme ressaltam Ana Luiza Nevares e Anderson Schreiber¹³², não se justificam, sobretudo porque o regime é disponibilizado para pessoas capazes.

No sistema de tomada de decisão apoiada, diferentemente do regime do maior acompanhado previsto na legislação portuguesa¹³³, a escolha dos apoiadores é feita exclusivamente pela própria pessoa a ser apoiada¹³⁴, que deve indicar expressamente as pessoas aptas a prestarem o apoio, privilegiando a sua vontade e autonomia. Cuida-se de um ato personalíssimo, de legitimidade exclusiva daquele que dela se beneficiará, razão pela qual, o

¹²⁹ NEVARES, Ana Luiza; SCHREIBER, Anderson – **Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil**. p. 53.

¹³⁰ CARVALHO, Dimas Messias de – *Op. Cit.* p. 985-986.

¹³¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de – **Aspectos contratuais da tomada de decisão apoiada**. p. 390.

¹³² NEVARES, Ana Luiza; SCHREIBER, Anderson – *Op. Cit.* p. 52.

¹³³ O art. 141.º, n.º 1, do Código Civil português prevê a legitimidade para o requerimento do regime do maior acompanhado, a saber: “O acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público”.

¹³⁴ Na mesma linha, é o teor do Enunciado n.º 639 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: “A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência”.

requerimento deve partir do próprio interessado e nunca por terceiros¹³⁵. Somente a própria pessoa interessada é parte legítima para o pedido.

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, que requer a chancela do Poder Judiciário. Neste aspecto, há críticas por parte da doutrina, que defende a realização do acordo por meio de escritura pública, acreditando que a exigência de procedimento judicial confronta o sistema que reconhece capacidade jurídica plena da pessoa com deficiência, além de seguir na contramão da atual tendência de desjudicialização dos procedimentos administrativos de divórcio, separação e inventário, por exemplo. Para os críticos, por se tratar de um acordo entre pessoas civilmente capazes não há justificativa para a exigência de homologação judicial, além de não se vislumbrar riscos à esfera jurídica da pessoa com deficiência na realização do acordo de apoio por meio de escritura pública¹³⁶. Apesar das aludidas críticas, a via judicial é exigência legal e, portanto, obrigatória para a tomada de decisão apoiada.

Para formular o pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. Após a oitiva do Ministério Público, o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio serão ouvidos pelo juiz e, somente após, o magistrado se pronunciará sobre o pedido.

Embora o Código Civil não estabeleça prazo de duração da decisão apoiada, deve o período de vigência constar do termo, por deliberação do requerente e seus apoiadores. Ainda que estipulado um prazo, a lei faculta ao interessado, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. Esta é uma decisão unilateral, tendo em vista que esse sistema é um direito subjetivo do apoiado e não uma imposição legal protetiva.

O apoiador também pode requerer ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria¹³⁷.

O objeto do apoio deve ser lícito e, como a legislação não trouxe limitação acerca da sua extensão, poderá abranger matéria patrimonial ou existencial¹³⁸. Se houver divergência entre o

¹³⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de – **O novo instituto da tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da pessoa com deficiência – Lei brasileira de inclusão (Lei n.º 13.146/2016)**. p. 689.

¹³⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de – **Aspectos contratuais da tomada de decisão apoiada**. p. 394.

¹³⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – *Op. Cit.* p. 1957.

¹³⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de – *Op. Cit.* p. 391.

apoiado e um dos seus apoiadores em negócio jurídico envolvendo risco ou prejuízo relevante, após ouvir o Ministério Público, o juiz deliberará sobre a questão¹³⁹. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

A lei determina, ainda, que em caso de negligência, inadimplemento das obrigações assumidas ou o exercício de pressão indevida, poderá o apoiado ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Em caso de procedência dessa denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

A decisão tomada por pessoa apoiada reflete também na esfera de terceiros, uma vez que terá validade e surtirá efeitos sobre estes, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Todavia, os terceiros que não participarem da relação jurídica entre apoiado e apoiador, por ela não podem ser alcançados, nem prejudicados. Desta forma, os negócios realizados com terceiros pelo apoiado, ainda que sem a participação do apoiador, serão válidos, pois – como já visto – o apoiado conserva a sua capacidade civil, ainda que homologada a tomada de decisão apoiada¹⁴⁰.

A lei faculta ao terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial, a possibilidade de solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. Tal exigência, na visão de Ana Luiza Nevares e Anderson Schreiber¹⁴¹, aparenta certa inutilidade, pelo fato de não haver previsão de qualquer consequência jurídica na hipótese de contra-assinatura pelos apoiadores e representa uma ameaça de converter o sistema de tomada de decisão apoiada em uma espécie de assistência. Para os autores, acaba por acarretar suspeita daqueles que contratam com o deficiente, ao exigir a assinatura de outra pessoa, como se a deles não tivessem valia.

O sistema de tomada de decisão apoiada não restringe a capacidade do indivíduo, permitindo-lhe a prática de atos e negócios jurídicos, ainda que sem o auxílio do apoiador, pois consiste em um mecanismo facultativo, à disposição da pessoa em situação de vulnerabilidade, quando reputar útil ou necessário o apoio de terceiros de sua confiança para decisões inerentes a negócios jurídicos.

¹³⁹ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – **Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica**. p. 142.

¹⁴⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de – **O novo instituto da tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da pessoa com deficiência – Lei brasileira de inclusão (Lei n.º 13.146/2016)**. p. 694.

¹⁴¹ NEVARES, Ana Luiza; SCHREIBER, Anderson – *Op. Cit.* p. 53-54.

CAPÍTULO II – O CONSENTIMENTO INFORMADO E A RECUSA DE ATOS MÉDICOS NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

3. DOUTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Inicialmente, antes ainda da era hipocrática, a área da saúde era vinculada a sacralidade e ao ritualismo e a medicina era exercida como uma arte vinculada à religião e a doença vista como algo sobrenatural. O paciente era considerado sujeito vulnerável na relação médico-paciente. O médico e filósofo Hipócrates foi o pioneiro ao associar a área da saúde à ciência, atuando na defesa da cooperação do paciente à atuação do médico e afirmando que o paciente deve colaborar no combate à doença¹⁴². A independência científica da medicina tomou força quando surgiu a primeira escola médica em Alexandria.

Desde a antiguidade, em certas ocasiões, os médicos buscavam o consentimento do paciente, não por respeito a sua pessoa ou a sua autonomia, mas especialmente por temor de uma intervenção eventualmente fracassada.

Inclusive, inicialmente prevalecia a opinião entre os profissionais da medicina de que o paciente não deveria ser informado caso fosse acometido por alguma doença grave.

Até o século XIX, ainda preponderavam as decisões médicas em detrimento da autonomia do paciente, sendo que esta costumava a ser reconhecida apenas quando fosse conveniente ao médico, especialmente nos casos em que pudesse lhe eximir de responsabilidade. Prevalecia, até então, o chamado paternalismo médico. Esse cenário se modifica a partir de meados do século XX, com transformações na situação de vulnerabilidade do paciente.

Embora não haja exatidão acerca da época do início da relevância do consentimento do paciente, o seu ápice foi na Segunda Guerra Mundial. Foram as desídias éticas durante a Segunda Guerra Mundial, consistentes em abusos nas experiências médicas com seres humanos¹⁴³, que deram ensejo na normatização da questão, com o surgimento do Código de Nuremberg, em 1947. O documento “inspirou a lei internacional e tornou-se a base para as subsequentes regulamentações da investigação científica com seres humanos, em todo o mundo, sendo apontado como o primeiro documento ético-legal sobre a matéria”¹⁴⁴.

¹⁴² SOARES, Flaviana Rampazzo – *Op. Cit.* p. 8-9.

¹⁴³ Narra-se que os prisioneiros de campos de concentração nazistas foram involuntariamente submetidos a experimentos médicos eticamente condenáveis, muitos até brutais. Acusados foram condenados por crimes de guerra pelo Tribunal de Nuremberg. Constituiu-se o chamado *Código de Nuremberg*. GHOOI, Ravindra, cit. por SOARES, Flaviana Rampazzo – *Op. Cit.* p. 12.

¹⁴⁴ NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – *Bioética Simples*. p. 30.

O documento apresenta dez pontos indicando o que seria ou não admissível no âmbito da pesquisa médica, enfatizando questões relativas aos experimentos médicos envolvendo pesquisas em seres humanos. O texto enuncia requisitos éticos que toda investigação científica com a participação de seres humanos deve obedecer, “inclusive o da obtenção prévia do consentimento livre e esclarecido dos participantes, reputado de incontornável desde então”¹⁴⁵.

Destaca-se o primeiro ponto do Código de Nuremberg que prevê como absolutamente essencial o consentimento voluntário do ser humano e estabelece que as pessoas submetidas a experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento e exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção. Exige, ainda, o prévio conhecimento das informações necessárias para a tomada de decisão e a obrigação do pesquisador quanto à qualidade do consentimento¹⁴⁶.

Inicialmente, cabia ao paciente aceitar a decisão do médico, o qual detinha a técnica e o conhecimento do que seria melhor para o doente. Na perspectiva contemporânea, contudo, a vulnerabilidade técnica do paciente não tem o condão de inferiorizá-lo no processo decisório. Ao contrário, como explica Luciana Dadalto¹⁴⁷, por ser vulnerável técnico, o paciente apenas depende do conhecimento do médico, que deve apresentar a indicação clínica e fornecer a devida explicação acerca do tratamento, procedimento ou cuidado recomendado para a sua situação.

A evolução do consentimento foi progressiva. O Código de Nuremberg (1947) foi o primeiro texto a exigir explicitamente o consentimento, seguido da Declaração de Helsinque, em 1964, que desenvolveu princípios éticos orientadores das pesquisas clínicas envolvendo seres humanos, levando o consentimento informado ao *status* de norma jurídica e ética.

A despeito dos referidos documentos e do seu crescente peso ético e legal, as atrocidades com pessoas recrutadas para experimentação só foram alteradas de forma significativa nas décadas de sessenta/setenta, após denúncia envolvendo experimentações em curso nos Estados Unidos e que ignoravam as disposições do Código de Nuremberg. A denúncia relatava abuso dos sujeitos recrutados para experimentação, com risco de vida dos envolvidos, que sem o seu consentimento, foram utilizados para experimento envolvendo a história da sífilis. Foi após a divulgação pública do caso Tuskegee, em 1972, relacionado aos estudos de evolução da sífilis em um grupo de 400 homens afro-americanos que foram privados de tratamento com penicilina,

¹⁴⁵ *Idem – Ibidem.*

¹⁴⁶ SOARES, Fláviana Rampazzo – *Op. Cit.* p. 12.

¹⁴⁷ DADALTO, Luciana; CARVALHO, Carla Vasconcelos – **Em busca de um consenso jurídico acerca da limitação de hidratação e nutrição nos cuidados com o fim da vida.** p. 34.

o qual já era conhecido e disponível desde a década de cinquenta, que foi promulgado o Relatório de Belmont em 1978¹⁴⁸.

O documento estabelece princípios éticos e diretrizes para nortear a pesquisa biomédica com seres humanos, entre os quais, o respeito pelas pessoas, a beneficência e o princípio da justiça. O primeiro deles com dois pressupostos éticos: os indivíduos devem ser tratados com autonomia e os sujeitos vulneráveis têm direito à proteção. Assim, foi que se institucionalizou o consentimento informado. O princípio da beneficência consiste, basicamente, em não fazer o mal e propiciar o máximo de benefícios com o mínimo de danos possíveis. Por fim, não menos importante, o princípio da justiça, que impõe cuidado na seleção e equidade em relação aos sujeitos das pesquisas. Esses eram os parâmetros éticos orientadores das experimentações com seres humanos¹⁴⁹.

O direito do indivíduo a aceitar ou recusar um procedimento ou tratamento médico surgiu, posteriormente, com a Declaração de Lisboa, em 1981, que previa o direito de o doente aceitar ou recusar o tratamento proposto após ter sido legalmente informado a seu respeito¹⁵⁰. Esta última reconhece a importância do consentimento do paciente e protege o seu direito de dissentir. Nessa mesma linha é o objetivo da doutrina do consentimento informado, de permitir que o paciente tome suas decisões de forma autônoma.

Os estudos da bioética vieram com o escopo de orientar juridicamente as práticas médicas, com base em parâmetros éticos, aprofundando-se, inclusive, na necessidade de um consentimento informado do paciente¹⁵¹.

A primazia aos interesses de cada ser humano sobre os da sociedade ou da ciência é postulado da Convenção de Oviedo, de 1997, que prevê a proteção dos direitos da pessoa, o respeito a integridade e outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e medicina. O âmbito de proteção é o próprio ser humano, em um sentido mais amplo, e não a pessoa humana em si, de acordo com João Carlos Loureiro¹⁵².

Nos termos da convenção, as intervenções de saúde só podem ser realizadas após o consentimento livre e esclarecido da pessoa, que deverá receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção e as suas consequências e riscos. “A

¹⁴⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – **Bioética Simples**. p. 31.

¹⁴⁹ LOPES, José Agostinho – **Bioética – uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979)**. p. 271.

¹⁵⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 26-27.

¹⁵¹ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – **Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica**. p. 186.

¹⁵² LOUREIRO, João Carlos – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. p. 51.

maior expressão da evolução do Direito Biomédico é talvez a consagração do direito ao consentimento informado e a sua conformação”¹⁵³. A validade do consentimento depende da transmissão da informação adequada ao paciente quanto ao objetivo e à natureza da intervenção e os seus riscos e consequências, isto é, são requisitos do consentimento informado a liberdade e o esclarecimento. Pode o sujeito, a qualquer tempo, revogar de forma livre o seu consentimento.

A proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento é também evidenciada na Convenção de Oviedo. De acordo com Paula Távora Vítor e Geraldo Rocha Ribeiro¹⁵⁴, o critério para intervenção sobre pessoa sem capacidade para prestar o consentimento é o do seu benefício direto, sempre levando em conta a pessoa com capacidade diminuída, se criança ou maior de idade.

No âmbito da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conhecida como Carta de Nice, de 2000, reconhece a inviolabilidade do ser humano e o direito de todas as pessoas ao respeito pela sua integridade física e mental, o que implica – no campo da medicina e da biologia – na necessidade de respeito ao consentimento livre e esclarecido da pessoa, confirmando uma ampla proteção à liberdade pessoal. Eventual restrição ao exercício desse direito deve estar prevista em lei, respeitar o seu conteúdo essencial e atender ao princípio da proporcionalidade¹⁵⁵.

Com a aprovação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em 2005, o consentimento informado assumiu uma dimensão universal¹⁵⁶. O documento passou a estabelecer que as intervenções médicas e as pesquisas científicas só deveriam ser realizadas com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada.

O texto da declaração visa o enquadramento universal de princípios e procedimentos para orientar os Estados membros da Organização das Nações Unidas à adoção de legislação e políticas públicas em matéria de Bioética. Incluem-se nesses princípios o respeito pela dignidade humana e pelos direitos humanos, o interesse e o bem-estar do indivíduo sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade. No tocante ao consentimento informado, é fundamental o respeito aos princípios da autonomia e responsabilidade individual, bem assim

¹⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. p. 135.

¹⁵⁴ VÍTOR, Paula Távora; RIBEIRO, Geraldo Rocha – *Op. Cit.* p. 170.

¹⁵⁵ MELO, Helena Pereira de – **O Consentimento Esclarecido na prestação de cuidados de saúde no direito português**. p. 14.

¹⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. p. 351.

da proteção da vulnerabilidade humana e da integridade pessoal. Parte-se do princípio de que as intervenções médicas só devem ser realizadas com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada¹⁵⁷.

A doutrina do consentimento informado passou por notável evolução no âmbito da bioética e da ética médica, com a superação do paternalismo clínico herdado de Hipócrates pela primazia do princípio da autonomia do paciente. Nos dias atuais, é reconhecido ao paciente o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde¹⁵⁸.

O consentimento informado consiste na sequência de atos por meio dos quais o paciente – ou seu representante – depois de receber orientações e esclarecimentos, contendo as informações relevantes e necessárias para sua tomada de decisão acerca do tratamento ou procedimento médico, manifesta sua concordância com a prática do ato. Destaca Miguel Kfoury Neto¹⁵⁹ que o consentimento não é um ato isolado, mas um processo dialógico e de recíprocas informações, estabelecido entre médico e paciente, a fim de que o tratamento possa ter início.

O regime jurídico do consentimento informado, à luz da doutrina portuguesa, igualmente prevê o dever de respeito pela autodeterminação do paciente e depende da prévia constatação dos deveres de informação e esclarecimento acerca do diagnóstico, o estado e o provável curso da doença, o tratamento proposto, com a ponderação dos eventuais riscos e benefícios, os meios disponíveis e possíveis alternativas¹⁶⁰.

O estudo do consentimento informado é matéria atual e, de acordo com André Gonçalo Dias Pereira¹⁶¹, tem sido objeto de intervenção legislativa em diversos países e de crescente importância jurisprudencial.

3.1. O consentimento informado no ordenamento jurídico português

Em matéria de cuidados de saúde, a necessidade do consentimento informado e esclarecido do paciente está fundamentada, inicialmente, no art. 1.º da Constituição da República Portuguesa, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio esse

¹⁵⁷ MELO, Helena Pereira de – *Op. Cit.* p. 13.

¹⁵⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica.** p. 345-346.

¹⁵⁹ KFOURI NETO, Miguel – **Responsabilidade Civil do Médico.** p. 53.

¹⁶⁰ RODRIGUES, João Vaz – **O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português.** p. 28.

¹⁶¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil.** p. 24.

relacionado à característica essencial da pessoa – como sujeito e não como instrumento –, não se trata de um direito, mas o fundamento de todos os direitos, na concepção de Jorge Miranda¹⁶².

Em relação ao tema proposto, tem-se por dignidade humana “o valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos”¹⁶³. A dignidade ética da pessoa não se confunde com aquela dignidade que se identifica com os direitos do homem, mas implica o reconhecimento do ser humano como um valor e não apenas como destinatário da norma que apõe valor jurídico à dignidade. “Não é o direito, ou um conjunto de direitos, que fazem do ser humano uma pessoa; a pessoa é o valor, e o direito submete-se ao valor que a pessoa é”¹⁶⁴.

A Constituição da República Portuguesa, em seu art. 16.º, n.º 1, estabelece que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Trata-se de cláusula aberta que abrange direitos fundamentais de diversas naturezas, permitindo conferir *status* constitucional ao direito geral de personalidade. Já se considerou, inclusive, que “o consentimento informado no âmbito da investigação clínica surge como um direito fundamental implícito em relação ao direito à integridade física”¹⁶⁵.

O direito ao consentimento livre e esclarecido está consagrado na Constituição portuguesa (art. 25.º) enquanto dimensão do direito à integridade pessoal, que se desdobra no direito à integridade física e à integridade moral de cada pessoa. Consiste no direito de não ser agredido ou ofendido no corpo ou no espírito por meios físicos ou morais, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, citados por André Gonçalo Dias Pereira¹⁶⁶. O art. 26.º da Constituição da República estabelece, entre outros direitos pessoais, o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade.

A doutrina do consentimento informado para a prática de ato médico decorre da proteção dos direitos especiais de personalidade, tal qual, a integridade físico-psíquica, com o qual se relaciona o exercício da autodeterminação e decorrem do texto constitucional, que consagra a proteção do direito à integridade corporal, que se estende ao desenvolvimento da

¹⁶² MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. p. 221.

¹⁶³ LOUREIRO, João cit. por MELO, Helena Pereira de – **O Consentimento Esclarecido na prestação de cuidados de saúde no direito português**. p. 16.

¹⁶⁴ FERREIRA, Ana Elisabete – **A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito: breves notas**. p. 1042.

¹⁶⁵ GOMES, Joaquim Correia – **Constituição e Consentimento Informado: Portugal**. p. 80.

¹⁶⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.* p. 96.

personalidade¹⁶⁷. A proteção a personalidade humana e a sua dignidade, da mesma forma, dá amparo ao instituto do consentimento informado.

A norma constitucional protetiva da integridade física veda, ainda, a prática de tortura, tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Daí decorre o direito ao consentimento informado, na medida em que não se pode submeter uma pessoa a experiências médicas ou científicas sem o seu livre consentimento.

O direito ao consentimento informado encontra guarida no Código Penal português, que pune as intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários e estabelece o dever de esclarecimento ao paciente. Em regra, o consentimento só produz efeitos se for prestado de forma livre e esclarecida, isto é, supõe-se que o profissional de saúde tenha respeitado o dever de esclarecimento que recai sobre si, sob pena da ineficácia do consentimento e a ilicitude da intervenção ou tratamento, porque arbitrários¹⁶⁸.

Nos termos do art. 157.º da norma penal, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e, também, sobre as possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se implicar a comunicação de circunstâncias que, se conhecidas pelo paciente, coloquem em perigo a sua vida ou possam lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

A autodeterminação do paciente é um bem jurídico autonomamente protegido pela lei penal, na medida em que previne e condena os atos praticados sem o consentimento do paciente, ainda que as intervenções médicas ou tratamentos não sejam qualificáveis no âmbito jurídico penal como ofensa à integridade física. A eficácia do consentimento está submetida ao específico dever de esclarecimento¹⁶⁹.

A integridade física é considerada livremente disponível para efeito de consentimento (art. 149.º). Quando a intervenção médica não for realizada por pessoa habilitada legalmente ou não possua finalidade terapêutica só será lícita se previamente justificada com o consentimento do lesado. A legislação penal portuguesa (art. 38.º) prevê o consentimento como causa excludente de ilicitude, no tocante a interesses jurídicos livremente disponíveis e quando não houver ofensa aos bons costumes, desde que traduza na vontade livre, séria e esclarecida do titular do direito, cabível a revogação até a execução do fato. Contudo, há expressa previsão

¹⁶⁷ RODRIGUES, João Vaz – **O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. p. 49.

¹⁶⁸ MELO, Helena Pereira de – **O Consentimento Esclarecido na prestação de cuidados de saúde no direito português**. p. 18.

¹⁶⁹ RODRIGUES, João Vaz – *Op. Cit.* p. 71.

legal no sentido de que 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 quando o presta.

O consentimento pode ser expresso ou presumido. Esse último será aceito apenas quando o adiamento do ato implique em perigo para vida ou saúde da pessoa ou na hipótese de ter sido autorizado determinado tratamento e acabou por se realizar outro considerado mais adequado e eficaz pelas regras da medicina, ou ainda, quando não houver circunstância que permita concluir com segurança que o consentimento seria recusado. A incriminação de tratamentos arbitrários, com a punição do profissional da saúde nos casos em que há intervenção ou tratamento médico sem ou contra a vontade expressa do paciente, reflete o novo paradigma de prestação de cuidados de saúde, centrado na ideia de autodeterminação da pessoa a quem são prestados¹⁷⁰.

A Convenção de Oviedo, em seu art. 8.º, se refere às situações de urgência, nas quais o consentimento apropriado não puder ser obtido, casos em que se autoriza a intervenção médica imediata e indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa. João Vaz Rodrigues¹⁷¹, ao tecer comentários ao referido dispositivo, enfatiza a necessidade de se priorizar a comunicação, de acordo com cada caso e verificar qual a urgência que o momento requer. Se a situação permitir a obtenção de um consentimento apropriado, tanto reduz a intensidade da urgência e impõe-se o esclarecimento. Se a intervenção médica não for muito grande, havendo alternativa para recuperação ou manutenção da consciência para reflexão, esta é a intervenção urgente a se concretizar, a fim de permitir o exercício da autonomia. Se existirem elementos seguros de uma má decisão, dando ensejo a uma possível recusa, deve o profissional se valer do tempo disponível para consulta e obter informações para a decisão e, somente no caso de inexistir tempo hábil, deverá decidir, seguindo a regra que criaria para si.

No particular, os Tribunais portugueses já foram instados a decidir acerca da delicada questão envolvendo a recusa de se submeter à transfusão de sangue por crenças religiosas de pessoa menor de idade. O Tribunal da Relação de Lisboa, ao apreciar medida de proteção provisória e urgente pleiteada pelo Ministério Público em favor de menor de 16 anos, decidiu por presumida a falta de discernimento do menor para compreender as consequências dos seus atos e perante a recusa do consentimento dos pais num ato médico necessário e adequado a prevenir um risco de vida para o doente menor, autorizou a transfusão de sangue. Concluiu o julgador que, em face da natureza urgente e cautelar da decisão recorrida, impunha-se decidir,

¹⁷⁰ MELO, Helena Pereira de – *Op Cit.* p. 17.

¹⁷¹ RODRIGUES, João Vaz – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal.** p. 215.

e rapidamente, no superior interesse do menor e em função da clara prevalência do direito à vida sobre o exercício da liberdade religiosa e respeito pelas crenças, seja do progenitor, seja do menor, autorizando a realização de transfusão de sangue¹⁷².

No caso de pessoa adulta e capaz, a problemática é resolvida de forma diferente, tomando como regra geral a necessidade de observância da recusa à transfusão de sangue, cujo direito é tutelado pelos limites legítimos do princípio da autonomia da vontade do doente. O paciente tem o direito de decidir e escolher os seus cuidados de saúde, desde que tenha capacidade para tanto. A Testemunha de Jeová, amparada nos direitos à liberdade de religião e de consciência, tem o direito de recusar a transfusão sanguínea, ainda que isso implique na sua morte¹⁷³.

As referidas normas são de importância crucial na regulação do direito ao consentimento informado no ordenamento jurídico português¹⁷⁴.

O Código Civil português prevê a licitude dos atos lesivos aos direitos de outrem quando houver consentimento na lesão (art. 340.º), exceto quando for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. Tem-se por consentida a lesão, quando se der no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível¹⁷⁵. Essa última se refere ao consentimento presumido, isto é, parte-se da premissa de que a pessoa consentiria se estivesse em condições de prestar o consentimento, como ocorre nas intervenções cirúrgicas de urgência.

A previsão legal do consentimento presumido, como refere Helena Pereira de Melo¹⁷⁶, deve ser interpretada conjuntamente com o disposto no art. 81.º do Código Civil português, que regula a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, determinando que será nula se for contrária aos princípios da ordem pública. O citado artigo determina, ainda, que essa limitação, quando for legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. Um dos princípios de ordem pública é o respeito pela dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrada, como já referido.

O direito especial de personalidade, inserido no art. 70.º, n.º 1, da legislação em comento, prevê a proteção à personalidade física ou moral do indivíduo, com o qual se relaciona o direito à liberdade de vontade e à autodeterminação, ponto onde se fundamenta o consentimento informado no campo do direito civil. Aplicando-se essa norma à atividade médica, a prestação

¹⁷² Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa. Processo: 17922/21.8T8LSB.L1-7, Relator CARLOS OLIVEIRA. J. em 14 de Setembro de 2021.

¹⁷³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. p. 382-384.

¹⁷⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. p. 352.

¹⁷⁵ BASTOS, Jacinto Rodrigues – **Código Civil Português: anotado e actualizado**. p. 145.

¹⁷⁶ MELO, Helena Pereira de – *Op. Cit.* p. 22.

do consentimento livre e esclarecido é expressão da autodeterminação do indivíduo, em matéria de saúde, relativos à vida e à integridade física e moral, podendo, inclusive, ensejar na responsabilidade civil do profissional da saúde que não o presta, independentemente da existência de relação contratual entre o médico e o indivíduo¹⁷⁷. A doutrina e jurisprudência alemã e austríaca, como ressalta André Gonçalo Dias Pereira¹⁷⁸, é firme em considerar que o dever de informar é um dever contratual do médico. Ainda no plano contratual, o autor destaca a boa-fé como fundamento do dever de informação ao paciente, mesmo quando o prognóstico for pessimista.

O direito ao consentimento informado está consagrado, também, na Lei de Bases da Saúde - Lei n.º 95/2019, que assegura ao indivíduo o direito a ser informado “de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar”. A lei assegura, ainda, o direito de decidir livre e esclarecidamente sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo exceções legais expressas, bem como de emitir diretivas antecipadas de vontade e nomear procurador para cuidados de saúde.

As pessoas com doença em estágio avançado e em fim de vida têm direito a dar o seu consentimento para as intervenções clínicas de que sejam alvo, desde que previamente informadas e esclarecidas pelo médico responsável e pela equipe multidisciplinar que a acompanham, nos termos da Lei n.º 31/2018.

No âmbito do direito da saúde, a legislação portuguesa exige o respeito ao consentimento informado também na procriação medicamente assistida e na colheita e transplante de órgãos e tecidos, procedimentos regulamentados pelas Leis n.º 32/2006 e n.º 12/1993, respectivamente, além de outras normas que estabelecem tal exigência.

Quanto maior o risco da intervenção médica, maior é a importância de obtenção de um consentimento válido e atual. São considerados elementos estruturais do consentimento informado, na perspectiva de Tom Beauchamp e James Childress, citados por Rui Nunes¹⁷⁹: a competência, a comunicação, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento. Tais elementos são essenciais para que o consentimento seja considerado válido. Para prestar um consentimento informado válido, a pessoa precisa de capacidade de agir, receber a informação e compreendê-la, decidir voluntariamente e consentir a intervenção.

¹⁷⁷ *Idem* – *Op. Cit.* p. 21.

¹⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil.** p. 99.

¹⁷⁹ NUNES, Rui – **Consentimento Informado e boa prática clínica.** p. 131.

Sob o prisma deontológico, o Regulamento n.º 707/2016 – Regulamento de Deontologia Médica prevê recomendações aos profissionais médicos balizadas nos princípios éticos fundamentais que constituem os pilares da profissão, entre as quais está o dever de prestar o consentimento informado e esclarecido ao paciente.

A validade do consentimento depende da capacidade do indivíduo de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais¹⁸⁰. Na ausência de capacidade para dar o consentimento por parte do doente ou se menor de idade, há necessidade do consentimento do representante legal. O regulamento exige sejam observadas e respeitadas, quando existirem, a diretiva antecipada de vontade ou a procuração para cuidados de saúde. O regulamento, em seu art. 20.º, n.º 2, determina que entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se.

A depender da peculiaridade da situação é admitido o, já mencionado, consentimento presumido. Tais hipóteses estão elencadas no art. 22.º do Regulamento, as quais correspondem ao disposto no art. 156.º do Código Penal. Admite-se o consentimento presumido, como acima referido, em situações de urgência que não permitam obter o consentimento, quando o adiamento implicar em perigo de vida ou de gravidade para a saúde, ou ainda, quando houver consentimento prévio para certa intervenção ou tratamento, mas se realiza outro reputado mais adequado para evitar perigo de vida ou de agravamento da saúde, desde que não haja indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se pudesse fazê-lo.

Discute-se, na doutrina, o valor jurídico normativo do Regulamento de Deontologia Médica. Seguindo orientação de Guilherme de Oliveira, André Gonçalo Dias Pereira¹⁸¹ esclarece que as normas deontológicas devem se subordinar à legislação ordinária e a sua aplicação, pelos órgãos competentes, não afasta o controle pelas instâncias judiciais, na medida em que implica limitações de direitos civis, como o exercício da profissão. Essas normas, independentemente do seu exato valor jurídico, permitem o preenchimento do conteúdo das demais normas que estabelecem os deveres dos médicos.

Para a moderna dogmática da responsabilidade médica, o consentimento informado é um instrumento que, além dos interesses e objetivos médico-terapêuticos, permite o respeito pela pessoa do doente. A principal finalidade do dever de esclarecimento é permitir que o indivíduo faça sua escolha de forma consciente, reconhecendo os prós e contras da intervenção,

¹⁸⁰ MELO, Helena Pereira de – *Op. Cit.* p. 23.

¹⁸¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil.** p. 102.

assumindo os riscos e a posição de detentor do seu próprio corpo, exercendo o direito ao consentimento informado¹⁸².

O consentimento informado está consagrado no direito português no âmbito constitucional, nas legislações civil e penal, nas leis extravagantes e no plano deontológico. A necessidade de obter tal consentimento tem por fim a proteção dos direitos à autodeterminação e à integridade física e moral da pessoa humana¹⁸³.

3.2. O consentimento informado no direito brasileiro

A partir da necessidade de atualizar as disposições sobre a capacidade civil, a doutrina brasileira agregou mais uma dimensão ao referido instituto jurídico, passando a dispor sobre a capacidade para consentir, abrangendo atos relacionados aos direitos da personalidade, notadamente a tomada de decisões quanto a atos de disposição. Esse entendimento tem especial aplicação no consentimento em matéria de cuidados de saúde e na atuação médica, cuja aplicação prática é relevante. Nesse âmbito, exige-se uma condição específica para o consentimento, abrangendo a necessidade de compreensão do ato e a possibilidade razoável de emitir uma decisão a respeito¹⁸⁴. Para que o sujeito possa obter a efetiva compreensão do ato, o profissional da saúde deve esclarecer as questões relativas ao procedimento a ser realizado, a sua natureza, possíveis consequências e alternativas eventualmente disponíveis, prática esta denominada pela doutrina de consentimento informado ou consentimento livre e esclarecido.

O consentimento informado encontra amparo em diversas normas no direito brasileiro, todas com fundamento na Constituição Federal, especialmente nos direitos fundamentais à vida e à integridade física da pessoa.

Nas últimas décadas, em matéria de responsabilidade na área médica, ganhou força a necessidade de obtenção de concordância do paciente para qualquer espécie de tratamento ou intervenção. Em oposição à antiga cultura paternalista que presidia a relação médico-paciente no passado, tem prevalecido a necessidade de participação do enfermo nas decisões relativas ao seu tratamento. Essa autorização não se limita a informações genéricas para realização de procedimentos ou tratamento médicos, mas importa no consentimento informado em relação a

¹⁸² PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. p. 354.

¹⁸³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 104.

¹⁸⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo – **Consentimento do paciente no direito médico: validade interpretação e responsabilidade**. p. 132.

cada passo ou etapa da terapia. Anderson Schreiber¹⁸⁵ destaca que somente em casos excepcionalíssimos, quando ponderados outros interesses protegidos pela Constituição, será permitida eventual submissão do indivíduo a tratamento médico compulsório.

Tal entendimento se consagrou, inclusive, na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ocasião em que foi aprovado o Enunciado n.º 533, que prevê a possibilidade de o paciente plenamente capaz “deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”.

Esse entendimento partiu da interpretação dada ao art. 15.º do Código Civil brasileiro, que estabelece que ninguém pode ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. O dispositivo merece ser visto sob a perspectiva do pleno exercício dos direitos da personalidade, especialmente no exercício da autonomia da vontade. O princípio a ser observado, consoante destaca Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹⁸⁶, é o de que ninguém deve ser constrangido a tratamento ou ato cirúrgico contra a sua vontade, sem o seu consentimento, exceto em casos excepcionais, como de urgência, imposição legal ou de absolutamente incapaz.

Exige-se a interpretação do referido dispositivo da lei civil, com amparo nas disposições constitucionais, na delicada questão da negativa ou recusa de se submeter à transfusão de sangue por crenças religiosas, frequentemente apresentadas pelos Testemunhas de Jeová, religião de numerosos adeptos no Brasil. A questão de difícil abordagem tem de um lado os profissionais da medicina com o objetivo de salvar vidas, sujeitos a possíveis responsabilidades civil e criminal; e de outro, o paciente¹⁸⁷ religioso que busca pelo respeito a sua autonomia da vontade e a liberdade de crença. Inúmeros casos dessa natureza aportaram ao Poder Judiciário brasileiro, o que ensejou no reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal – Tema 1069¹⁸⁸, ao passo que ultrapassado o interesse individual, abrange interesses de toda a comunidade religiosa em questão. A controvérsia está pendente de julgamento pela Suprema Corte, enquanto nos deparamos com decisões conflitantes no judiciário.

¹⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. [et. al.] – **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. p. 60.

¹⁸⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de – **Consentimento Informado**. p. 360.

¹⁸⁷ Para analisar o direito da autodeterminação do indivíduo, aqui, parte-se da premissa de que o paciente, no momento da escolha, está consciente, orientado e decidindo sobre o seu próprio tratamento.

¹⁸⁸ Tema 1069/STF - Direito de autodeterminação dos Testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa.

A doutrina, por outro lado, tem se inclinado a fazer valer o disposto no art. 15.º da lei civil, com a compreensão de que o paciente Testemunha de Jeová não deve ser compelido, contra a sua livre vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a sua liberdade de crença religiosa, ao passo que o texto constitucional não estabelece qualquer hierarquia entre o direito à vida e outros direitos individuais. A vontade do paciente deve ser respeitada, em atenção à dignidade da pessoa humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro¹⁸⁹.

Nessa mesma linha, o Enunciado n.º 403 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, assegurou o direito à inviolabilidade de consciência e de crença (art. 5.º, inciso VI, da CF) à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que “observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante”. Exige-se, portanto, o consentimento livre e esclarecido do paciente para a validade da manifestação de vontade pela recusa de tratamento médico ou transfusão de sangue.

O art. 13.º da lei civil veda, ainda que com o consentimento informado do paciente, os atos de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, excepcionados os casos de exigência médica. Admite-se tais atos para fins de transplantes, na forma estabelecida em lei, no caso, a Lei n.º 9.434/1997. A lei civil brasileira prevê, ainda, a disposição do corpo *post mortem* (art. 14.º), ao considerar válida a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, cuja validade do ato está vinculada a objetivo científico¹⁹⁰ ou altruístico.

A lei permissora de transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas exige o consentimento livre e esclarecido dos familiares, por meio de um termo específico expresso de autorização (art. 4.º, Lei n.º 9.434/1997). Há crítica por parte da doutrina quanto à necessidade de autorização dos familiares mesmo nas hipóteses em que o falecido tenha deixado autorização expressa para utilização de seus órgãos para transplante. A autonomia da vontade do indivíduo é flagrantemente violada por tal disposição legal, afrontando-se a

¹⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. [et. al.] – *Op. Cit.* p. 62.

¹⁹⁰ A disposição do corpo *post mortem* para fins científicos, além da permissão contida no Código Civil, é objeto da Lei n.º 8.501/1992, que dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científica. A referida norma autoriza que o cadáver não reclamado junto às autoridades públicas no prazo de trinta dias seja destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico, resguardando o direito de acesso aos dados do falecido aos familiares ou representantes legais para fins de reconhecimento.

dignidade humana que pressupõe a plena autodeterminação individual quando não houver risco para si ou para a coletividade. Para Anderson Schreiber¹⁹¹, na hipótese de autorização prévia e expressa do falecido, deve-se recorrer ao art. 14.º da lei civil, que permite uma interpretação mais compatível com os valores constitucionais, ao reconhecer sem qualquer ressalva a validade do ato de disposição gratuita do próprio corpo *post mortem* com fins altruísticos.

Corroborando referida interpretação, é o Enunciado n.º 277 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual, o art. 14.º do Código Civil determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/1997 ficou restrita à hipótese de silêncio do doador já falecido. Prevalece, nesses casos, a autonomia da vontade do indivíduo manifestada antecipadamente.

O Superior Tribunal de Justiça interpretou os referidos comandos normativos no julgamento de recurso especial¹⁹² que visava solucionar controvérsia acerca da destinação do corpo de pessoa falecida que teria manifestado vontade de, após a sua morte, ser submetido a procedimento de criogenia¹⁹³. Para a citada Corte, nos casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo *post mortem*, tem legitimidade os familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo *de cuius*. E, na falta de manifestação expressa deixada pelo indivíduo em vida no sentido de ser submetido à criogenia após a morte, presume-se que sua vontade seja aquela manifestada por seus familiares mais próximos. No caso concreto, deu-se provimento ao recurso especial para determinar a manutenção do congelamento do corpo, em atenção à autonomia da vontade.

O Código Penal brasileiro pune a conduta de deixar de prestar assistência a pessoas em grave e iminente perigo de vida (art. 135.º). Por outro lado, exclui a ilicitude da conduta, por estado de necessidade e exercício do dever legal, no caso de “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida” (art. 146.º, § 3.º, *a*), desde que haja perigo concreto de superveniente morte do indivíduo. Releva-se, aqui, o direito ao consentimento informado, violando-se liberdade pessoal para salvaguardar bem jurídico de maior valor, no caso, a vida do paciente, a fim de evitar a

¹⁹¹ SCHREIBER, Anderson. [et. al.] – *Op. Cit.* p. 58.

¹⁹² STJ. REsp 1693718/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª TURMA, julgado em 26/03/2019. Publicação DJe 04/04/2019.

¹⁹³ A expressão criogenia aqui utilizada como a técnica de preservação do cadáver congelado em temperaturas extremamente baixas, na expectativa de ser ressuscitado no futuro.

morte. Neste caso, para Genival Veloso de França¹⁹⁴, o médico está no exercício regular de um direito e no cumprimento do dever legal.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei n.º 13.146/2015, assegura expressamente o direito ao consentimento informado da pessoa com deficiência. A legislação considera indispensável o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. O consentimento da pessoa com deficiência somente poderá ser dispensado, em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis.

A Lei n.º 13.146/2015 reforça o comando normativo do Código Civil, ao determinar que a pessoa com deficiência não pode ser forçada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização. Nos termos do Estatuto, em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento. Somente quando o curatelado não tiver condições de fazê-lo, o consentimento ficará a cargo do curador, que será devidamente esclarecido sobre os riscos do tratamento¹⁹⁵. Há previsão de dispensa do consentimento prévio, livre e esclarecido no Estatuto, nos casos de risco de morte e emergência em saúde, resguardado o superior interesse da pessoa com deficiência e adotadas as medidas legais cabíveis.

O dever de informação é garantia assegurada pela legislação consumerista¹⁹⁶, a qual estipula como direito básico do consumidor a obtenção de informação clara e adequada sobre os produtos e serviços, com suas especificações, bem como sobre os riscos que apresentem. O Código de Defesa do Consumidor se aplica na relação médico-paciente e o consentimento informado é, por conseguinte, considerado um direito do consumidor. A legislação protetiva das relações de consumo aplica o princípio da responsabilidade subjetiva do profissional da medicina, cuja responsabilização pressupõe a existência de culpa. O ônus da prova é do médico, que deverá demonstrar ter agido de acordo com as exigências legais e regulamentares para se eximir da reparação de eventual dano causado por falta de informação ou do consentimento do paciente.

A responsabilidade pelo descumprimento dos deveres de prestar informações suficientes e da obtenção de consentimento informado do paciente somente ensejará na condenação do

¹⁹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de – **Direito Médico**. p. 217.

¹⁹⁵ SILVA, Erika Mayumi Moreira da – *Op. Cit.* p. 190.

¹⁹⁶ Art. 6º do CDC - São direitos básicos do consumidor: [...] 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.

médico se o dano decorreu exclusivamente da falta de informação ou consentimento, que não se confunde com a responsabilidade por erro médico¹⁹⁷. Cada vez mais se evidencia a necessidade de obtenção do consentimento informado, pois além de demonstrar que o médico está atendendo de forma exemplar a sua obrigação, contribui para resguardá-lo de futura responsabilidade e também do estabelecimento em que estiver atuando.

Ainda que o consentimento seja um instrumento de defesa numa eventual alegação de erro, seu sentido maior é a dignificação da pessoa. O consentimento informado, por si só, não isenta o médico quando existirem outras faltas no cumprimento dos deveres de conduta¹⁹⁸.

O direito ao consentimento informado encontra proteção no Código de Ética Médica Brasileiro¹⁹⁹, que estabelece o conjunto de normas a serem observadas e seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão. O referido ato normativo prevê a necessidade de o médico 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 (art. 22.º), bem como deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após explicações sobre a natureza e suas consequências (art. 101.º). Quando o paciente for criança, adolescente, pessoa com transtorno ou doença mental ou, ainda, em situação de capacidade diminuída, a norma exige, além do consentimento do representante legal, o assentimento livre e esclarecido do próprio paciente na medida de sua compreensão.

O citado documento obriga o profissional médico a prestar todas as informações ao paciente sobre o diagnóstico, riscos e objetivos do tratamento, excepcionando nos casos de iminente risco de morte ou quando a informação puder causar dano ao paciente²⁰⁰.

O consentimento livre e esclarecido não deve ser compreendido apenas como mais uma regra na atividade profissional do médico, mas também no respeito à autonomia da vontade do paciente, em que o direito à saúde é um direito fundamental de cada ser humano. Trata-se de uma forma de garantir a cada indivíduo sua própria soberania²⁰¹.

A Recomendação n.º 1/2016 do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre o processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido na assistência médica, apontando o conteúdo

¹⁹⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado de – **Consentimento Informado**. p. 359.

¹⁹⁸ FRANÇA, Genival Veloso de – *Op. Cit.* p. 286.

¹⁹⁹ Aprovado pela Resolução n.º 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina, que revogou o Código de Ética Médica anterior, aprovado pela Resolução n.º 1.931/2009.

²⁰⁰ DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. p. 177.

²⁰¹ FRANÇA, Genival Veloso de – *Op. Cit.* p. 273.

obrigatório²⁰² exigido para o termo de consentimento informado. O referido documento possui tríplice função: o respeito à autonomia, à liberdade de escolha, à dignidade do paciente e à igualdade; estreitar a relação de colaboração e de participação entre médico-paciente e definir os parâmetros de atuação do médico. A recomendação enfatiza que o consentimento informado é um processo e não um ato isolado, portanto, deve incorporar a participação do paciente na tomada de decisão, providência essencial na relação médico-paciente. O paciente somente deve dar o seu consentimento quando estiver convencido de que lhe foram apresentados os esclarecimentos indispensáveis sobre o procedimento, seus riscos, benefícios e possíveis consequências.

A informação é um pressuposto prévio do consentimento, o paciente deve dar seu consentimento sempre de forma livre e consciente e as informações que lhe são prestadas devem ser acessíveis aos seus conhecimentos. Para que esse consentimento seja juridicamente válido, deve ser dado por sujeito capaz e requer informações isentas de vícios, apresentadas numa linguagem que permita o devido esclarecimento e a consciente permissão²⁰³.

No âmbito do direito da saúde, a legislação brasileira exige o respeito ao consentimento informado também no exercício da técnica de procriação medicamente assistida, que embora não esteja regulamentado em uma legislação específica, encontra-se estabelecido no Código de Ética Médica, orientado pela Resolução CFM n.º 2.013/2013 e permitido pela Lei de Biossegurança. As técnicas de reprodução assistida visam auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. Nos termos da citada resolução, o consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de procriação assistida. Os aspectos médicos e os resultados obtidos com o tratamento devem ser detalhadamente expostos aos pacientes, cujas informações devem atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O termo de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida, nos termos da Resolução CFM n.º 2.013/2013.

²⁰² O termo de consentimento livre e esclarecido deve, obrigatoriamente, conter: a) Justificativa, objetivos e descrição sucinta, clara e objetiva, em linguagem acessível, do procedimento recomendado ao paciente; b) Duração e descrição dos possíveis desconfortos no curso do procedimento; c) Benefícios esperados, riscos, métodos alternativos e eventuais consequências da não realização do procedimento; d) Cuidados que o paciente deve adotar após o procedimento; e) Declaração do paciente de que está devidamente informado e esclarecido acerca do procedimento, com sua assinatura; f) Declaração de que o paciente é livre para não consentir com o procedimento, sem qualquer penalização ou sem prejuízo a seu cuidado; g) Declaração do médico de que explicou, de forma clara, todo o procedimento; h) Nome completo do paciente e do médico, assim como, quando couber, de membros de sua equipe, seu endereço e contato telefônico, para que possa ser facilmente localizado pelo paciente; i) Assinatura ou identificação por impressão datiloscópica do paciente ou de seu representante legal e assinatura do médico; j) Duas vias, ficando uma com o paciente e outra arquivada no prontuário médico.

²⁰³ FRANÇA, Genival Veloso de – *Op. Cit.* p. 273.

Embora não haja legislação específica que discipline o consentimento livre e esclarecido, o instituto está bem equacionado no que diz respeito a normas deontológicas, a partir do Código de Ética Médica e das citadas recomendações e resoluções do Conselho Federal de Medicina, além de constar nas mencionadas passagens da legislação brasileira.

3.3. Natureza jurídica do consentimento informado

O exercício do direito ao consentimento informado é um ato jurídico, representado por uma ação humana que exterioriza a vontade individual do autor da declaração de consentimento. Trata-se de um ato relevante na esfera jurídica, notadamente sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

A respeito dos atos jurídicos, Carlos Alberto da Mota Pinto²⁰⁴ distingue-os em: quase negócios jurídicos ou atos jurídicos quase-negociais e as operações jurídicas, denominada pela doutrina também de atos materiais ou reais.

Não há consenso na doutrina acerca da exata natureza jurídica do consentimento informado, embora prevaleça o entendimento de que consiste em um ato jurídico em sentido estrito.

Destaca Flaviana Rampazzo Soares²⁰⁵ que o consentimento é uma figura jurídica dotada de certas particularidades, com uma finalidade peculiar que é o tratamento de saúde e a essencialidade da condição da pessoa humana, razão pela qual não há um encaixe perfeito na classe de negócio ou de ato jurídico *stricto sensu*.

O consentimento do lesado, de acordo com Rabindranath Capelo de Sousa²⁰⁶, é um ato jurídico unilateral, não constitutivo, na medida que não cria direito para o agente da lesão, tratando-se de um ato permissivo, exigindo consentimento específico para cada uma das lesões.

A recusa²⁰⁷ de tratamento médico ou o seu consentimento não é uma declaração de vontade negocial, mas sim uma autorização para realização de uma ação fática, decorrente da autodeterminação da pessoa. O consentimento, por sua vez, é causa de justificação da intervenção médica, para que não se configure ofensa à integridade física ou moral da pessoa humana.

²⁰⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 358.

²⁰⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo – *Op. Cit.* p. 79.

²⁰⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. p. 411-412.

²⁰⁷ O direito a recusa a tratamento médico será estudado no Capítulo 4 do presente estudo.

De acordo com André Gonçalo Dias Pereira²⁰⁸, o consentimento informado para intervenções médicas tem natureza jurídica de ato jurídico *stricto sensu* e, dentro desta categoria, classifica-se como quase-negócios jurídicos ou atos jurídicos quase negociais.

3.4. A questão da ética médica

A ética recai sobre as ações humanas, as práticas do homem, os seus hábitos, as regras que segue. De acordo com Maria do Céu Patrão Neves e Walter Osswald²⁰⁹, ética mantém duplo significado: o princípio da ação ou o que determina o homem a agir, a razão por que se age de uma forma e não de outra; e o resultado de uma ação que se repete ou regras que a ação cumpre, as normas ou regras que o homem se subordina, que obedece enquanto age.

Inicialmente, a medicina era conduzida pelos rigores das tradições e influências religiosas, época em que o médico estava muito mais próximo da cortesia e da caridade do que de um profissional da saúde combatente de situações difíceis e desafiadoras, frequentemente apresentadas pelo exercício da medicina. A ética do médico se inspirava na teoria das virtudes, em especial a prudência.

Com o passar dos tempos, essa visão da medicina restou superada e surgiu a medicina clínica e, a partir daí, nasceram também os deveres e obrigações dos médicos. A ética do médico assumiu diferentes dimensões políticas, sociais e econômicas, a exemplo dos posicionamentos favoráveis às práticas da eutanásia, do aborto e da reprodução assistida. A profissão médica começou a perder os vínculos com a ética clássica e houve o enfraquecimento do paternalismo. A ética médica contemporânea se amoldou ao desenvolvimento da sociedade, desvinculando-se das “imposições da moralidade histórica da medicina”²¹⁰.

Houve período em que a ética médica sofreu influência da teoria dos princípios²¹¹, orientando-se pela autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

A teorização dos princípios reguladores da ação no âmbito da biomedicina apresentou uma metodologia decorrente da teoria e que objetivava colocar em prática na análise e resolução de uma série de problemas concretos. De acordo com Maria do Céu Patrão Neves e Walter

²⁰⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 616.

²⁰⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – **Bioética Simples**. p. 28.

²¹⁰ FRANÇA, Genival Veloso de – *Op. Cit.* p. 44.

²¹¹ Os princípios a serem observados na ética biomédica, associados ao principialismo estadunidense dos autores Tom L. Beauchamp e James F. Childress, que visava criar uma pauta ética aplicada, são quatro: autonomia, não maleficência, beneficência e da justiça. Sobre a questão: SOARES, Flaviana Rampazzo – **Consentimento do paciente no direito médico: validade interpretação e responsabilidade**. p. 208-209.

Osswald²¹², trata-se de uma teoria simples de compreender e fácil de aplicar, cuja tese fundamental está na existência de quatro princípios morais básicos de orientação da ação: beneficência, não maleficência, justiça e autonomia; a partir dos quais se especificam regras a considerar na apreciação ética dos casos concretos e singulares, respectivamente: confidencialidade, fidelidade, privacidade e veracidade.

O princípio da beneficência, como o próprio nome já sugere, vincula o profissional da saúde a promover sempre o bem do paciente. O médico deve agir para proporcionar o maior benefício possível. O Regulamento de Deontologia Médica português, em seu art. 5.º, estabelece a qualidade dos cuidados médicos, orientado no princípio da beneficência, ao obrigar o médico a prestar os melhores cuidados que estejam ao seu alcance. De igual forma, o Código de Ética Médica brasileiro elenca entre os seus princípios fundamentais, o dever do médico de agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional, bem como atuar sempre em benefício do paciente. “A beneficência implica e é promovida pela confidencialidade, ou salvaguarda sigilosa de informação, na medida em que esta contribui para o estreitamento da relação entre a pessoa e o profissional da saúde”²¹³.

Extraí-se do princípio da não maleficência a obrigatoriedade de o profissional da saúde não promover qualquer mal ao paciente. Desse princípio decorre a regra da fidelidade.

Pelo princípio da beneficência ou da não maleficência, o profissional tem a obrigação ética e legal de utilizar o tratamento necessário para salvar a vida do paciente, vale dizer, por meios moderados, deve seguir de acordo com a sua consciência e com as regras da experiência para utilizar o meio mais adequado para a saúde do paciente. Referido princípio se baseia na condição de o médico saber aliar as possibilidades terapêuticas à expectativa de cura ou à certeza de não trazer mais sofrimento ou constrangimento ao paciente, inspirado nas razões de não fazer mal e, na maioria das vezes, deve prevalecer a beneficência sobre a não maleficência²¹⁴. O princípio da beneficência, todavia, não pode excluir a autonomia.

O princípio da autonomia está ligado à liberdade e ao respeito à dignidade humana, se refere ao direito de o paciente se orientar com liberdade, seja na recusa de tratamento ou não aceitando medidas de ressuscitação.

Na ética médica, o princípio da autonomia consiste na necessidade de reconhecer o direito de autodeterminação do paciente em relação aos seus interesses, com respeito a sua vontade, na maior e melhor medida possível. Nas questões envolvendo atos médicos, a pessoa autônoma é

²¹² NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – **Bioética Simples**. p. 108-109.

²¹³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 109-110.

²¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de – *Op. Cit.* p. 342.

aquela razoavelmente capaz de receber a informação, compreendê-la e deliberar no momento adequado e em relação a certos atos²¹⁵. “O princípio da autonomia afirma a capacidade que a pessoa tem de autodeterminação e exige a regra da veracidade como condição mínima para a sua aplicabilidade”²¹⁶.

O princípio da justiça, por sua vez, se aplica quando o médico está diante de uma situação que requer ponderar os custos e benefícios, ocasião em que o profissional tem o dever de imparcialidade na distribuição desses riscos e benefícios. “O médico tem uma dupla lealdade a satisfazer: de um lado o paciente e as suas necessidades concretas, do outro a sociedade e a exigência de não abusar dos meios disponíveis – o que na bioética se chama o princípio da justiça”²¹⁷.

Pelo princípio da justiça, as pessoas devem ser tratadas com igualdade, de forma que os pacientes em condições de saúde semelhantes merecem tratamento similar. Tal princípio visa evitar que ocorram situações discriminatórias, isto é, que pessoas tenham injustificadamente tratamentos diferenciados. As boas práticas médicas orientam que a medicina seja exercida sem discriminação de nenhuma natureza²¹⁸.

Além dos supracitados princípios, o segredo médico é um dos mais antigos e tradicionais princípios da ética médica. Consiste no silêncio que o profissional está obrigado a manter sobre os fatos conhecidos no exercício da profissão e na relação médico-paciente. O princípio não é absoluto, nem ilimitado, pois em determinados casos, previstos em lei, as informações protegidas pelo segredo médico merecem ser reveladas, em prol dos interesses de ordem pública e do equilíbrio social. O que o postulado pretende evitar é a revelação temerária, desmotivada e com má-fé.

O sigilo médico, de acordo com André Gonçalo Dias Pereira²¹⁹, “está no cerne da relação médico-paciente e é o pilar sobre que assenta esta relação pessoalíssima que exige, necessariamente, confiança”. O segredo abrange não apenas os fatos conhecidos direta e exclusivamente no exercício da profissão, mas também os fatos que o médico tenha conhecimento porque era médico²²⁰. A confidencialidade médica inclui o dever de não revelar segredos do paciente, de modo a preservar a sua privacidade.

²¹⁵ SOARES, Flávia Rampazzo – *Op. Cit.* p. 209.

²¹⁶ NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – *Op. Cit.* p. 111.

²¹⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. p. 22.

²¹⁸ SOARES, Flávia Rampazzo – *Op. Cit.* p. 212.

²¹⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa**. p. 10.

²²⁰ *Idem* – *Op. Cit.* p. 26.

A reserva à vida privada no tocante às informações relativas à saúde está assegurada no art. 10.º da Convenção de Oviedo e é a principal fonte do dever de sigilo que recai sobre os profissionais da saúde. A observância ao segredo médico, todavia, deve se pautar não só no interesse individual do doente, mas também no interesse público de preservação da confiança dos próprios profissionais da saúde²²¹.

Por mais importante que possa ser o segredo médico, além dele, existem interesses mais valiosos, pessoais ou sociais, face aos quais o sigilo profissional não pode prevalecer, como nos casos de defesa da saúde da coletividade, na administração da justiça e na tutela da honra, tanto do paciente quanto do médico. O médico pode quebrar o sigilo, portanto, em casos morais ou deontológicos e outros resultantes da própria lei²²².

O Regulamento de Deontologia Médica português eleva o segredo médico à condição essencial ao relacionamento médico-paciente, assentada no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança, estendendo-se, inclusive, após a morte do doente. O Código de Ética Médica brasileiro elenca como princípio fundamental do exercício da medicina o sigilo acerca das informações que o médico detenha conhecimento no desempenho de suas funções, exceto os casos previstos em lei.

Os referidos princípios da ética biomédica conferem a prevalência da autodeterminação individual sobre outros valores humanos fundamentais, evoluindo para uma ética centrada na dignidade da pessoa e no seu direito à liberdade de autodeterminação²²³.

Para Rui Nunes²²⁴, num contexto plural e inclusivo, a ética médica – em matéria de cuidados de saúde – deve aplicar a doutrina do consentimento informado, livre e esclarecido, que representa o respeito pela liberdade de autodeterminação individual.

A teoria dos princípios na ética médica foi aceita, porém com o passar do tempo demonstrou ser insuficiente para responder questões pragmáticas e de grandes divergências, tais como a eutanásia, o descarte de embriões congelados, entre outras. A doutrina da bioética passou a ter prestígio ao apresentar propostas de solução para os problemas éticos. Atualmente, na visão de Genival Veloso de França²²⁵, iniciou-se o período antiprincipialista, ante a insuficiência dos princípios para satisfazer as necessidades do dia a dia e para oferecer resposta aos desafios atuais da medicina. Para o autor, “A verdade é que o médico vem se estruturando

²²¹ BARBOSA, Carla; MONIZ, Helena – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. p. 246.

²²² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *Op. Cit.* p. 411-412.

²²³ NUNES, Rui – **Consentimento Informado e boa prática clínica**. p. 120.

²²⁴ *Idem* – *Op. Cit.* p. 137.

²²⁵ FRANÇA, Genival Veloso de – *Op. Cit.* p. 46.

dentro de certas situações difíceis, onde os princípios mais tradicionais nem sempre lhe asseguram a certeza de uma correta tomada de posição”.

Em Portugal, os médicos contam com um conjunto de normas de comportamento que serve de orientação nos diferentes aspetos das relações humanas que se estabelecem no decurso do exercício profissional da medicina, sintetizadas no Regulamento de Deontologia Médica – Regulamento n.º 707/2016. Trata-se de regras deontológicas fundamentais, baseadas em conhecimentos atuais da ciência médica e no campo da bioética. O regulamento estabelece princípios gerais de conduta, entre os quais, o respeito pelo direito à saúde, com a abstenção de práticas não justificadas pelo interesse do doente ou que pressuponham ou criem falsas necessidades de consumo. A atualização permanente da cultura científica e a preparação técnica são exigidas, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica.

Entre os deveres de observância da ética médica, está o de prestar esclarecimento ao paciente sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença, por meio de palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente. Em atenção ao dever ético da medicina, o médico deve aceitar, podendo inclusive sugerir que o doente procure outra opinião médica, especialmente se a decisão envolver riscos significativos ou graves consequências para a sua saúde e vida.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina aprovou o Código de Ética Médica, por meio da Resolução CFM n.º 2.217/2018, que contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive nas atividades relativas a ensino, pesquisa e administração de serviços de saúde e em quaisquer outras que utilizem o conhecimento advindo do estudo da medicina. O documento enumera vinte e seis princípios fundamentais, dentre os quais, destaca-se a necessidade do desempenho ético da medicina e a primazia da saúde do ser humano.

O consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais, como visto, deve ser tido como pressuposto para o ato médico. Em regra, o procedimento ou a intervenção médica necessita de uma autorização prévia, a fim de atender os princípios da autonomia e da liberdade, pelos quais o sujeito tem consagrado o direito de autodeterminação, de decidir pelo seu destino e o caminho que pretende para sua vida. A inobservância desse requisito pode ensejar na prática

de infrações aos ditames da ética médica, exceto em situações peculiares com iminente perigo de vida²²⁶.

Entre os deveres de ética profissional dos médicos, está o de prestar o consentimento informado, livre e esclarecido ao paciente, que vai além de um consentimento puro e simples. Para cumprir com seu intento, exige-se a capacidade de compreensão do doente para entender e considerar as disposições apresentadas pelo profissional, com linguagem clara e acessível ao nível de conhecimento do sujeito, para que possa decidir isento de influências ou coação.

Uma das questões mais controversas e intrigantes acerca da ética médica, notadamente nos casos de final da vida de pessoa doente, é a recusa de atos médicos/tratamento.

4. A RECUSA DE ATOS MÉDICOS

A doutrina do consentimento informado deve fornecer fundamento para resolver a discussão acerca do direito do paciente, como sujeito na relação médico-paciente e com base na autonomia, em praticar atos decisórios sobre o fim da sua vida, inclusive, de manifestar recusa a atos médicos.

Com o passar dos anos, o avanço da medicina e sofisticação da tecnologia levaram os profissionais e a própria sociedade a uma busca desenfreada para prolongar ou evitar o fim da vida, embora tenha evoluído progressivamente a ideia de se partilhar a decisão clínica com o paciente e seus familiares. “Está em causa o exercício do direito à liberdade ética sendo este considerado como o valor fundamental das sociedades contemporâneas”²²⁷. No particular, surge o dilema do alcance da autonomia do indivíduo, em matéria de cuidados de saúde. Questiona-se a possibilidade de o doente poder ou não fazer suas escolhas livres, informadas e esclarecidas quanto aos atos médicos.

O alicerce para fundamentar o direito de recusa de tratamento ou da sua cessação é a autonomia do paciente, que “faz do consentimento a pedra de toque do Direito Biomédico”²²⁸.

O consentimento informado é utilizado para garantir a autonomia do paciente, por meio do qual o profissional da saúde se vale da prudência necessária para atender o dever de informar o paciente dos fatos que são relevantes, utilizando-se de linguagem acessível, para que possa decidir com consciência acerca da intervenção médica, manifestando, inclusive, a sua recusa.

²²⁶ FRANÇA, Genival Veloso de – *Op. Cit.* p. 41.

²²⁷ NUNES, Rui – **Consentimento Informado e boa prática clínica.** p. 126.

²²⁸ LOUREIRO, João Gonçalves – **Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crônico.** p. 39.

O entendimento dominante é no sentido de que a pessoa adulta tem direito de recusar os tratamentos propostos pelo médico, por mais irrazoável ou estúpido que possa parecer sob a perspectiva médica²²⁹.

E, se o paciente tem o direito de ser informado e esclarecido sobre a sua condição de saúde e possíveis tratamentos, antes disso, deve ser lhe assegurado o direito a não ser informado sobre a doença. A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, em seu art. 10.º, n.º 2, prevê a qualquer pessoa “o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde”, com a ressalva de que “a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”²³⁰.

O exercício da autonomia pode contemplar derrogações à doutrina do consentimento exposto, se for essa a vontade real do paciente. Todavia, de acordo com Stela Barbas²³¹, o direito a não saber não é absoluto, sobretudo quando colidir com interesses de terceiros ou com o dever de informação do médico. “O princípio da autonomia deve ter em atenção o indivíduo como membro integrante de uma família e da sociedade, pelo que têm de ser ponderados os interesses dos terceiros envolvidos”²³².

A depender da situação, em decorrência do princípio da não maleficência, o profissional da saúde deve se abster de informar o paciente sobre o seu estado de saúde, se esta for a sua vontade. As informações em excesso ou não desejadas podem ser prejudiciais ao paciente, portanto, assegurar o direito a não saber, quando assim desejado pelo indivíduo, é fazer valer o direito à autodeterminação pessoal e o direito à privacidade.

Quando o paciente declara ao médico, de forma clara e inequívoca, a preferência por não tomar conhecimento da gravidade da sua situação e que aceitará a decisão do próprio médico, dispensa-se o esclarecimento, com a prevalência, também aqui, do princípio da autonomia da vontade. Todavia, o paciente deve ter um conhecimento, ao menos, em abstrato, do âmbito de conhecimentos em questão, com condições de ponderar, adequadamente, os riscos da falta de conhecimento. O problema fundamental do direito a não saber, de acordo com André Gonçalo Dias Pereira²³³, “é o conhecimento da possibilidade de conhecimento”. Para o autor, somente

²²⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 504.

²³⁰ CONSELHO da Europa - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. [Em linha] Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>.

²³¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. p. 402.

²³² *Idem* – *Op. Cit.* p. 406.

²³³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.* p. 469.

com a ciência da possibilidade de conhecer determinadas informações, pode o sujeito se autodeterminar no sentido de recusar.

Na implementação do consentimento informado, Rui Nunes²³⁴ destaca a importância do direito à privacidade²³⁵, o qual “visa restringir qualquer intromissão externa, pressupondo a não ingerência na esfera íntima dos doentes”. A privacidade e a confidencialidade, no campo da saúde, implicam o cumprimento do princípio do segredo médico, exigido de todos os profissionais envolvidos.

O direito à liberdade de religião e à liberdade de consciência, aliados ao princípio da autonomia da vontade do doente, via de regra, asseguram aos indivíduos o direito a recusa de transfusão de sangue, como ocorre nos casos envolvendo as Testemunhas de Jeová, conforme já exemplificado.

A questão da recusa, inclusive, vai além da liberdade religiosa, como por exemplo, nos casos de gestantes que se recusam a consentir com a interrupção da gravidez mesmo correndo risco de morte ou de pacientes oncológicos que recusam determinado tratamento prescrito. Outros tratamentos vitais que são alvo de recusa são a ressuscitação cardíaca, a nutrição e hidratação artificiais. A polêmica é interminável entre o direito à autodeterminação, à liberdade e à dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde da pessoa²³⁶.

A recusa de atos médicos, no direito brasileiro, está regulamentada na Resolução CFM n.º 2.232/2019, a qual estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e a objeção de consciência na relação médico-paciente. A vontade do paciente – maior e capaz – deve ser respeitada pelo médico, desde que seja informado dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão e que a situação não importe em risco relevante à saúde. Nos termos da aludida resolução, a recusa do paciente não deve ser aceita quando colocar em risco a saúde de terceiros ou se trate de doença transmissível ou de qualquer outra condição que exponha a população a risco de contaminação. Orienta-se que a recusa terapêutica seja realizada preferencialmente por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado possa expor o paciente a perigo de morte.

A Lei de Bases da Saúde portuguesa assegura a todas as pessoas o direito de decidir, livre e esclarecidamente, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos.

²³⁴ NUNES, Rui – *Op. Cit.* p. 128.

²³⁵ O direito à privacidade, em matéria de cuidados de saúde, está expressamente assegurado na Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019) de Portugal, a qual estabelece que “1 - Todas as pessoas têm direito: a) À proteção da saúde com respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação, confidencialidade e privacidade; [...]”.

²³⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica.** p. 550.

É assegurado aos médicos, por outro lado, o direito a recusar a prática de atos que, embora assegurados por lei, confrontem com os ditames da sua consciência. É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.

O direito à objeção de consciência, nos termos da lei, está previsto na Constituição da República Portuguesa, art. 41º, n.º 6. Como determina a Constituição da República, somente mediante normas expressas é que será garantida a objeção de consciência, vale dizer, a norma constitucional não é exequível por si mesma, ao passo que, requer legislação específica para que possa ser aplicada.

Não há um direito geral à objeção de consciência que possa justificar a violação de normas jurídicas, afastando o juízo da ilicitude. Trata-se de direito que pode colidir com outros direitos fundamentais²³⁷. O exercício da objeção de consciência deve ser compatibilizado com o exercício de outros direitos fundamentais, tal qual, a liberdade de autodeterminação pessoal. O exame do caso concreto é que permitirá determinar qual direito deve prevalecer em relação ao outro.

De acordo com André Gonçalo Dias Pereira²³⁸, “a objeção de consciência é a face personalizadora do profissional de saúde”, ao passo que, antes de ser o profissional é uma pessoa, dotada de liberdade e personalidade, respeitando o seu quadro ético e o seu sistema de valores.

Assegura-se ao médico o direito de evocar objeção de consciência, elemento importante para o equilíbrio da relação entre médico e paciente. “O instituto da objeção de consciência serve para compatibilizar os interesses, quando em aparente ou potencial conflito”²³⁹.

O médico não pode ser obrigado a acompanhar um doente que recusa um tratamento ou procedimento que lhe permitiria a melhora do seu estado de saúde ou mesmo evitar a morte, desde que outro profissional o substitua e não sejam postos em causa os cuidados a ministrar ao paciente²⁴⁰.

Em que pese o direito de objeção de consciência do médico, este deve assegurar que um outro profissional preste assistência ao paciente. Portanto, o referido instituto não deve ser invocado em casos de urgência e com perigo de vida ou risco de grave dano à saúde.

²³⁷ LAMEGO, José, cit por CASTRO, Raquel Brízida. **Um contributo para o estudo da eutanásia no direito constitucional português**. p. 110-111.

²³⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. p. 388.

²³⁹ DADALTO, Luciana; CARVALHO, Carla Vasconcelos – **Em busca de um consenso jurídico acerca da limitação de hidratação e nutrição nos cuidados com o fim da vida**. p. 42.

²⁴⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *Op. Cit.* p. 386.

Cabe ao médico, ainda, anotar a objeção no prontuário e comunicar a objeção ao paciente, garantindo que seja atendido por outro profissional, sob pena de responder por eventuais consequências dos seus atos, tais como lesões à integridade física, psíquica e moral do paciente.

Desta forma, ainda que assegurado tal direito, os médicos não podem pretender impor, na sua atuação, os seus próprios valores. Ainda que o médico invoque as máximas éticas do seu Código Deontológico, a verdade é que essa ética não é universal, nem sequer para os próprios médicos. A liberdade de cada um deve ser compatibilizada com a liberdade do outro²⁴¹.

Na relação médico paciente deve haver reciprocidade, assegurando-se ao profissional da saúde o direito de obter as informações necessárias e convenientes para a sua atuação. Esse direito do médico tem como pressuposto o consentimento informado do indivíduo para que este decida colaborar. Acaso não haja essa colaboração por parte do paciente, como consequência, poderá o médico se isentar de responsabilidade por eventual atuação incorreta, ou ainda, recusar o atendimento ou a prática de ato médico, desde que não exista perigo de vida ou a integridade física do doente²⁴².

No plano dos direitos fundamentais, por mais que pareça irrazoável aos olhos da sociedade, o direito à recusa de tratamentos médicos se fundamenta no direito à integridade física e moral, na liberdade de consciência e, ainda, na liberdade religiosa. Trata-se de assegurar a autonomia da vontade do indivíduo, ainda que possa parecer irrazoável²⁴³.

4.1. Bem jurídico tutelado

Em matéria de consentimento no âmbito da prática médica estão em causa bens jurídicos como a dignidade humana, a integridade física e moral do indivíduo, a liberdade e autodeterminação da pessoa.

A dignidade da pessoa humana, assegurada no plano constitucional brasileiro e português, como já visto, dá amparo ao instituto do consentimento informado. Isso porque, é comum a relação da dignidade da pessoa humana à autodeterminação da pessoa, a sua livre autonomia, deixando o sujeito livre para adotar os seus próprios valores e com base nestes conduzir sua existência. Em regra, as decisões cruciais da pessoa não podem ser impostas por uma vontade

²⁴¹ CASTRO, Raquel Brízida. **Um contributo para o estudo da eutanásia no direito constitucional português**. p. 114.

²⁴² RODRIGUES, João Vaz – **O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. p. 225.

²⁴³ LOUREIRO, João Gonçalves – **Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico**. p. 37-38.

de terceiro²⁴⁴. Partindo-se de tais premissas, o paciente tem o direito ao consentimento informado acerca das questões de sua saúde e, a partir daí, exercer o poder de decisão a respeito delas.

O consentimento informado visa tutelar também o direito à integridade física e moral do indivíduo, cuja inviolabilidade é assegurada pela Constituição da República Portuguesa (art. 25º, n.º 1) e a sua proteção garantida pela legislação brasileira.

A integridade física é a incolumidade do corpo humano, que por sua vez, é a própria pessoa humana, tutelada pela dignidade. Os direitos à vida e à integridade física, tutelados constitucionalmente, conferem ao indivíduo o direito de não ter a sua vida ameaçada ou o seu corpo violado.

O art. 70º, n.º 1, da lei civil portuguesa protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. A referida norma reconhece ao indivíduo um conjunto de poderes jurídicos dos poderes naturais que surgem da própria estrutura e dinâmica da personalidade humana²⁴⁵ e incidem, unitária e globalmente, sobre a personalidade física e psíquica da pessoa²⁴⁶.

De acordo com André Gonçalo Dias Pereira²⁴⁷, o citado art. 70º, n.º 1, revela o direito fonte e, também, o direito especial de personalidade, consistente no direito à integridade física e moral, com o qual está relacionado a liberdade de vontade e a autodeterminação do indivíduo, ponto no qual se fundamenta, sob o enfoque do direito civil, o consentimento informado.

A rigor, se estivermos diante de uma situação justificável e aceitável sob o enfoque jurídico, não cabe a um indivíduo se intrometer na esfera jurídica de outrem. Trata-se da observância ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas, amparado a integridade psicofísica como direito da personalidade, por sua vez, fundado na dignidade da pessoa humana. Daí surge o dever de respeito ao bem jurídico da integridade física e psíquica, a qual integra a esfera jurídica pessoal, protegida pela ordem jurídica. Por tais premissas, em matéria de cuidados de saúde, é que se parte do princípio de que a intervenção médica não consentida pode representar uma conduta ilícita²⁴⁸. A integridade física e psíquica impõe deveres negativos de

²⁴⁴ BEIJATO JUNIOR, Roberto – **Vida: direito ou dever?: um estudo constitucional da eutanásia**. p. 54.

²⁴⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. p. 397.

²⁴⁶ DIAS, Patrícia Cardoso – **A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menos restritiva de direitos: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída**. p. 4.

²⁴⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 99.

²⁴⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo – *Op. Cit.* p. 46-47.

abstenção e deveres positivos de praticar atos de auxílio, cuja omissão pode ensejar em responsabilidade civil²⁴⁹.

Tudo isso decorre dos direitos fundamentais à vida e à saúde e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, assegurados constitucionalmente. Tem-se a dignidade como uma cláusula geral de tutela, com objetivo também de assegurar a personalidade humana.

Da tutela geral da personalidade decorre a capacidade de autodeterminação pessoal, amparada no direito à liberdade do indivíduo. A autodeterminação sobre a vida e o corpo tem sido considerada como o aspecto mais extremo da liberdade existencial, nos limites previstos no direito.

Nos cuidados de saúde, o exercício da autodeterminação e da livre disposição da integridade física do indivíduo deve se orientar pelo princípio da autonomia. Havendo capacidade para consentir, cabe a pessoa, com soberania, decidir sobre os cuidados de sua saúde²⁵⁰.

Em matéria de cuidados de saúde, o consentimento é um ato de realização individual, que não tem de ser partilhada com terceiro, refletindo a manifestação inequívoca da vontade individual, limitada apenas pelas determinações legais. A capacidade para consentir ou recusar um ato médico reforça o direito à autodeterminação pessoal com a reserva da esfera jurídica pessoal e reafirma a autorrealização da personalidade, de acordo com a capacidade da pessoa²⁵¹.

O exercício da liberdade, notadamente no que toca ao direito de decidir, está ligado ao consentimento à atuação do médico. O consentimento representa a concretização do direito à liberdade e autodeterminação para permitir a atuação profissional. Somente estará a exercer essa liberdade, de acordo com Flaviana Rampazzo Soares²⁵², quem tem independência e não está sendo enganado ou sob amarras indevidas.

4.2. Autonomia prospectiva

“A autonomia é a liberdade que as pessoas têm de se regerem e vincularem a si próprias, umas perante as outras, de prometerem e de se comprometerem”²⁵³.

²⁴⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 222.

²⁵⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil.** p. 205.

²⁵¹ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.* p. 5.

²⁵² SOARES, Flaviana Rampazzo – *Op. Cit.* p. 31.

²⁵³ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 14.

O exercício da autonomia da vontade, em matéria de cuidados de saúde, requer a capacidade do indivíduo de compreender a situação e avaliá-la, além de ponderar os seus riscos e benefícios.

De acordo com Luciana Dadalto e Carla Vasconcelos Carvalho²⁵⁴, a autonomia do paciente, como direito personalíssimo de decidir sobre seu próprio tratamento, sobretudo nas situações de fim da vida, deve ser analisada sob duas perspectivas: a bioética e a jurídica. Na perspectiva bioética, a autonomia deve se conformar à questão ética do ato; enquanto na perspectiva jurídica a autonomia deve se conformar com os demais valores e princípios do ordenamento jurídico. Para as autoras, o exercício da autonomia somente terá sentido no âmbito de uma ética da responsabilidade, a partir da qual o sujeito tem consciência e assume as consequências dos seus atos, com relação a si e a terceiros, em respeito à dignidade humana.

A autonomia como condição de ser verdadeiramente livre e da regulamentação das práticas médicas foi ganhando espaço com o passar dos anos. A obstinação terapêutica e o receio por parte do paciente de ser privado de manifestar validamente a sua vontade deu ensejo a necessidade de criar mecanismos para antecipar essa vontade. O que se pretende é que, diante de uma futura situação de incapacidade do sujeito, não existam dúvidas sobre qual seria a sua real vontade. Daí que surgiram as declarações antecipadas de vontade, na perspectiva de evitar possíveis lesões à autonomia dos pacientes²⁵⁵.

O paternalismo médico, assentado em considerações de beneficência, dá lugar a uma nova realidade da relação médico-paciente, com a reinvenção da doutrina do consentimento informado, livre e esclarecido, segundo a qual o consentimento não produz efeitos imediatamente, mas para o futuro, de uma forma prospectiva²⁵⁶.

A autonomia prospectiva está regulamentada na legislação portuguesa no art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2018, que estabelece o consentimento informado e determina que as pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida têm direito a dar o seu consentimento, contemporâneo ou antecipado, para as intervenções clínicas de que sejam alvo, desde que previamente informadas e esclarecidas pelo médico responsável e pela equipe multidisciplinar que a acompanham. O direito ao consentimento antecipado, previsto na referida norma, representa o reconhecimento da autonomia prospectiva.

²⁵⁴ DADALTO, Luciana; CARVALHO, Carla Vasconcelos – **Em busca de um consenso jurídico acerca da limitação de hidratação e nutrição nos cuidados com o fim da vida.** p. 36.

²⁵⁵ FONTES, Ludmylla Andrade – **Autonomia na última vontade: a legitimidade do jovem para formular o testamento vital.** p. 22.

²⁵⁶ NUNES, Rui – **Consentimento Informado e boa prática clínica.** p. 137.

O direito português regulamenta as diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados da saúde por meio da Lei n.º 25/2012. A autonomia prospectiva pode ser exteriorizada pela elaboração de um testamento vital, documento por meio do qual o sujeito manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja ou não receber, no caso de se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente. A norma estabelece, também, a possibilidade de nomeação de um procurador de cuidados de saúde, que terá poderes e orientação acerca da vontade do paciente, manifestada antecipadamente, para decidir sobre os cuidados de saúde a receber ou a não receber, no caso de o outorgante estar em situação de incapacidade para expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

No Brasil, embora a questão relativa às diretivas antecipadas de vontade em matéria de saúde careça de regulamentação normativa no âmbito federal²⁵⁷, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n.º 1.995/2012²⁵⁸, que dispõe sobre a matéria e a postura a ser observada pelo médico diante da manifestação antecipada de vontade do paciente.

A referida resolução trata de uma forma bastante superficial a matéria, mas reconhece o direito à autonomia prospectiva do indivíduo e direciona a conduta do médico quando se deparar com a existência de diretivas antecipadas de vontade. A teor da citada resolução, trata-se de um conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que deseja ou não receber, quando estiver incapacitado de se expressar, livre e autonomamente (art. 1.º). Determina que o médico deverá levar em consideração a manifestação de vontade do paciente ou do seu representante legal, caso o tenha designado, podendo desconsiderar a escolha somente se, em sua análise, estiver em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

No âmbito do consentimento informado, deve se dar preferência à autonomia do paciente, incluindo a autonomia prospectiva²⁵⁹.

O exercício do direito à autonomia da vontade, por meio de diretivas antecipadas de vontade, pode se dar tanto na manifestação do desejo de assegurar o prolongamento da vida

²⁵⁷ Há Estados da Federação que possuem legislação a respeito da matéria, a exemplo dos Estado de São Paulo (Lei n.º 10.241/1999), Paraná (Lei n.º 14.254/2003) e Minas Gerais (Lei n.º 16.279/2006), cuja legislação garante ao paciente o direito de dispor antecipadamente acerca de tratamentos que deseja ou não sejam empregados.

²⁵⁸ O Poder Judiciário, em decisão ainda pendente de julgamento de recurso pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, julgou improcedente ação ajuizada pelo Ministério Público Federal visando a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da referida Resolução. Para acompanhar o julgamento: TRF1. Apelação n.º 0001039-86.2013.4.01.3500, Rel. Desembargador JIRAIR ARAM MEGUERIAN, 6ª Turma. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald, cit por PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 165.

pelo máximo possível, utilizando-se de todos os tratamentos e meios para a sobrevivência, quanto na manifestação de recusa de determinados procedimentos ou tratamentos médicos. Em ambas as situações, a orientação antecipada do paciente deve ser levada em consideração pelos médicos, cuja atuação deve seguir a vontade do paciente, em respeito a sua autonomia e dignidade humana.

A escolha efetiva do paciente tem sido prestigiada e ocupado espaço significativo na área médica. Cada vez mais tem sido aceita a tese segundo a qual a vontade antecipada expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é o melhor referente para a decisão terapêutica²⁶⁰. Essa perspectiva reforça a importância do estudo da nomeação de um procurador para cuidados de saúde, como forma de suprimento da incapacidade.

²⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.* p. 240.

CAPÍTULO III – DA REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA E O DIREITO DE PERSONALIDADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

5. O DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são aqueles relacionados à existência da pessoa humana, compreendidos no núcleo da sua dignidade, constituindo as projeções física, psíquica e intelectual do ser humano. Os direitos da personalidade, em razão da constitucionalização de institutos de direito privado, foram elevados à categoria de direitos fundamentais.

São diferenciados os conceitos de direitos da personalidade. No direito brasileiro há consenso no sentido de que são direitos subjetivos²⁶¹ que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade. Os direitos da personalidade, portanto, são aqueles inerentes à pessoa e a sua dignidade²⁶².

De acordo com J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁶³, os direitos da personalidade são direitos subjetivos absolutos que possibilitam a atuação legal na defesa da própria pessoa, nos seus aspectos físico e espiritual, dentro dos limites das normas legais e fundado na dignidade da pessoa humana, observada a boa-fé. O mesmo autor, citando os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, esclarece que o objetivo da proteção é blindar a pessoa da interferência de terceiros que sejam contrárias à ordem jurídica, com apoio no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade estão enraizados na esfera íntima do indivíduo e não são mensuráveis economicamente, uma vez que estão voltados aos valores existenciais. Constituem, assim, direitos subjetivos atinentes à própria condição da pessoa²⁶⁴.

No ordenamento jurídico português tem-se a noção de direito da personalidade como o direito do homem ao respeito a sua personalidade humana, bem como na unidade psicofísico-socioambiental dessa mesma personalidade humana, com a obrigação por parte dos demais sujeitos de não ofenderem ou ameaçarem tais bens jurídicos da personalidade alheia. De acordo

²⁶¹ Não se desconhece a existência de doutrina no âmbito internacional que nega o caráter de direito subjetivo aos direitos da personalidade. Tal corrente afirma que o objeto incide na própria pessoa, o sujeito de direito, portanto, visualiza-se no direito da personalidade apenas reflexo do direito objetivo. Nesse sentido, é o posicionamento adotado por alguns autores franceses e alemães, conforme ressalta OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 121.

²⁶² TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p. 162.

²⁶³ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 121.

²⁶⁴ LIMA, Luciana Lara Sena – **A autonomia da vontade como princípio geral do direito privado: análise comparativa do direito brasileiro e português**. p. 118.

com Rabindranath Capelo de Sousa²⁶⁵, estamos diante de um verdadeiro direito subjetivo, face ao poder de exigir de terceiros um comportamento positivo ou negativo, normativamente determinado, com possibilidade das providências legais cabíveis, caso as normas não sejam observadas.

Os direitos da personalidade distinguem-se como direitos privados especiais, que consistem na pretensão geral de valer como pessoa, são direitos subjetivos e devem ser observados por todos²⁶⁶. Traduzem um núcleo de bens pessoais juridicamente reconhecidos, abrangendo direitos que recaem sobre bens personalíssimos, como a vida, a integridade física, a imagem ou o nome.

Designa-se por direitos de personalidade, segundo Carlos Alberto da Mota Pinto²⁶⁷, um certo número de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas em razão do seu nascimento, são direitos necessários, um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada indivíduo.

De acordo com Jorge Miranda²⁶⁸, há dissenso em Portugal no que toca à aceitação da ideia de direito geral de personalidade, “com a notável divergência entre a Escola de Direito de Coimbra, que lhe é favorável, e a Escola de Direito de Lisboa, que é majoritariamente contrária ao seu reconhecimento como uma categoria autônoma ou necessária”.

Os direitos da personalidade integram um número, a princípio, não limitado de poderes, incluídos aqueles que forem necessários, convenientes ou úteis para que o seu fim seja realizado com êxito, qual seja, a defesa da dignidade humana das pessoas singulares. A dignidade humana pode ser ameaçada ou ofendida em diversos bens jurídicos distintos, tais como a vida, a integridade física, a honra, a privacidade, a imagem, o nome, entre outros. Para defesa de cada um deles há específicos meios ou bens beneficiados de poderes jurídicos específicos²⁶⁹.

Tanto no Brasil, quanto em Portugal, os direitos da personalidade encontram no direito civil seu âmbito normativo primário, isto é, as normas do direito civil fornecem os meios primários de vinculação dos particulares, sem que haja necessidade de recorrer ao texto constitucional para a sua concretização²⁷⁰.

Ausentes no Código Civil brasileiro de 1916, mas admitidos por força da doutrina e com base em legislação esparsa e nas disposições constitucionais, os direitos da personalidade foram

²⁶⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 93.

²⁶⁶ GIERKE, Otto Von cit. por CORDEIRO, António Menezes – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 312.

²⁶⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 207 e 209.

²⁶⁸ MIRANDA, Jorge [*et. al*] – **Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado.** p. 18.

²⁶⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 41.

²⁷⁰ MIRANDA, Jorge [*et. al*] – *Op. Cit.* p. 17.

expressamente previstos no Código Civil de 2002, o qual arrola, de maneira exemplificativa, alguns dos direitos da personalidade em seus artigos 11.º a 21.º, tais como, o nome, a vida e a integridade física, a honra e a imagem, a vida privada. Na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foi aprovado o Enunciado n.º 274, que em sua primeira parte, preceitua que os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal (princípio da dignidade da pessoa humana).

Na ordem jurídica portuguesa, a expressão direitos da personalidade só passou a fazer parte da legislação civil no atual Código Civil. O Código de Seabra tratava dos direitos que resultam da própria natureza do homem, designando-os como direitos originários, que compreendiam as seguintes categorias: direitos de existência, de liberdade, de associação, de apropriação e de defesa. A legislação vigente alterou significativamente o quadro legal anterior, não só por consagrar a expressão direitos de personalidade, mas por fazer um tratamento específico, embora não exaustivo, da matéria²⁷¹.

O legislador português arrola alguns direitos da personalidade nos artigos 70.º a 80.º do Código Civil, tais quais, o nome, a honra – inclusive das pessoas já falecidas, a imagem e a intimidade da vida privada. O Código de Processo Civil português (art. 878.º e seguintes) prevê também a tutela da personalidade, com regras especiais para as providências envolvendo os referidos direitos.

Além da tipificação prevista no diploma civil, outros tipos de direitos de personalidade podem surgir. Pedro Pais de Vasconcelos²⁷² esclarece que os enunciados na lei correspondem apenas em casos especialmente exemplares elucidativos, que servem para exprimir modelos de comportamento, são casos paradigmáticos de tutela da personalidade. Os direitos da personalidade, como efetivação da tutela da personalidade, são tipificados conforme o aspecto da personalidade que estiver em causa.

²⁷¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I.** p. 229-230.

²⁷² VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.* p. 44.

5.1. A personalidade humana enquanto bem juridicamente tutelável

5.1.1. No direito português

O Código Civil português inicia o estudo dos direitos de personalidade²⁷³ em seu art. 70.º, o qual prevê a proteção dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

A lei protege os bens ligados à realidade física do homem, como a sua vida e integridade física, bem como os bens resultantes da sua específica racionalidade, tais quais a sua existência moral, a sua liberdade e a sua honra. A personalidade humana tutelada não reveste um caráter estático, mas dinâmico, abrangendo a proteção também do direito ao desenvolvimento da própria personalidade²⁷⁴.

De acordo com Luís Alberto Carvalho Fernandes²⁷⁵, Castro Mendes traçou a classificação dos direitos da personalidade, agrupando-os nos seguintes termos: direitos referentes a elementos internos; direitos referentes a elementos externos; direitos referentes a elementos instrumentais e, por fim, direitos referentes a elementos periféricos. Elementos internos, aqueles inerentes ao próprio titular, como o direito à vida, ao próprio corpo, à liberdade, à saúde e à educação; enquanto os referentes a elementos externos, relacionados à posição do homem na sociedade, tais quais, o direito à honra, à intimidade da vida privada, ao ambiente, ao trabalho e à imagem. Os direitos relacionados a elementos instrumentais são aqueles conexos com bens da personalidade, como o direito à habitação e os relacionados a elementos periféricos, que são realidades próximas dos bens da personalidade.

Carlos Alberto da Mota Pinto²⁷⁶ se refere a um círculo de direitos da personalidade humana, dentre os quais incluem-se a proteção à vida da pessoa, sua saúde física, integridade física, honra, liberdade física e psicológica, o nome, imagem e intimidade da vida privada.

De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos²⁷⁷, o direito à vida é o mais importante dos direitos da personalidade e deste direito decorre a ilicitude do suicídio, da instigação ao suicídio e da eutanásia. Ainda não há consenso sobre as condições da ilicitude do aborto e surgem

²⁷³ Distingue-se os *direitos da personalidade* da aquisição da personalidade já estudada no primeiro capítulo do presente estudo. O art. 66.º, n.º 1, do Código Civil português prevê que “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”.

²⁷⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 116-117.

²⁷⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 234.

²⁷⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 209.

²⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**, p. 68-69.

problemas na definição legal da morte, no prolongamento da vida com recursos artificiais e na interrupção da vida meramente vegetativa suportada artificialmente.

Merece especial atenção a situação em que a pessoa está lúcida e, devidamente informada, opta por interromper tratamento iniciado ou até mesmo a não se submeter a tratamento, ainda que tal opção caminhe para o fim da sua vida²⁷⁸. Os meios artificiais de manutenção da vida, a depender da concepção de vida e dignidade humana do indivíduo, podem consistir no prolongamento do sofrimento e angústia da pessoa. Em observância à autonomia da vontade e ao direito à dignidade humana não deve se recusar a decisão manifestada livre e autonomamente pelo paciente – lúcido – sobre o seu tratamento.

De acordo com Helena Pereira de Melo e Teresa Pizarro Beleza²⁷⁹, se afigura importante para a pessoa, além de organizar sua vida, organizar a sua própria morte, no âmbito do seu direito constitucionalmente reconhecido ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Trata-se de respeito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, o direito de recusar a realização de tratamento proposto pelo médico. As autoras enfatizam que não está se manifestando vontade de morrer, mas sim o direito à liberdade face às técnicas da medicina. Em decorrência desse direito está também o dever do profissional da saúde de não submeter o paciente a obstinação terapêutica, quando os prejuízos do tratamento destoarem dos benefícios que apresentem.

Entre os bens juridicamente tutelados, na esfera da personalidade humana, está o direito à integridade física e psíquica. Não há uma fronteira nítida entre ambos, como bens da personalidade a defender, pois muitas vezes as ameaças e agressões acabam atingindo o físico e psíquico do indivíduo simultaneamente, ou até mesmo um através do outro.

Destaca Pedro Pais de Vasconcelos²⁸⁰ que uma simples ofensa corporal constitui lesão à personalidade, assim como a tortura física ou as práticas de lavagem cerebral violam a integridade física e psíquica do sujeito, inclusive aquelas práticas não intencionadas. O autor ilustra com os casos de ruídos intensos produzidos capazes de impedir o sono, emissão de gases nocivos à saúde ou maus cheiros insuportáveis.

O resguardo da vida privada da pessoa também é tutelado pelo direito da personalidade humana (art. 80.º do CC), as renúncias e sacrifícios de uma família, os fatos relacionados à vida familiar, os sentimentos da pessoa, as questões da vida cotidiana, ainda que não relacionadas à

²⁷⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.* p. 70.

²⁷⁹ MELO, Helena Pereira de; BELEZA, Teresa Pizarro – **Uma Vida Digna até à Morte: Cuidados Paliativos no Direito Português.** p. 677-678.

²⁸⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.* p. 71.

honra e ao decoro e não diga respeito ao ambiente externo. Pretende-se defender as violações à paz, o resguardo, a tranquilidade da esfera íntima de vida²⁸¹.

“O direito à honra é uma das mais importantes concretizações da tutela e do direito da personalidade. A honra é um preciosíssimo bem da personalidade”²⁸². Toda pessoa tem direito à honra, só pelo fato de ser pessoa, trata-se de um direito inerente à qualidade e dignidade humana. A proteção à honra abrange tanto o respeito e consideração que a pessoa tem por si, quanto o respeito e consideração que merece ou que goza perante a sociedade.

O direito ao nome civil, de acordo com Luís Alberto Carvalho Fernandes²⁸³, constitui um dos mais significativos elementos de individualização das pessoas singulares, o qual possui as características próprias dos direitos da personalidade e envolve não só o direito de cada pessoa ter um nome, mas, ainda, poderes relacionados ao seu uso.

O direito ao uso do nome (art. 72.º, n.º 1, do CC) integra os bens juridicamente tutelados pela personalidade humana, abrangendo o direito do indivíduo de se opor que terceiros usem o seu nome ilicitamente para identificação ou outros fins. O pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da proteção conferida ao próprio nome (art. 74.º).

A proteção ao nome confere à pessoa o direito de impedir que em uma produção de ficção seja usado nome idêntico ao seu ou que possa ser confundido com o seu, em moldes que ofenda a sua dignidade²⁸⁴. Em caso de haver mais de uma pessoa com o mesmo nome, a legislação determina que incube ao tribunal decretar as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito.

O art. 79.º do Código Civil prevê a proteção do direito à imagem, ao disciplinar que o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela, dispensando-se o consentimento nas hipóteses especificadas na lei (art. 79.º, n.º 2). Ademais, a imagem não pode ser reproduzida, exposta ou lançada no comércio, se do fato resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

A violação à personalidade humana pode gerar fato ilícito criminal, que enseja em punição estabelecida no Código Penal em correspondência com o tipo legal de crime e ao bem juridicamente tutelado, tal como o crime de homicídio, ofensas corporais, difamação, calúnia, injúria, entre outros. Nesses casos, ou ainda quando a ofensa à personalidade humana não

²⁸¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 212.

²⁸² VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**. p. 76.

²⁸³ FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 175-176.

²⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.* p. 74.

caracteriza ilícito criminal, pode ocorrer um fato ilícito civil que desencadeia na responsabilidade civil do infrator²⁸⁵.

5.1.2. No direito brasileiro

A legislação civil brasileira, no que se refere a tutela dos direitos da personalidade, inicia com a proteção à vida e integridade física, em seus artigos 13.º a 15.º.

A proteção à integridade física abrange não apenas a preservação do corpo físico, mas também a integridade mental da pessoa humana. A integridade psíquica é tida, por Pontes de Miranda, como “direito autônomo da personalidade”²⁸⁶. O avanço das práticas médicas pode levar a práticas invasivas à integridade psíquica, como nos casos de internação não consentida para tratamento da saúde mental ou introdução de medicamentos que afetam o comportamento da pessoa.

O direito à vida²⁸⁷, no âmbito da tutela dos direitos da personalidade, é incompatível com consentimento de atos contra a vida, portanto, em regra, não se inclui o direito de antecipação da morte no sistema jurídico brasileiro. Veda-se inclusive a prática de suicídio, tanto que os atos de instigação ou auxílio são punidos pela legislação penal²⁸⁸. Integra o direito à vida, na modalidade de sua preservação, o direito à saúde, o qual deve prevalecer, inclusive, sobre questões de ordem econômica. A afirmação do direito à vida impõe a abstenção por parte de terceiros e da sociedade de ações lesivas à vida de outrem.

Embora, a princípio, não sejam aceitas as técnicas de abreviação da morte na legislação brasileira, não se pode negar ao indivíduo o direito à uma vida digna.

No tocante ao direito à vida e alusivo à presente pesquisa está a discussão acerca dos mecanismos utilizados para manter o prolongamento artificial da vida de paciente terminal. No ponto, desencadeiam uma série de discussões acerca da tutela da personalidade humana, envolvendo fatores como a questão da morte digna e do direito à autonomia prospectiva, em matéria de cuidados de saúde.

²⁸⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 101.

²⁸⁶ MIRANDA, Pontes, cit por LÔBO, Paulo – **Direito Civil: parte geral.** p. 145.

²⁸⁷ Para a doutrina, o direito à vida possui duas dimensões, uma positiva e uma negativa. Na dimensão negativa está o direito de não ser morto por terceiro, cuja violação enseja na prática de crime de homicídio. Na dimensão positiva, o direito à vida se manifesta no direito à sobrevivência, isto é, no direito de dispor de condições mínimas de uma vida digna. O que se garante, todavia, é o direito existencial à vida. Se for possível vislumbrar uma relatividade no direito à vida dentro da dignidade humana, tem-se a possibilidade de opção por uma morte digna. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral.** p. 164.

²⁸⁸ Art. 122, CP. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. [...]

A medicina, ao procurar proporcionar saúde para o paciente, acaba retardando a morte com técnicas de prolongamento da vida, como é o caso de manutenção artificial da vida por meio de aparelhos, nutrição e hidratação artificiais. Para alguns indivíduos, esse é o seu desejo, porquanto manifestam a vontade de esgotar todos os mecanismos e tratamentos possíveis para se manterem vivos. Todavia, a controvérsia surge quando a vontade manifestada é contrária a tais procedimentos e a pessoa considera que essas formas de tratamento/procedimento não são consideradas como uma vida digna de ser vivida, uma vez que violam a sua dignidade humana.

Nos interessa apenas a análise das hipóteses em que a pessoa manifesta previamente a vontade de futuramente, caso se encontrar sob tal circunstância, tenha o direito de decidir, autonomamente, sobre uma solução digna para si. Para tanto, busca-se guarida nos princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade, além do direito à informação, por meio do já estudado instituto do consentimento informado.

A procuração específica para cuidados de saúde é um dos instrumentos que tem por escopo garantir à pessoa o direito à uma morte digna, sob sua própria perspectiva de dignidade humana.

O direito à morte digna encontra amparo na Constituição Federal, art. 5.º, inciso II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não há nenhuma norma, no ordenamento jurídico brasileiro, determinando a manutenção de uma existência vegetativa, artificial, à base de aparelhos. Ao contrário, manter uma pessoa viva, sem consciência, em estado exclusivamente vegetativo, pode caracterizar ofensa ao direito fundamental de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III, CF)²⁸⁹.

Além disso, de acordo com J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁹⁰, a livre manifestação do pensamento, com fundamento na liberdade de consciência, através da manifestação de vontade exteriorizada em um testamento vital, é direito do qual ninguém deve ser privado.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, em seu art. 2.º, estabeleceu a primazia do interesse e o bem-estar do ser humano sobre o interesse único da sociedade ou da ciência. O documento vai além, ao prestigiar a autonomia prospectiva, dispondo que “A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.” (art. 9.º).

²⁸⁹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 166.

²⁹⁰ *Idem – Ibidem*.

Ressalta-se que, em matéria de cuidados de saúde, a eficácia da manifestação da vontade requer uma pessoa capaz e lúcida. No caso de manifestação antecipada, a capacidade e lucidez se exige no momento da exteriorização da vontade pelo indivíduo.

Entre os bens juridicamente tutelados no âmbito dos direitos da personalidade está o direito ao nome. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (art. 16.º do CC). Trata-se de direito de caráter absoluto e obrigatório, sendo que todo o nascimento no território nacional deve ser dado a registro, constando nome e prenome. É direito inalienável e imprescritível, tal como os demais direitos da personalidade. A proteção jurídica do nome ocorre sob dois aspectos: o direito ao uso do próprio nome como direito de ser identificado e se identificar a partir do nome e o direito ao uso exclusivo do próprio nome, sendo vedada a utilização por terceiros, sem autorização.

O escopo fundamental da referida norma não é a proteção do nome em si, mas da pessoa humana e de sua dignidade, que podem ser atingidas em decorrência da utilização ilegítima do nome²⁹¹.

Vigorava, no direito brasileiro, o princípio da imutabilidade do nome. Admitia-se²⁹², em certos casos, a alteração de nome ou prenome, desde que de forma motivada e por sentença judicial, quando houvesse erro gráfico evidente, por exposição ao ridículo, para proteção de testemunha, substituição por apelido público e notório e no caso de adoção. O sobrenome poderia ser objeto de alteração em caso de casamento ou união estável, separação judicial ou divórcio, estabelecimento de paternidade, adoção ou aquisição de apelidos de padrasto ou madrasta²⁹³. Além desses casos, admite-se ainda a alteração do prenome e do sexo no registro civil, às pessoas transgêneros²⁹⁴, submetidas ou não a cirurgia de alteração de sexo, a fim de atender o livre desenvolvimento da personalidade²⁹⁵. Todavia, com a vigência da Lei n.º 14.382 de 27 de junho de 2022, que alterou a Lei dos Registros Públicos no Brasil, passou-se a admitir a alteração de prenome, imotivadamente e independentemente de decisão judicial, perante o oficial de registro civil. A alteração do sobrenome também passou a ser admitida sem autorização judicial. Se suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação

²⁹¹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – **Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. p. 162.

²⁹² Artigos 56 a 66 da Lei n.º 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos.

²⁹³ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – *Op. Cit.* p. 198.

²⁹⁴ Tutelam-se as pessoas transgêneros – aquelas cuja identidade de gênero é dissonante da que lhe foi designada ao nascer – independentemente de qualquer avaliação médica, justamente por se entender que a designação de gênero é livre manifestação da autonomia da pessoa humana e não mais se vincula ao reconhecimento de qualquer patologia médica. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – *Op. Cit.* p. 158-159.

²⁹⁵ LÔBO, Paulo – **Direito Civil: parte geral**. p. 166.

quanto à real intenção da pessoa requerente, poderá o oficial de registro civil recusar a retificação extrajudicial do nome.

Os direitos à intimidade pessoal, à imagem e à honra formam parte dos bens da personalidade que pertencem à vida privada.

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 (art. 21.º do CC). A intimidade pessoal é constitucionalmente garantida, protegendo-se a existência de um âmbito próprio e reservado do indivíduo, em relação a ação e ao conhecimento de terceiros, necessário para manter uma qualidade mínima de vida humana²⁹⁶. Com o avanço da tecnologia e da disseminação da informação, a vida privada está muito vulnerável à violação.

No âmbito da vida privada, há necessidade de proteção da própria imagem diante do crescente desenvolvimento dos meios e procedimentos de captação, divulgação e difusão da imagem das pessoas. Conseqüentemente, surge o dever de assegurar o direito à honra do indivíduo.

O direito à honra, designado também de direito à integridade moral ou à reputação, tutela o respeito, a boa fama e a consideração que a pessoa tem perante a sociedade. A honra é o mais frágil dos direitos da personalidade, dada a possibilidade de sua destruição em virtude de informação maliciosa ou dolosa. A honra de uma pessoa pode colidir com direitos da personalidade de outrem e até com outros bens jurídicos constitucionalmente assegurados²⁹⁷.

Salvo se houver autorização ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (art. 20.º do CC).

5.2. Características e limites do direito geral da personalidade

5.2.1. Características

Os direitos da personalidade se caracterizam pelas suas qualidades. As características dos direitos da personalidade estabelecidas nas legislações brasileira e portuguesa não são exaustivas, diante dos diversos direitos dessa natureza que possam surgir além daqueles já

²⁹⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – *Op. Cit.* p. 212.

²⁹⁷ LÔBO, Paulo – *Op. Cit.* p. 163-164.

previstos na lei. Tanto que não há uniformidade com relação a tais características, inclusive, certas qualidades podem se apresentar mais flexíveis quanto a determinados direitos da personalidade e mais rígidas em relação a outros.

As seguintes características dos direitos da personalidade são amplamente aceitas: direitos indisponíveis, irrenunciáveis e intransmissíveis, absolutos, vitalícios, imprescritíveis, inatos e extrapatrimoniais.

Os direitos da personalidade são indisponíveis e irrenunciáveis, o titular desses direitos – a pessoa humana – não pode deles dispor. Isto é, o indivíduo não pode dispor de sua vida, integridade física, honra e intimidade, por exemplo. São também intransmissíveis, visto que a titularidade desses direitos não pode ser transferida a terceiros.

A legislação admite, excepcionalmente, para fazer valer direitos de maior valor, a disposição da essência ou titularidade do próprio direito, de forma permanente. O art. 81.º do Código Civil português e o art. 11.º do diploma brasileiro relativizam a indisponibilidade e irrenunciabilidade desses direitos nos casos previstos em lei para preservação de interesses ou outros direitos de maior valor. Aplica-se, no caso, a ponderação de interesses e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a eventual relevância do consentimento do lesado. A limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, para ser válida como negócio jurídico ou para ser relevante como circunstância que exclui a ilicitude do ato e a responsabilidade civil do lesante, deve estar conforme os princípios da ordem pública²⁹⁸. Atendendo a tais princípios e dentro de certos limites, pode se admitir a limitação voluntária do direito à integridade física, que é inclusive um dos principais direitos da personalidade, como por exemplo, quando há consentimento para intervenções médicas ou procedimentos estéticos, para benefício da saúde de terceiros, participação de práticas esportivas, entre outras.

O ato lesivo aos direitos da personalidade, portanto, é lícito quando o lesado tenha consentido na lesão, desde que esse consentimento não vá contra a uma vedação legal ou aos bons costumes. Deve haver um consentimento específico para cada lesão e será admissível perante bens da personalidade de pequena monta ou, quando se tratar de sistema de permissão continuada, até que o titular declare que a ela se opõe ou a não autoriza, exatamente porque a perdurabilidade ou reiterabilidade da ofensa é contrária aos bons costumes²⁹⁹.

²⁹⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 215.

²⁹⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. p. 412.

A limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é facilmente visualizada no âmbito da saúde, na medida em que é admitida em diversas situações. O indivíduo portador de uma doença grave, cuja orientação médica é para amputação de um membro, nesse caso poderá dispor da sua integridade física, da própria titularidade do direito subjetivo, com a finalidade de resguardar outro direito da personalidade, de maior valor, que é a vida humana.

Admite-se, excepcionalmente, o exercício dos direitos da personalidade do indivíduo para resguardar a saúde de terceiros, como é o caso dos transplantes de órgãos e transfusões de sangue, quando essenciais para salvaguardar a vida de outrem. Neste ponto, de acordo com Daniel Eduardo Carnacchioni³⁰⁰, a essência do próprio direito existencial é objeto de transmissão, porém justificada pela necessidade da preservação de um direito da personalidade de maior dimensão. Para o autor, quando dois direitos da personalidade estiverem colidindo entre si, sendo necessário sacrificar um pelo outro – o de maior valor pelo de menor valor, deve ser realizado um juízo de ponderação de interesses, admitindo-se a disponibilidade da própria titularidade do direito, da sua essência, de forma permanente.

A liberdade de mudança de religião ou de configuração sexo-corporal, são exemplos de limitações à indisponibilidade dos direitos de personalidade citados por Rabindranath Capelo de Sousa³⁰¹. Para o autor, embora os bens jurídicos da tutela geral da personalidade estejam, a princípio, fora do comércio e sejam indisponíveis, não se impede que na esfera pessoal de cada indivíduo se verifiquem mutações juridicamente tuteladas que emergem do poder de autodeterminação do homem. Embora se reconheçam as limitações lícitas do exercício dos direitos da personalidade, necessário que tal limitação seja voluntária e atenda aos princípios da ordem pública.

Não havendo conflitos entre os direitos da personalidade, não se admite a sua disponibilidade ou a renúncia. Todavia, no que se refere ao exercício dos direitos da personalidade, a indisponibilidade é relativa.

São absolutos os direitos da personalidade porque são oponíveis, em regra, contra todos, uma vez que a coletividade tem o dever de respeitar os direitos da personalidade da pessoa. O titular do direito pode exigir que toda a comunidade o respeite. Portanto, a caracterização dos direitos da personalidade como absolutos significa que “o seu titular pode invocar e fazer valer contra todos”³⁰².

³⁰⁰ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – **Manual de direito civil: volume único**. p. 203.

³⁰¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 407.

³⁰² FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I**. p. 225.

Esses direitos geram uma obrigação universal, geralmente negativa, de abstenção de prática de condutas que desrespeitem os bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade. Ainda, quando, excepcionalmente, determinam obrigações positivas de respeito por tais bens, as obrigações são também universais, abrangendo todas as pessoas que estejam previstas na norma para defesa dos bens da personalidade³⁰³.

O fato de serem qualificados como absolutos não quer dizer que não possam sofrer, excepcionalmente, sua relativização, como já visto anteriormente. Até porque, nenhum direito fundamental ou princípio são absolutos. O absoluto, neste caso, tem sentido de oponibilidade a todos os particulares e ao Estado, quando tiver ameaça de sua violação³⁰⁴.

Apesar da sua oposição *erga omnes*, quando houver lesão a um direito subjetivo absoluto, como o direito da personalidade, surge uma relação jurídica *inter partes*, abrangendo o titular do direito e o seu ofensor. J. M. Leoni Lopes de Oliveira³⁰⁵ exemplifica com o caso de infração ao dever de confidencialidade que existe entre profissionais, como os médicos e advogados e seus clientes.

Os direitos da personalidade são qualificados como vitalícios, uma vez que terminam somente com a morte da pessoa humana, a qual é titular desses direitos durante toda a sua existência. É o que se depreende do art. 6.º do Código Civil brasileiro. Contudo, a proteção desses direitos vai além, inclusive após a morte do indivíduo. O art. 12.º, parágrafo único, do mesmo diploma prevê a legitimação de pessoas para proteção dos direitos da personalidade no caso de ofensa a pessoa já falecida. A legislação civil portuguesa (art. 71.º), também, prevê a proteção dos direitos da personalidade mesmo após a morte do seu titular.

De acordo com Rabindranath Capelo de Sousa³⁰⁶, os poderes decorrentes da tutela geral de personalidade não são apenas vitalícios, mas também são vocacionalmente perpétuos, dado a sua proteção após da morte do respectivo titular sem restrições temporais.

Deve-se entender, portanto, que em alguns casos apenas são transmissíveis “algumas faculdades ligadas à tutela de direitos da personalidade”³⁰⁷.

No caso de falecimento do titular, serão partes legítimas para proteção dos direitos da personalidade, de acordo com a legislação portuguesa, o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. O direito brasileiro prevê

³⁰³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 402.

³⁰⁴ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – *Op. Cit.* p. 205.

³⁰⁵ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – *Op. Cit.* p. 127.

³⁰⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 413.

³⁰⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I.** p. 226.

como legitimados, o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau.

Com a morte da pessoa física cessa a sua personalidade jurídica, isto é, a sua aptidão para ser sujeito de direitos. Todavia, isso não impede que os bens da personalidade do falecido continuem a ter influência no âmbito social e, por isso, permanecem nas relações jurídicas, merecendo proteção. Rabindranath Capelo de Sousa³⁰⁸ cita exemplos desses bens, como o cadáver, as partes destacadas do corpo – os tecidos e órgãos para transplante, a sua vontade objetivada, a identidade, a imagem, a honra, o bom nome, a vida privada, as obras e criações do falecido às quais tenha deixado sua marca.

A proteção *post mortem* dos direitos da personalidade não significa que a personalidade humana persiste após a morte. O que subsiste é a proteção aos direitos da personalidade da pessoa falecida³⁰⁹. O Código Civil português, como visto, é expresso nesse sentido (art. 71.º, n.º 1), ao prever que os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular.

A legislação visa proteger individualmente as pessoas falecidas contra ofensas ou ameaças de ofensas a sua personalidade física ou moral, que existia em vida e que permanece após a morte. A proteção em voga respeita os interesses próprios daquelas pessoas em vida, a instintos, impulsos e aspirações concretas suas de sobrevivência, de continuação em si mesmo e de ultrapassagem da morte e aos contributos objetivados seus para o desenvolvimento da espécie humana e que autonomamente continuam atuando como legado para a sociedade. Esses direitos, ligados a particularidades da sua individualidade, não se confundem com aqueles cujos interesses o legislador atribuiu legitimidade aos familiares para o seu exercício, em razão da relação com a pessoa falecida e seus valores³¹⁰.

A tutela da personalidade das pessoas já falecidas é uma questão objeto de divergência na doutrina. Enquanto Rabindranath Capelo de Sousa³¹¹ defende que se possa falar em uma tutela geral de personalidade do defunto, na visão de Pires de Lima e Antunes Varela³¹² a proteção dos direitos da personalidade depois da morte constitui um desvio da regra inserta no art. 68.º do Código Civil. Na visão de Leite de Campos³¹³, os herdeiros exercem o direito no interesse do falecido e a personalidade jurídica, no caso, se prolonga para depois da morte.

³⁰⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 189.

³⁰⁹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral.** p. 126.

³¹⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 193.

³¹¹ *Idem – Ibidem.*

³¹² LIMA, Pires de. VARELA, Antunes, cit. por VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 49.

³¹³ CAMPOS, Leite de, cit. por VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 49.

Diferente, ainda, é a visão de Carlos Alberto da Mota Pinto³¹⁴, ao concluir que o art. 71.º da lei civil é uma proteção de interesses e direitos de pessoas vivas (aquelas referidas n.º 2 do mesmo artigo), que seriam afetadas por atos ofensivos à memória, à integridade moral, do falecido.

O que se protege, com a norma em questão, de acordo com Pedro Pais de Vasconcelos³¹⁵, é objetivamente o respeito pelos mortos – como valor ético – e subjetivamente a defesa sua inviolabilidade moral dos familiares e herdeiros. Para o autor, não se está a tutelar a personalidade da pessoa falecida, que não mais subsiste, mas de defender o direito que os vivos têm de garantir que os falecidos sejam respeitados.

A personalidade, de fato, termina com a morte. No entanto, após o falecimento da pessoa, ficam resquícios de sua personalidade que merecem proteção. Nos casos de lesão aos direitos da personalidade da pessoa falecida, podem ocorrer danos diretos, aos familiares e, também, danos indiretos, que atingem o morto e refletem naquelas pessoas que a lei confere legitimidade. Tal entendimento, destaca Flávio Tartuce³¹⁶, é o que prevalece no direito brasileiro.

Por se tratar de direitos indisponíveis, são imprescritíveis os direitos da personalidade, uma vez que não há prazo para o seu exercício, tampouco para as ações protetivas desses direitos.

Os direitos da personalidade não se extinguem com o decurso do tempo ou com o não uso, porquanto são essenciais à existência da pessoa humana. O titular desses direitos subjetivos não tem prazo para garantir o seu pleno exercício, notadamente em razão da sua natureza extrapatrimonial.

Por outro lado, as ações que visam a reparação civil decorrente de lesão aos direitos de personalidade, pela natureza patrimonial da demanda, estão sujeitas a prazo prescricional. Se a violação ao direito da personalidade não tiver conteúdo econômico, afetando apenas questões existenciais, não estará sujeito a prescrição o exercício desses direitos³¹⁷.

O instituto da prescrição visa os direitos de conteúdo patrimonial e, ainda quanto a estes, não se aplica aos direitos indisponíveis³¹⁸, a teor do disposto no art. 298.º, n.º 1, do Código Civil português.

³¹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 205.

³¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 51.

³¹⁶ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p. 184.

³¹⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – *Op. Cit.* p. 206.

³¹⁸ Os direitos da personalidade, para além do seu objeto pessoal, são indisponíveis a favor de terceiros no que toca ao gozo dos respectivos poderes e até no essencial do seu exercício. SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. p. 413.

A pessoa se torna titular dos direitos da personalidade a partir da sua existência, independentemente de previsão normativa ou concepção jurídica, isto é, não há necessidade de ato jurídico para a aquisição desses direitos, pois eles são inatos.

A referida expressão indica o que nasce com o indivíduo, algo congênito. Os direitos da personalidade são inatos ao homem, pertencem a sua própria natureza³¹⁹.

De acordo com Daniel Eduardo Carnacchioni³²⁰, esses direitos independem e preexistem a qualquer ordenamento jurídico, são valores acima da ordem vigente, pois são inerentes à própria condição de ser humano. O autor faz a ressalva, todavia, quanto ao direito autoral, como exceção a tal característica dos direitos da personalidade, pois essa espécie de bem jurídico nasce com a superveniente criação da obra intelectual.

Os direitos da personalidade podem ser classificados como necessários ou eventuais³²¹. Os primeiros relativos à característica de serem inatos, como já visto, decorrentes da própria existência da pessoa humana, tais como o direito à vida, à honra, entre outros. Os direitos da personalidade eventuais, também nomeados de adquiridos³²², por outro lado, dependem da existência dos respectivos bens de personalidade, como por exemplo, no caso de proteção ao nome, cujo direito da personalidade só existe após a pessoa ter a ela um nome atribuído, como destaca Antônio Menezes Cordeiro³²³. O direito autoral, acima referido, também pode ser classificado como um direito da personalidade eventual ou adquirido.

A extrapatrimonialidade é também característica dos direitos da personalidade, os quais são insuscetíveis de apreciação econômica. Não podemos estabelecer um valor para a vida, a integridade física ou para a honra, por exemplo.

Na esfera jurídica global do sujeito, os direitos da personalidade estão relacionados aos direitos pessoais, que dizem respeito à categoria do ‘ser’ e não do ‘ter’ da pessoa, não tendo como objeto coisas do mundo externo e nem sequer pessoas diversas do seu titular. O caráter pessoal dos direitos da personalidade acarreta a sua intransmissibilidade, indisponibilidade relativa e imprescritibilidade³²⁴.

Apesar do caráter extrapatrimonial dos direitos da personalidade, caso haja a sua violação, haverá a responsabilidade civil do causador do dano e será passível de indenização de caráter pecuniário, embora não seja possível valorar de forma precisa o dano ocasionado.

³¹⁹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 125.

³²⁰ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – *Op. Cit.* p. 207.

³²¹ CORDEIRO, Antônio Menezes, cit. por OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 125.

³²² Expressão utilizada por SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. p. 416.

³²³ CORDEIRO, Antônio Menezes, cit. por OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 126.

³²⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 415.

Esses danos extrapatrimoniais são nomeados tradicionalmente de danos morais e tem lugar quando há sofrimentos físicos ou morais, perdas de consideração social, inibições ou complexos de ordem psicológica, vexames, entre outras ofensas dessa natureza, em consequência de uma lesão de direitos de personalidade. Como não é possível a valoração pecuniária desses danos, a atribuição de um valor se legitima não pela ideia de indenização ou reparação, mas sim de compensação³²⁵.

Para a fixação da verba indenizatória, o julgador deve observar certos critérios, como o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica dos envolvidos e demais circunstâncias do caso concreto, bem como se orientar pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. O art. 944.º do Código Civil brasileiro prevê que a indenização deve se pautar na extensão do dano, enquanto o diploma português, em seu artigo 494.º, prevê a necessidade de observância do grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado, além das demais circunstâncias do caso.

A compensação pecuniária, contudo, não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retração pública ou outro meio³²⁶. Como exemplo, há o direito de resposta no caso de atentado contra a honra praticado por veículo de comunicação, previsto na legislação brasileira.

Apesar do caráter extrapatrimonial, certos direitos da personalidade, tais como os direitos autorais, são passíveis de avaliação pecuniária, uma vez que – como visto – não são inatos (são adquiridos), justamente porque não são essenciais à tutela da dignidade humana, embora estejam relacionados aos direitos da personalidade.

5.2.2. Limites

A despeito da característica de direitos absolutos, não quer dizer que os direitos da personalidade não possam sofrer limitações. O caráter absoluto desses direitos não pode ensejar numa arbitrariedade em favor do seu titular.

A legislação civil, como visto, não disciplinou taxativamente os direitos da personalidade, portanto além da tipificação prevista na lei, outros tipos de direitos de personalidade podem surgir.

³²⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 129.

³²⁶ Nesses termos: Enunciado 589, aprovado na VII Jornada de Direito Civil.

Daí a necessidade de se estabelecer limites a esses direitos. Exige-se um critério de delimitação que evite a extensão dos direitos da personalidade a todo e qualquer tipo de situação, o que levaria a sua banalização e o consequente enfraquecimento³²⁷.

A limitação material dos direitos da personalidade requer a ponderação e comparação destes com outros direitos e interesses, desde que se utilize de um critério material. Para Pedro Pais de Vasconcelos³²⁸, esse critério pode ser a dignidade da pessoa humana, aplicado negativamente, de forma que haveria lesão da personalidade quando, sem a intervenção do direito da personalidade, uma pessoa, em uma situação concreta e real, fosse tratada como uma não pessoa ou atingida na sua dignidade de uma forma inaceitável para a pessoa humana.

De acordo com Rabindranath Capelo de Sousa³²⁹, os limites de existência e validade do direito geral de personalidade se dividem em intrínsecos e extrínsecos. Os elementos de previsão e as consequências jurídicas do direito geral de personalidade contém em si mesmo uma pré-delimitação do domínio de aplicação de tal direito (limites intrínsecos); enquanto os conjuntos de elementos de outras normas e suas consequências jurídicas também delimitam antiteticamente o direito geral de personalidade (limites extrínsecos).

Os limites intrínsecos, portanto, são os demarcados por lei ao estabelecer o conteúdo dos direitos de personalidade e os limites extrínsecos resultam da necessidade de conjugação com outras situações resguardadas. Vale dizer, o direito geral de personalidade de uma pessoa está normativamente limitado, na sua própria existência e validade, por igual direito geral de personalidade de qualquer outro indivíduo.

Nessas hipóteses de colisão de direitos, devem ser observadas as limitações ao exercício do direito geral de personalidade, que pressupõe a sua existência e validade.

Havendo colisão real de direitos, a questão se resolve, no âmbito da legislação portuguesa, a partir do disposto no art. 335.º, n.º 1, do Código Civil, segundo o qual, no caso de colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. A referida norma faz a ressalva de que se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior (art. 335.º, n.º 2). Essa previsão reflete o princípio constitucional da igualdade, no sentido de que devem ser tratadas de forma igual situações de iguais interesses e de maneira desigual as situações desiguais, na medida de suas desigualdades.

³²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**. p. 103.

³²⁸ *Idem* – *Op. Cit.* p. 104.

³²⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 515.

Para a aplicação do comando legislativo em comento, deve ser feita uma criteriosa identificação e ponderação dos bens jurídicos tutelados pelos direitos em colisão, do conteúdo resultante desses direitos, além dos fatos constitutivos ou modificativos de cada um dos direitos em colisão e dos interesses pretendidos pelas partes³³⁰. A solução da colisão de direitos da personalidade depende de criteriosa análise do caso concreto.

De acordo com o art. 81.º do Código Civil português pode haver limitações lícitas ao exercício dos direitos da personalidade, desde que a limitação seja voluntária e não contrariar os princípios da ordem pública. Nos termos da legislação, portanto, a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula se for contrária aos princípios da ordem pública. E quando legal, será sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

Os atos lícitos de limitação voluntária, portanto, são sempre unilateralmente revogáveis pelo titular do direito, cuja revogação apenas gera obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte, como expressamente afirma o preceito em análise³³¹.

5.3. Reconhecimento no princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado no art. 1.º da Constituição da República portuguesa e consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, CF). A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra no seu preâmbulo a dignidade e o valor da pessoa humana e disciplina, em seu art. 1.º, que todos os seres humanos são livres e iguais em dignidade e em direitos³³².

Por força da recepção constitucional do princípio, a dignidade da pessoa humana impõe-se juridicamente à observância de todos os poderes do Estado, que lhe devem respeito, proteção e promoção³³³.

Entre os direitos fundamentais, os direitos de personalidade são os que estão mais próximos ou mais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. É nos direitos de personalidade que mais direta e imediatamente repercutem as exigências do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana³³⁴.

³³⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 534.

³³¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I.** p. 226.

³³² ONU - Declaração Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. [Consulta em 01/03/2022]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>

³³³ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana.** p. 18.

³³⁴ *Idem* – *Op. Cit.* p. 193.

A dignidade da pessoa, ligada aos direitos da personalidade, deve ser observada e respeitada independentemente da situação em que o indivíduo se encontre, da sua origem, das suas características pessoais ou situação econômica. O respeito à dignidade humana é o mínimo que todo ordenamento jurídico deve assegurar ao ser humano, de forma igualitária.

De acordo com Daniel Eduardo Carnacchioni³³⁵, a personalidade deve ser entendida em dois sentidos: como possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações, bem como associada à expressão do ser humano, traduzido como valor objetivo e como bem juridicamente relevante. Este último é o reconhecimento da personalidade como valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade, por sua vez, são essenciais à pessoa humana, permitindo que se possa estabelecer um tratamento igualitário entre os indivíduos e a compreensão da essencialidade do ser humano, em razão da sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Jorge Reis Novais, “toda violação da dignidade da pessoa humana é simultaneamente violação qualificada e grave do direito ao desenvolvimento da personalidade individual”³³⁶.

5.4. A dignidade humana como elemento de proteção ao corpo e à relevância da vontade

A dignidade da pessoa humana abrange a proteção dos direitos que pertencem à pessoa, imprescindíveis para sua vida social, portanto, a pessoa não pode ser considerada como um meio que a instrumentalize. A pessoa não pode ser reduzida a um objeto de mercado, especialmente no que toca ao seu corpo, como fonte de lucro ou no que diz respeito à autonomia da pessoa, que não deve se sujeitar às decisões de terceiros³³⁷.

Os aspectos históricos demonstram o controle e a intervenção da sociedade sobre o corpo do indivíduo, por meio de regras jurídicas, disciplinando situações e condutas, muitas vezes até discriminatórias. A legislação civil brasileira demonstrou avanços em relação à autonomia sobre o próprio corpo, apesar de não ter acompanhado, no mesmo ritmo, os avanços da medicina. De um lado, a lei veda os atos de disposição do próprio corpo quando importar

³³⁵ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – **Curso de direito civil: parte geral**. [Em linha] [Consulta em 01/03/2022]. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101309401/v4/document/101342289/anchor/a-101342289>

³³⁶ NOVAIS, Jorge Reis – *Op. Cit.* p. 94.

³³⁷ RODOTÁ, Stefano, cit por LÔBO, Paulo – **Direito Civil: parte geral**. p. 67.

diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica (art. 13.º); de outro, excepciona tal ato para fins de transplantes, na forma estabelecida em lei especial (art. 13.º, p. único). A relevância da vontade da pessoa é prestigiada para depois da sua morte, ao passo que a lei considera válida a disposição gratuita do próprio corpo, para fins científicos, após o falecimento (art. 14.º). Todavia, a autonomia sobre o próprio corpo ainda está vinculada ao controle e interferência da sociedade, pois a legislação prevê que os atos de disposição não podem contrariar os bons costumes.

Nesse aspecto, ainda, houve um nítido avanço, com a permissão de disposição do próprio corpo para a realização de cirurgias de alteração de sexo, fundada notadamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A partir da redação do art. 13.º do Código Civil brasileiro, em respeito à autonomia da vontade da pessoa e ao princípio da dignidade da pessoa humana, passou a se autorizar tais procedimentos, bem como a alteração do prenome e do sexo no registro civil. O Enunciado n.º 276 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal prevê que o referido dispositivo legal “ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

Em Portugal, a Lei n.º 38/2018 prevê o direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa. A lei admite tratamentos e intervenções cirúrgicas que impliquem modificação do corpo e das características sexuais da pessoa, desde que após a manifestação da identidade de gênero, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade da pessoa.

No campo da dignidade humana como elemento de proteção ao corpo e a relevância da autonomia da vontade, destaca-se também o já mencionado direito à recusa de transfusão de sangue pelo indivíduo. A possibilidade de esterilização por meio de vasectomia ou laqueadura, técnicas cirúrgicas ou não para impedir a fecundação, bem assim a possibilidade de transplante de órgãos, também são exemplos de garantia de proteção ao corpo da pessoa, mediante manifestação do seu direito à autonomia³³⁸.

Como se vê, todas essas formas de atenção à dignidade humana como elemento de proteção ao corpo estão – assim como devem estar – intimamente associadas à autonomia da

³³⁸ Deixa-se de aprofundar o estudo acerca das peculiaridades e repercussão jurídica da esterilização por meio de vasectomia/laqueadura, transplante de órgãos e transfusão de sangue, por não se alinhar aos objetivos da presente pesquisa.

vontade da pessoa. Não se pode perder de vista que a garantia da dignidade da pessoa humana, no que concerne a proteção do corpo, somente estará plenamente efetivada se houver respeito e observância à manifestação da vontade individual.

Não raras às vezes, situações envolvendo os direitos e garantias individuais do indivíduo aportam ao Poder Judiciário para decisão, com fundamento exclusivo na dignidade da pessoa humana.

No particular, chama-se atenção para o clássico e conhecido caso do ‘lançamento de anão’³³⁹, normalmente apresentado pela doutrina como exemplo em que a lesão à dignidade humana, na perspectiva da coisificação da pessoa e do seu corpo, é tão evidente que, num primeiro momento, surge como utilização do princípio da dignidade humana enquanto fundamento legítimo e direto de intervenção restritiva em direitos fundamentais. Ora, a coisificação da pessoa e ofensa ao seu corpo parecem evidentes, na medida que o anão é arremessado como um peso a ser lançado, além da perversidade dos participantes, que tratam a pessoa como se fosse uma coisa exclusivamente para satisfazer seus interesses pessoais e proporcionar divertimento³⁴⁰.

Por outro lado, em que pese essa primeira impressão de ofensa à dignidade humana, não se pode perder de vista a livre decisão autônoma do participante, a manifestação da sua vontade individual, os seus direitos ao trabalho e a liberdade de escolha deste, além da sua própria perspectiva de dignidade da pessoa humana.

Tanto que, no ilustrativo caso do arremesso de anão, a dignidade da pessoa humana foi invocada por ambos os lados da contenda, pelos poderes públicos que consideravam o espetáculo degradante e violador do princípio e, também, pelo interessado – o anão – que imputava ao Estado a violação a sua dignidade, na medida em que o privaram do único emprego ao seu alcance e o impediam de ter uma vida honesta, de acordo com a sua autodeterminação e liberdade individual³⁴¹.

³³⁹ No início dos anos noventa, uma empresa na França promovia um espetáculo em discotecas que consistia em um concurso de lançamento à distância de um anão por parte dos participantes de maior estatura, ainda que em circunstâncias em que a integridade física do indivíduo era assegurada com a proteção necessária e equipamentos adequados. O espetáculo fora também replicado em outros países, inclusive como concurso desportivo, com atribuição de prêmios aos vencedores, estes considerados quem lançasse a uma maior distância. Autoridades administrativas do governo francês proibiram a realização dos espetáculos, por considerar tratamento desumano ou degradante, porém tais decisões acabaram anuladas por tribunais administrativos. Objeto de recurso, posteriormente, considerou-se violação ao princípio da dignidade da pessoa humana associado à ideia de ordem pública. NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. p. 115-116.

³⁴⁰ *Idem* – *Op. Cit.* p. 114-116.

³⁴¹ *Idem* – *Op. Cit.* p. 117.

De acordo com Jorge Reis Novais³⁴², na situação em causa, o reprovável não é a coisificação em abstrato, mas sim a coisificação específica de um anão, por ser arremessado em razão do seu nanismo. De qualquer forma, não é aceitável que o Estado adote um conceito particular de dignidade da pessoa humana e o imponha contra o consentimento e a autodeterminação do interessado, caso em que, se estaria confundindo o princípio constitucional em causa com a simples opinião, concepção ou preconceito moral ou social de um grupo particular ou, eventualmente, da própria maioria³⁴³.

5.5. O consentimento presumido e o melhor interesse do paciente

Consoante estudado, o regime jurídico do consentimento, em matéria de cuidados de saúde, deve ser analisado com respeito à autodeterminação do paciente e depende da aferição dos deveres de informar e esclarecer o indivíduo acerca dos detalhes da doença e tratamento, ponderando riscos e benefícios, meios disponíveis para tratamento e as alternativas existentes na área médica.

A regra geral é a exigência do consentimento do paciente como requisito para qualquer intervenção médica e, excepcionalmente, admite-se o consentimento presumido quando a situação assim exigir, caso em que será permitido ao profissional agir de imediato, independentemente da anuência do paciente ou de seu representante legal.

De acordo com Adriano Marteleto Godinho³⁴⁴, trata-se do denominado privilégio terapêutico, que faculta a atuação médica direta, em uma situação de mal iminente, sem a necessidade de recorrer previamente ao consentimento do paciente. Essa necessidade de agir de imediato justifica o sacrifício da autonomia do paciente sobre a sua integridade física, com o único objetivo de salvar a vida ou a saúde essencial da pessoa.

O consentimento presumido é uma causa de justificação autônoma, diversa do consentimento, porque trata especificamente de situações em que a pessoa em causa não pode se pronunciar sobre seu tratamento, por não estar em condições de manifestar sua vontade autonomamente e a situação em que se encontra exige uma intervenção médica urgente ou uma decisão de urgência no curso de um procedimento.

³⁴² *Idem – Op. Cit.* p. 119.

³⁴³ A despeito de tais considerações, o caso do arremesso de anões originário na França, ora ilustrado, chegou até o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, por provocação do interessado – o anão – ocasião em que se estabeleceu que o banimento da prática de arremesso de anões não seria abusivo, mas necessário para manutenção da ordem pública, invocando-se também considerações ao princípio da dignidade humana.

³⁴⁴ GODINHO, Adriano Marteleto – **Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes.** p. 27-28.

“A vontade hipotética que se busca respeitar é a vontade do paciente e não do representante, por isso não se deve considerar o consentimento presumido como um instituto da representação”³⁴⁵. Ao contrário, se utiliza este instituto, comumente, nos casos em que o paciente está inconsciente ou por outra razão não tem capacidade para consentir e não está representado por um representante legal.

O médico deve esgotar todos os recursos possíveis para saber qual a vontade real ou presumida do paciente, podendo questionar os familiares próximos ou analisar eventuais documentos escritos do paciente. Os familiares, nesse caso, não são chamados a decidir, mas a informar sobre a vontade hipotética do paciente. Admite-se o recurso ao consentimento presumido somente quando a intervenção médica ou a decisão em causa sejam inadiáveis³⁴⁶.

O consentimento efetivo é equiparado ao consentimento presumido, nos termos do art. 39º do Código Penal português, segundo o qual “Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.

A decisão de agir de ofício, todavia, tem carácter subsidiário, uma vez que só se legitima se o paciente estiver verdadeiramente inabilitado de manifestar sua vontade. A urgência da medida é fundamental para legitimar o consentimento presumido, isto é, somente será admitido se, diante das possíveis consequências da demora, seja insustentável esperar pela manifestação de vontade do paciente³⁴⁷.

De acordo com Eduardo Correia³⁴⁸, o consentimento presumido é uma manifestação da vontade do próprio médico, tal como este configura dever ser a vontade do paciente que não lhe pode prestar. Há consentimento presumido quando o agente atua no quadro de circunstâncias tais que tornem razoável supor que o titular do bem jurídico, conhecendo a situação em que se encontra, teria consentido. O autor ilustra com o caso em que o médico, durante um procedimento cirúrgico com o paciente anestesiado, alarga a operação a outros domínios porque uma outra cirurgia, verificada necessária, poderia criar problemas cardíacos ao paciente.

³⁴⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. p. 455.

³⁴⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 496.

³⁴⁷ GODINHO, Adriano Marteleto – *Op. Cit.* p. 28.

³⁴⁸ CORREIA, Eduardo, cit por RODRIGUES, João Vaz – **O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. p. 91.

Apenas se deve lançar mão da causa de justificação de consentimento presumido quando o consentimento não for possível ou quando desproporcionalmente difícil ou oneroso. A utilização do instituto só é legítima se objetivar a proteção de uma finalidade terapêutica atual ao paciente, com a contribuição para os cuidados de saúde de que o paciente necessite ou venha a necessitar num futuro próximo³⁴⁹.

O consentimento presumido será relevante, segundo Orlando de Carvalho³⁵⁰, desde que para benefício do próprio indivíduo e tomado com base na sua presumida vontade. O melhor interesse do paciente deve sempre ser observado.

O critério do melhor interesse do paciente, de acordo com João Gonçalves Loureiro³⁵¹, é subsidiário em relação à vontade presumida, devendo considerar a utilidade ou inutilidade do tratamento e, por meio de um juízo de ponderação, pesar suas desvantagens e seus benefícios.

Admite-se o consentimento presumido, portanto, em circunstâncias especiais, em que o sujeito não esteja em condições para se manifestar autonomamente, desde que o ato seja praticado em seu benefício e, de acordo com as circunstâncias, seja presumível que ele consentiria com a sua prática se pudesse fazê-lo.

Esse regime especialíssimo de ausência de ilicitude e de exclusão da responsabilidade do médico, diante da falta de consentimento expresso, somente se justifica pela natureza do bem jurídico a preservar, quais sejam, a saúde e a vida do paciente. A isenção de responsabilidade prevalece, ainda que, posteriormente, seja demonstrado que a atuação médica contrariou de algum modo a verdadeira vontade do doente³⁵².

O melhor interesse do paciente, atualmente, envolve não apenas os interesses médicos, mas também “o respeito pelos seus valores e as suas presumíveis vontades”³⁵³, bem como o respeito à dignidade humana que, no âmbito de cuidados de saúde, envolve a sua percepção pessoal de dignidade e de vida digna.

³⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. p. 567-568.

³⁵⁰ CARVALHO, Orlando de, cit por RODRIGUES, João Vaz – **O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. p. 26.

³⁵¹ LOUREIRO, João Gonçalves – **Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico**. p. 45.

³⁵² GODINHO, Adriano Marteleto – *Op. Cit.* p. 29.

³⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 239.

6. A PROCURAÇÃO ESPECÍFICA PARA CUIDADOS DE SAÚDE EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na legislação portuguesa, o procurador de cuidados de saúde e a procuração específica para cuidados de saúde estão regulamentados na Lei n.º 25/2012, artigos 11.º e 12.º, respectivamente. Contudo, antes mesmo da lei, as manifestações de vontade no âmbito da saúde não eram estranhas no ordenamento jurídico português, porquanto já havia defensores da observância das manifestações de vontade anteriores a situação de incapacidade.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face à Biomedicina previa a necessidade de levar em conta a vontade anteriormente manifestada acerca de intervenções médicas por paciente incapacitado de expressar sua vontade. O Conselho da Europa, por meio da Recomendação n.º 99/4, também se posicionou a favor da observância das manifestações de vontade do paciente.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê o dever de respeito por parte do médico às decisões expressadas pelo doente por meio de um procurador de cuidados de saúde.

A Lei n.º 25/2012 representa o reconhecimento, por parte do legislador, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, especialmente à autodeterminação prospectiva.

Ao procurador nomeado são atribuídos poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber ou a não receber pelo outorgante, quando este último estiver incapaz de expressar a sua vontade pessoal autonomamente.

A procuração de cuidados de saúde, a teor do artigo 12.º, n.º 1, da referida lei, é o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntária e gratuitamente, poderes de representação em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autônoma a sua vontade.

A teor da Lei n.º 25/2012, à procuração específica para cuidados de saúde se aplicam, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 262.º, 264.º e n.º 1 e 2 do artigo 265.º do Código Civil português, que tratam da procuração no âmbito do direito civil, as hipóteses de substituição do procurador e as causas de extinção da procuração, respectivamente.

A procuração para cuidados de saúde consiste em um consentimento prospectivo prestado para assegurar a autodeterminação dos interesses do outorgante e seus bens jurídicos no âmbito da saúde, no caso de o outorgante se tornar incapaz de fato³⁵⁴.

³⁵⁴ RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha Mendes – **Direito à autodeterminação e directivas antecipadas: o caso português**. p. 108.

No Brasil não há legislação federal³⁵⁵ específica acerca da matéria, mas o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n.º 1995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, que trata de forma bastante superficial a questão, sem mencionar a possibilidade de nomeação de um procurador para cuidados de saúde.

A procuração específica para cuidados de saúde, no direito brasileiro, é nomeada de mandado duradouro e tem cabimento toda vez que o outorgante seja incapaz de tomar uma decisão relativa a sua saúde, ainda que temporariamente. O documento pode ser utilizado tanto no caso de incapacidade definitiva, quanto temporária do outorgante³⁵⁶.

Trata-se, na verdade, do desejo previamente expresso para ser exercido no futuro, enquanto a pessoa, dotada de capacidade, nomeia alguém de sua confiança, como seu procurador, para tomar decisões referentes a sua saúde, relativas à intervenção médica, em seu nome³⁵⁷.

De acordo com Paulo Lôbo³⁵⁸, é cabível no direito brasileiro a representação continuada para proteção futura, com objetivo de nomeação de pessoa com poderes para decisões e escolhas relativas aos interesses do representado, inclusive sobre sua saúde e vida, na ocorrência de sua incapacidade superveniente ou doença incapacitante, com fundamento na autodeterminação do indivíduo.

A despeito da ausência de legislação, admite-se a utilização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, com amparo nas normas constitucionais, especialmente nos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana. Todavia, a inexistência de regulamentação acaba inviabilizando a utilização desse meio na prática, pois há questões formais que dependem de regulamentação para garantia da sua efetividade. Em razão disso, os casos concretos, não raras às vezes, acabam sendo judicializados para fazer valer os desejos do indivíduo quando não puder expressar de forma autônoma a sua vontade.

Ao falar em nomeação de um procurador para cuidados de saúde, “estamos a falar no respeito pela dignidade humana e na tentativa de melhor cumprir a autonomia prospectiva do paciente”³⁵⁹. A procuração para cuidados de saúde foi introduzida no ordenamento jurídico, e

³⁵⁵ Projetos de Lei n.º 149/2018 e 267/2018 – ambos tratam das diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. O primeiro está em tramitação no Poder Legislativo, aguardando audiência pública (desde 22/03/2022) para a sua instrução e o segundo teve sua tramitação encerrada e encontra-se arquivado.

³⁵⁶ DADALTO, Luciana – **Testamento Vital**. p. 96.

³⁵⁷ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 170.

³⁵⁸ LÔBO, Paulo – **Direito Civil: parte geral**. p. 279.

³⁵⁹ REGO, Fabiana – **A Força Jurídica das Declarações Antecipadas de Vontade**. p. 160.

na área médica, como um mecanismo para responder às particularidades do consentimento médico e da proteção das dimensões da personalidade que estão em causa³⁶⁰.

6.1. A representação voluntária como forma de exteriorização da autonomia da vontade

A representação voluntária, ao lado da representação legal, são modalidades destinadas a conferir poderes a um terceiro para que este possa agir em nome do representado em determinadas situações, exercendo certos poderes.

Há representação, em geral, quando uma pessoa pode fundadamente agir em nome e no interesse de outra, caso em que, exige-se para a atuação o requisito da legitimidade indireta. Aquele que age em nome de terceiro é o representante ou o procurador, este último no caso da representação voluntária. São elementos da representação, portanto, a atuação em nome de outrem, a atuação no interesse de outrem e o poder representativo³⁶¹.

As hipóteses de representação legal são definidas exclusivamente na legislação, não podendo ser acrescidas por vontade das partes e decorrem da necessidade de proteção dos interesses de pessoas que não podem exercer com consciência sua vontade. Na representação legal, além de suas hipóteses estarem definidas pela lei, a extensão dos poderes do representante também é estabelecida pelo legislador.

A representação legal visa suprir a incapacidade de menores e interditos, enquanto a representação voluntária – ou em sentido próprio – tem por base a concessão de poderes de representação pelo representado ao representante³⁶².

Em qualquer caso, o representante é um substituto do representado, aquele atua no lugar deste no exercício dos direitos e deveres de que o outorgante seja titular, está dotado, portanto, de legitimidade indireta³⁶³.

A representação voluntária é a escolha livre de um indivíduo para que represente outro em determinados atos da vida civil e, para tanto, se faz necessário que o representado outorgue ao representante os poderes necessários para sua atuação. É da natureza da representação voluntária que haja confiança recíproca entre representado e representante. A confiança impõe preferência dos interesses do representado sobre os interesses do próprio representante³⁶⁴.

³⁶⁰ VÍTOR, Paula Távora – **O Apelo de Ulisses – o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa**. p. 329.

³⁶¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil. Vol. II**. p. 256.

³⁶² CORDEIRO, António Menezes – **A Representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma**. p. 397.

³⁶³ GONZÁLEZ, José Alberto – **Testamento Vital e Procuração de Cuidados de Saúde**. p. 140.

³⁶⁴ LÔBO, Paulo – *Op. Cit.* p. 277-278.

O negócio por meio do qual se conferem poderes na representação voluntária, em regra, é a procuração, a teor do art. 262.º do Código Civil português. “Fala-se em procuração para identificar o instrumento jurídico onde se consubstanciam poderes para agir em nome e no interesse de outrem”³⁶⁵.

O procurador de cuidados de saúde é titular de poderes representativos, apenas para decidir sobre questões de saúde, relacionadas à vontade dos cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber³⁶⁶.

O procurador é, portanto, um representante voluntário e que decide em nome do outorgante da procuração, de acordo com a vontade deste último. “A representação voluntária é dominada pela procuração”³⁶⁷.

A representação voluntária, por meio da procuração específica para cuidados de saúde, demonstra a importância assumida pela autodeterminação do paciente e pela autonomia prospectiva.

Consoante já mencionado, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face à Biomedicina reconhece a autonomia prospectiva, ao dispor que “A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.” (art. 9.º).

Devem ser respeitadas, ainda, pelos profissionais da saúde, as decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, nos termos do que dispõe a Lei n.º 25/2012.

O art. 13.º, n.º 2, da referida lei, determina que a vontade do outorgante expressada na procuração para cuidados de saúde deve prevalecer quando houver conflito entre esta e a vontade do procurador. O legislador, novamente, prestigia o respeito e a observância à autonomia da vontade do indivíduo/outorgante.

A lei prevê que o médico responsável se assegure da existência de procuração de cuidados de saúde, consultando o banco de dados do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV) e, no caso de sua existência, o documento deve ser anexado ao processo clínico do outorgante.

A procuração para cuidados de saúde visa evitar a decisão por um terceiro sobre os cuidados de saúde que o paciente deseja ou não receber, “sendo certo que a vontade expressa é a do doente e de mais ninguém”³⁶⁸, embora a palavra seja dada pelo procurador. Afasta também

³⁶⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 268.

³⁶⁶ VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.* p. 342.

³⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes – *Op. Cit.* p. 403.

³⁶⁸ REGO, Fabiana – **A Força Jurídica das Declarações Antecipadas de Vontade**, p. 164.

a possibilidade de a decisão ficar a cargo dos Tribunais, prevalecendo a autonomia da vontade do paciente, o qual expressa sua vontade no documento em questão, aceitando ou recusando determinado tratamento ou intervenção médica.

Embora se questione a possibilidade de saber qual o real desejo do indivíduo que está incapacitado e se o procurador está ou não a indicar a vontade efetivamente expressada pelo outorgante, certo é que a melhor forma de conhecer essa vontade é por meio da pessoa que o outorgante elegeu para tanto.

A nomeação de um procurador específico para cuidados de saúde, de acordo com Fabiana Rego³⁶⁹, torna fácil, claro e seguro o conhecimento da real vontade do paciente. Para a autora, se houve demonstração em situações anteriores que recusaria tal tratamento naquelas circunstâncias, não pode o profissional da saúde realizá-lo, ainda que leve à morte do paciente.

Na mesma linha, como refere Geraldo Maciel Rocha Mendes Ribeiro³⁷⁰, a afirmação da autodeterminação deve prevalecer quando provier de uma vontade livre, esclarecida e atual do paciente, ainda que tal decisão implique na morte natural evitável ou cujo perigo seria atenuado ou removido caso realizada a intervenção de acordo com a indicação médica. Essa é a perspectiva da maior parte da doutrina portuguesa e estrangeira³⁷¹.

A exteriorização da autonomia da vontade, por meio da procuração específica para cuidados de saúde, se dá com segurança, uma vez que se permite a sua alteração ou revogação (art. 8.º, n.º 1, Lei n.º 25/2012), em qualquer momento, além de ter um prazo máximo estabelecido em lei para sua eficácia, qual seja, o prazo de cinco anos (art. 7.º, n.º 1). A lei determina que o prazo de eficácia do documento é renovado sempre que seja introduzida uma modificação.

A possibilidade de alteração ou revogação e o estabelecimento de um prazo de eficácia da procuração para cuidados de saúde demonstra a preocupação do legislador de assegurar a contemporaneidade do consentimento³⁷² e a autonomia da vontade do outorgante.

A procuração para cuidados de saúde, de acordo com Luciana Dadalto³⁷³, configura verdadeira representação voluntária de direitos da personalidade. A elaboração do documento

³⁶⁹ REGO, Fabiana – *Op. Cit.* p. 166.

³⁷⁰ RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha Mendes – **Direito à autodeterminação e directivas antecipadas: o caso português.** p. 113.

³⁷¹ A citada autora aponta entendimento em sentido contrário, manifestado por Manuel da Costa Andrade e Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, no sentido de que as declarações antecipadas de vontade não bastam para se concluir, com segurança, que o consentimento seria recusado naquele momento do tratamento, pois apenas traduzem o que o paciente queria quando redigiu o documento. Para os referidos autores, estando incapacitado, revela-se praticamente impossível determinar, com segurança, a postura definitiva do paciente.

³⁷² RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha Mendes – *Op. Cit.* p. 122.

³⁷³ DADALTO, Luciana – **Testamento Vital.** p. 52.

deriva da vontade do representado, que outorga ao representante poderes para agir em seu nome, em matéria de cuidados de saúde, preservando os seus interesses e a sua autonomia da vontade.

6.2. A procuração como mecanismo de suprimento da incapacidade

A procuração é um instrumento jurídico por meio do qual uma pessoa confere poderes a terceiro para que este pratique atos ou tome decisões em seu nome.

O Código Civil Português conceitua procuração como o ato pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes de representação e, salvo disposição legal em contrário, deve seguir a forma exigida para o negócio jurídico que o procurador irá realizar (art. 262.º). O instrumento de procuração, portanto, exige forma especial, qual seja, aquela prevista para o negócio a qual está vinculada.

No direito brasileiro, a procuração está regulamentada no artigo 653.º do Código Civil, o qual prevê que a procuração é o instrumento do mandato. Em que pese a referida disposição legal, o instrumento pode estar vinculado a um contrato ou ser outorgado de forma autônoma. A procuração nada mais é do que o instrumento pelo qual surge o poder de representação. É um ato unilateral, em que o *dominus* outorga poderes, de forma voluntária, a uma terceira pessoa com poder de representação. Como refere J. M. Leoni Lopes de Oliveira³⁷⁴, é um ato unilateral porque, como fruto da autonomia privada, depende para sua validade apenas da manifestação de vontade do outorgante, conferindo poderes ao representante, independentemente de aceitação deste.

A procuração pode ser utilizada como mecanismo de suprimento da incapacidade, como é o caso da procuração específica para cuidados de saúde.

A partir do momento em que o indivíduo esteja incapacitado para expor sua vontade acerca de algum tratamento ou intervenção médica, a procuração para cuidados de saúde revela uma forma de assegurar que o próprio indivíduo – no caso, o outorgante – decida sobre os procedimentos a serem adotados ou não no âmbito da sua saúde.

De acordo com Paula Távora Vítor³⁷⁵, o instrumento se apresenta como uma resposta à incapacidade, mas limitada à área da saúde. Para a autora, o procurador de cuidados de saúde surge como um elemento perturbador das clássicas formas de resposta às incapacidades. Trata-se de um mecanismo de representação voluntária, que é tradicionalmente reservada a quem se presume estar na plena posse de suas faculdades, a pessoa capaz para o exercício de direitos. A

³⁷⁴ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. p. 536.

³⁷⁵ VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.* p. 325.

incapacidade, por sua vez, reclamaria antes um representante legal ou um assistente. Na procuração para cuidados de saúde, é a própria incapacidade que dá impulso ao exercício dos poderes representativos por parte do procurador.

No campo dos mecanismos de suprimento da incapacidade, a procuração específica para cuidados de saúde é um instrumento inovador e adaptável em função das circunstâncias pessoais de cada indivíduo na esfera das incapacidades, além de integrar as exigências de promoção da autonomia que devem presidir os regimes jurídicos de resposta à capacidade diminuída. De acordo com Paula Távora Vítor³⁷⁶, estes podem ser identificados em dois níveis distintos: de um lado, “na manutenção de um nível máximo de capacidade adequado à situação concreta, i.e. incapacitando o mínimo” e de outro, “na valorização de manifestações antecipadas de vontade, que prevêm situações em que a autonomia já não existe”.

É característica da procuração para cuidados de saúde que a vontade prospectiva seja relevante independentemente da previsibilidade da realização dos atos médicos. Para que seja eficaz e vinculativa, não deve consistir em mera indicação ou diretriz geral, pois quanto maior o grau de determinação da vontade expressa, menos inequívoco e seguro será o consentimento. O grau de determinação e especificação da vontade do outorgante será decisivo para se concluir que o consentimento é atual e eficaz ou se a procuração serve apenas como indicador de uma vontade presumida³⁷⁷.

A propósito, a legislação elenca as hipóteses em que o documento não terá eficácia (art. 6.º, n.º 2), quais sejam: quando ficar comprovado que o outorgante não desejaria manter a procuração, quando evidenciada a desatualização da vontade do outorgante em relação ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificados ou na hipótese de o documento não corresponder às circunstâncias de fato que o outorgante previu no momento da sua assinatura. As referidas circunstâncias, todavia, não derrogam o caráter vinculativo do dever constante da procuração para cuidados de saúde, a qual constitui uma manifestação de consentimento consolidada, cabendo ao seu destinatário demonstrar de forma inequívoca, se for o caso, a invalidade do documento.

³⁷⁶ VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.* p. 327.

³⁷⁷ RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha Mendes – **Direito à autodeterminação e directivas antecipadas: o caso português.** p. 110.

A decisão do procurador é vinculativa, pois “atua em nome e por causa do paciente com base em um mandato expresso que aquele lhe outorgou”³⁷⁸, com o mesmo caráter valorativo da vontade manifestada pelo próprio paciente, caso estivesse capaz para consentir.

Exigem-se formalidades e condições quanto ao documento no qual se concretiza a procuração que atribui poderes de cuidados de saúde, entre as quais, a forma escrita e a assinatura presencialmente perante um notário ou um funcionário devidamente habilitado do RENTEV.

Não é exigido o depósito da procuração no referido órgão, pois o registro apenas visa dar maior publicidade ao documento, não sendo condição de validade nem de eficácia³⁷⁹.

O art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2012, prevê requisitos formais para as diretivas antecipadas de vontade, entre os quais, a identificação completa do outorgante, o lugar, a data e a hora da sua assinatura, além das situações clínicas que a procuração produz efeitos, com as opções e instruções relativas aos cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber. Se for o caso, ainda, devem registrar as declarações de renovação, alteração ou revogação. A maior parte desses requisitos são aplicáveis ao documento do testamento vital. De acordo com Vera Lúcia Raposo³⁸⁰, caso a procuração estipule limites à decisão que o procurador de cuidados de saúde possa vir a tomar ou condicione de qualquer outra forma a decisão deste, os referidos requisitos são exigidos também à procuração para cuidados de saúde. O caráter vinculativo da procuração certamente assiste à procuração para cuidados de saúde que cumpra com os requisitos acima apontados.

A nomeação de um procurador de cuidados de saúde, de acordo com Patrícia Cardoso Dias³⁸¹, é uma resposta a uma incapacidade específica limitada ao âmbito da saúde e consiste em um meio de suprimento da incapacidade para prestar consentimento ou dissentimento a determinado ato médico.

³⁷⁸ DIAS, Patrícia Cardoso – **Diretivas antecipadas de vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade**. p. 238.

³⁷⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – **No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade)**. p. 93.

³⁸⁰ *Idem* – *Op. Cit.* p. 97-103.

³⁸¹ DIAS, Patrícia Cardoso – *Ibidem*.

6.3. A proteção dos interesses do outorgante

Por meio da procuração para cuidados de saúde, o outorgante voluntariamente nomeia um representante para a área dos cuidados de saúde.

Para a proteção dos interesses do outorgante, inicialmente, deve se aferir se a vontade expressa é regular, especialmente quanto a sua capacidade para expressá-la.

A legislação portuguesa prevê que qualquer pessoa, capaz e maior de idade, pode nomear um procurador de cuidados de saúde, conferindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados a receber ou a não receber, pelo outorgante, quando este for incapaz de expressar a sua vontade (art. 11.º, n.º 1, Lei n.º 25/2012). Nos termos da lei (art. 4.º), são requisitos cumulativos de capacidade do outorgante: ser maior de idade, não se encontrar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica e ser capaz de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

A capacidade para consentir, portanto, é um dos requisitos para possibilitar que o indivíduo outorgue a procuração para cuidados de saúde. A aferição dessa capacidade se dá em dois momentos distintos: primeiro quando da outorga do documento, ocasião em que o outorgante deve cumprir com os supracitados requisitos e ter plena capacidade para conferir os poderes representativos a terceiro; e no segundo momento, quando deve se determinar a incapacidade do outorgante para se manifestar pessoal e autonomamente, dando espaço à atuação do procurador para decidir.

Para se desconsiderar a vontade prospectiva manifestada na procuração, deve ser demonstrado que a vontade atual não é coincidente com a vontade manifestada na data da outorga da procuração. Caso contrário, haverá uma atuação ilícita pelo profissional da saúde, por violar o direito à autodeterminação do indivíduo e violação ao dever de informar e obter o consentimento. O que está em causa é a predeterminação responsável do destino e dos interesses do outorgante. Não se busca saber se o outorgante previu sua situação como doente ou os avanços da medicina, mas se ele indicou o que desejava ou não em uma determinada situação de vida e tratamento³⁸².

O procurador é um representante voluntário que decide em nome do outorgante e nos interesses deste, levando em consideração os seus desejos reconhecíveis. O caráter voluntário da representação permite atender à vontade do outorgante, não apenas quando da nomeação do

³⁸² RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha Mendes – *Op. Cit.* p. 110-111.

procurador, mas também ao estabelecer quais são os seus desejos e elegê-los como padrão de atuação, o que não acontece na representação legal³⁸³.

A matéria que esses poderes de representação abrangem, todavia, limitam-se aos cuidados de saúde. A Lei n.º 25/2012, em seu art. 2.º, n.º 2, prevê acerca das disposições que o outorgante pode fazer constar no documento, tais quais, a vontade de: não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais; não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcional ao seu quadro clínico, nomeadamente no que concerne às medidas de alimentação e hidratação artificiais, utilizadas apenas para retardar o processo natural da morte; receber os cuidados paliativos adequados à sua condição de saúde; não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental e autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

Ainda, o art. 5.º da Lei n.º 25/2012 impõe limites às diretivas antecipadas de vontade, os quais se aplicam também à procuração para cuidados de saúde. São juridicamente inexistentes os atos contrários à lei, à ordem pública ou que determinem uma atuação contrária às boas práticas, cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável e, também, os documentos em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

Embora se busque, com a procuração para cuidados de saúde, a proteção dos direitos e o efetivo exercício da vontade do outorgante, não há um sistema de controle que permita supervisionar a atuação do procurador, embora tenha havido recomendações do Conselho da Europa nesse sentido. De acordo com Paula Távora Vítor³⁸⁴, deve se encontrar um expediente que permita, quando necessário, controlar se o procurador norteia a sua ação pelos melhores interesses do outorgante, quando não segue os melhores desejos expressos no documento. A via adequada, no entender da autora, é a judicial, requerendo a proteção dos direitos da personalidade, nos termos dos artigos 878.^{o385} e seguintes do CPC português.

A figura do procurador para cuidados de saúde deve se adequar à doutrina da alternativa menos restritiva, a qual aponta a intervenção mínima no âmbito da restrição de direitos fundamentais e, portanto, do direito à capacidade civil³⁸⁶.

³⁸³ VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.* p. 343.

³⁸⁴ VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.* p. 346-347.

³⁸⁵ Art. 878.º, CPC Português – Pode ser requerido o decretamento das providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida.

³⁸⁶ VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.* p. 325.

A doutrina da alternativa menos restritiva de direitos já havia sido proposta pelo Conselho da Europa, que preconizava a adoção de mecanismos menos restritivos possíveis. A Recomendação n.º 99/4 apelava à necessidade de levar em conta as disposições tomadas antecipadamente pela pessoa incapacitada, quando ainda fosse plenamente capaz, apontando como exemplo desse tipo de instrumento o mandato ou a procuração permanente³⁸⁷.

Quando da atuação do procurador nomeado para representar o indivíduo, em matéria de cuidados da saúde, devem ser observados, sempre, os interesses do outorgante, a proteção dos seus direitos e fazer valer a sua vontade manifestada antecipadamente por meio da procuração.

6.4. Eventual transmissão indireta da titularidade do direito do *dominus*

Os efeitos da procuração específica para cuidados de saúde ficam postergados para o momento em que o outorgante se encontrar incapacitado para expressar de forma pessoal e autônoma a sua vontade. Na ocasião, a manifestação da vontade do outorgante se dará por meio do procurador nomeado, o qual irá decidir acerca dos cuidados de saúde a serem prestados ao representado, com base na sua vontade externada quando da outorga do documento.

Daí que surge o questionamento se a outorga da procuração para cuidados de saúde pode implicar na transmissão indireta da titularidade dos direitos da personalidade do *dominus*. Estão em causa, no ponto, os direitos de personalidade de titularidade do representado.

A doutrina diverge acerca de tal questão.

É certo que a nomeação de um procurador para cuidados de saúde é reflexo da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade.

No estudo das características dos direitos da personalidade, constatou-se que tais direitos são intransmissíveis, visto que a sua titularidade não pode ser transferida a terceiros.

Há quem defenda que, na nomeação de um procurador para cuidados de saúde, há transferência dos direitos da personalidade do representado para um terceiro, na medida em que o procurador está a substituir o paciente na decisão do curso da sua vida, do seu corpo e da sua personalidade, decidindo, por vezes, até a sua morte³⁸⁸. De acordo com Rabindranath Capelo de Sousa³⁸⁹, os direitos da personalidade são intransmissíveis e, por isso, não podem ser cedidos, alienados, onerados ou sub-rogados a favor de outrem, dada a sua inseparabilidade da

³⁸⁷ DIAS, Patrícia Cardoso – **Diretivas antecipadas de vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade.** p. 232.

³⁸⁸ REGO, Fabiana – **A Força Jurídica das Declarações Antecipadas de Vontade.** p. 164-165.

³⁸⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 402-403.

pessoa. Inclusive, para o autor, o caráter pessoal de tais poderes implica “sem prejuízo da eficácia da representação legal, o seu normal exercício pelo respectivo titular, não sendo aqui admitida a representação voluntária”. Esse é o posicionamento da doutrina tradicional, que busca o respeito ao princípio da intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

Todavia, como vimos, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa e a sua dignidade³⁹⁰. São direitos que nasceram com a pessoa, sendo incapazes de se separarem dela e, ainda que assim quisesse, o sujeito não conseguiria se desvencilhar dos seus direitos da personalidade.

Daí porque, a procuração específica para cuidados de saúde não implica a transferência de direitos da personalidade do *dominus*, já que são direitos intransmissíveis porque inerentes à pessoa. O que se transmite, portanto, é apenas o seu exercício. A propósito, se é admitido o recurso da procuração para celebração de casamento, por exemplo, porque não o seria para atos também pessoais e livres, nomeadamente em matéria de cuidados de saúde. Assim como o representante legal, o procurador para cuidados de saúde também tem o objetivo de proteção da pessoa e do seu interesse, sem violar a sua autonomia³⁹¹. Ao contrário, o propósito está, efetivamente, a assegurar a autonomia da vontade do outorgante.

A teoria contemporânea dos direitos da personalidade faz uma releitura das suas características, admitindo a autolimitação dos direitos da personalidade quando para atender ao propósito de realização da personalidade de seu titular³⁹². A procuração para cuidados de saúde consiste em uma autolimitação válida aos exercícios dos direitos da personalidade relativos à saúde, cuja pretensão do outorgante está em preservar seus interesses privados no momento em que não tiver condições de autodeterminar-se.

Com a outorga de poder de representar, o outorgante não se desfaz dos poderes que tem, isto é, “outorgou o poder de representá-lo no exercício dos poderes que tem; não outorgou o poder, de que é titular, nem se inibiu da prática do mesmo ato”³⁹³. O outorgante continua detentor dos seus direitos da personalidade, mas delega a terceiro o exercício da tomada de decisão sobre os cuidados de sua saúde, que produzirá efeitos quando estiver incapacitado de fazê-lo³⁹⁴.

³⁹⁰ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p. 162.

³⁹¹ REGO, Fabiana – *Op. Cit.* p.165.

³⁹² SCHREIBER, Anderson, cit por DADALTO, Luciana – **Testamento Vital**. p. 52.

³⁹³ LÔBO, Paulo – *Op. Cit.* p. 277.

³⁹⁴ DADALTO, Luciana – **Testamento Vital**. p. 52.

Conforme estudado, o procurador, nada mais é do que um representante voluntário que decide em nome do outorgante e no interesse exclusivo do *dominus*, levando em consideração os seus desejos reconhecíveis.

Cumpridos os requisitos legais, deve ser reconhecida a autodeterminação do indivíduo e a delegação do exercício dos direitos da personalidade³⁹⁵, por meio da procuração específica de cuidados de saúde. O que se transmite, portanto, não é a titularidade dos direitos da personalidade do *dominus*, mas o seu exercício, o qual é admitido por meio da representação voluntária.

³⁹⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 251.

CONCLUSÕES

As pessoas constituem o princípio e o fim do Direito, são a sua essência, sem elas sequer existiria o Direito. A situação jurídica é uma típica situação de pessoas, isto é, o direito está para solucionar problemas alusivos a pessoas.

No direito privado, a concepção de pessoa está relacionada a condição de titular de direitos e deveres, reconhecida no sistema jurídico como sujeito. Daí a personalidade que consiste no conjunto de faculdades e obrigações que faz com que alguém seja reconhecido como pessoa, precedendo à capacidade civil.

A capacidade civil está vinculada ao poder de decisão, ligada ao discernimento, à possibilidade de entender e manifestar a vontade. As legislações brasileira e portuguesa reconhecem a capacidade civil e a estudam sob duas perspectivas: a capacidade jurídica – capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de agir – capacidade de fato ou de exercício. A primeira se relaciona com o conceito geral de capacidade, que consiste na aptidão para as relações jurídicas; e a segunda se restringe às formas de exercício da primeira. A capacidade de direito ou de gozo é pressuposto para a capacidade de fato ou de exercício.

A capacidade de direito ou de gozo – também nomeada de capacidade jurídica – é inerente a todo o ente dotado de personalidade e se refere a titularidade de direitos, trata-se da capacidade que qualquer pessoa possui desde o início da sua existência. Não se confunde capacidade de direito com personalidade, uma vez que a capacidade de direito é um dos atributos da personalidade, que permite à pessoa titularizar direitos e deveres na ordem civil.

A capacidade de fato ou de exercício – conhecida também como capacidade de agir – consiste no exercício dos direitos e cumprimento das obrigações pelo indivíduo, sem intervenção de terceiros. O discernimento e a possibilidade de manifestar a vontade pessoal e autonomamente são fundamentos da capacidade de agir, todavia, a legislação civil não faz referência a requisitos para a aquisição da capacidade de fato, ao passo que, trata da matéria sob o regime das incapacidades. Essas incapacidades são tratadas como exceções à regra, com o objetivo de proteção àquelas pessoas que não possuem condições suficientes para agir sozinhas diante das relações jurídicas.

No direito português, o anterior regime da interdição e inabilitação – do legislador de 1966 – foi substituído pelo regime do maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, tendo em vista a consciência da gravidade que os anteriores regimes comportam para o incapaz e, também, a influência dos institutos jurídicos internacionais. O novo sistema pode ensejar em limitação, mas não na exclusão da capacidade de fato ou de exercício do indivíduo.

Tanto na legislação brasileira quanto na portuguesa, quando o tema é capacidade, a legislação está mais voltada à proteção patrimonial do que à tutela do indivíduo. Portanto, a aplicação da norma, no particular, não serve para a especial capacidade para consentir, em matéria de cuidados de saúde. Isso porque, nessa seara, sobretudo quando analisado sob a ótica da relação médico-paciente, o estudo exige maior complexidade do que a capacidade genérica utilizada para os negócios jurídicos. Fatores específicos, muito além do discernimento e da capacidade para manifestação da vontade, devem ser analisados para se constatar a capacidade para consentir em matéria de cuidados de saúde.

A Convenção de Oviedo enfatizou a proteção dos direitos do paciente, ao tratar do consentimento informado como princípio fundamental e dispor que qualquer intervenção na saúde somente pode ser realizada após ser prestado o consentimento livre e esclarecido.

De acordo com André Gonçalo Dias Pereira³⁹⁶, amparado na concepção de Amelung, entre os elementos constitutivos da capacidade para consentir estão: a capacidade de decidir sobre valores, a capacidade para compreender fatos e processos causais e para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar com base na informação. Acompanhando os autores, na falta de um desses elementos, o indivíduo deve ser considerado incapaz para consentir.

O consentimento dos menores de idade é tratado de forma especial na legislação civil brasileira e portuguesa. No Brasil a capacidade para a prática de todos os atos da vida civil se adquire aos dezoito anos de idade, enquanto em Portugal, a idade referência para capacidade de consentir é de dezesseis anos e, além da idade, a legislação (art. 38.º, n.º 3, do Código Penal) exige o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do consentimento quando o presta. Ainda, a lei civil portuguesa prevê a autonomia progressiva dos menores, de acordo com a sua maturidade, até os dezoito anos de idade.

Em matéria de cuidados de saúde, o critério da idade do menor não é o único a ser levado em conta, merecendo atenção o interesse do ato praticado e suas consequências na esfera do interesse do menor e de terceiros.

O consentimento de adultos incapazes, isto é, aqueles que possuem capacidade civil, mas estão temporariamente incapacitados para consentir por conta de debilidade física ou psíquica, requer uma forma especial de validação da vontade para que ocorra o suprimento da incapacidade. Em matéria de saúde, inclusive, a valoração da capacidade dos adultos deve ser

³⁹⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica**. p. 210-213.

feita por meio de avaliação médica, a fim de apontar se a perturbação que acomete o indivíduo é capaz ou não de afetar a sua capacidade de avaliação da sua real situação.

Em termos de capacidade para consentir, em matéria de cuidados de saúde, o artigo 6.º da Convenção de Oviedo eleva a autonomia da pessoa, em atenção à própria dignidade da pessoa humana, ao reconhecer que mesmo aqueles que carecem de capacidade para consentir devem estar envolvidos no processo decisório³⁹⁷.

Os princípios da autonomia da vontade e do livre desenvolvimento da personalidade são pilares da capacidade de autodeterminação do indivíduo, esta considerada um dos principais fundamentos dos direitos humanos, que permite ao sujeito decidir livremente sobre a sua vida. O direito ao desenvolvimento da personalidade encontra limites jurídicos, ao passo que o direito de um é limitado pelo direito dos outros. O conceito de autodeterminação, inclusive, é mais abrangente do que o de autonomia.

Em matéria de cuidados de saúde, acompanhando André Gonçalo Dias Pereira³⁹⁸, o exercício do direito à autodeterminação deve ser regido pelo princípio da autonomia, assim, se o indivíduo tiver capacidade para consentir deverá decidir sobre os cuidados de saúde que deseja para si.

Em razão das excepcionais hipóteses de incapacidade, a legislação civil portuguesa e brasileira estabelecem regimes de suprimento da capacidade diminuída.

Em Portugal, o novo regime do maior acompanhado, instituído pela Lei n.º 49/2018, se mostra mais flexível em relação ao anterior, abrangendo situações mais variadas e com o intuito de dar uma atenção mais individualizada à pessoa protegida, levando em conta as peculiaridades de cada caso.

O novo regramento prioriza o respeito do exercício da autodeterminação do indivíduo e decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, dando ênfase à autonomia da pessoa, com respeito a sua vontade até o limite do possível³⁹⁹.

No direito brasileiro, os institutos jurídicos da tutela e da curatela é que regulam os direitos e interesses das pessoas incapazes, visando suprir as incapacidades de fato existentes, prestar assistência ou administração ao incapaz, auxiliando-o no que for necessário para reger sua vida. A tutela tem como objetivo a administração da pessoa e dos bens do menor de idade;

³⁹⁷ VÍTOR, Paula Távora; RIBEIRO, Geraldo Rocha – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. p. 165.

³⁹⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 205.

³⁹⁹ VÍTOR, Paula Távora – **Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída**. p. 131.

enquanto a curatela visa a defesa dos interesses dos maiores incapazes e interditados, a sua inclusão e preservação da autonomia da vontade. A Lei n.º 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – promoveu importantes alterações no instituto jurídico da curatela, incluindo no sistema jurídico brasileiro, também, o sistema da tomada de decisão apoiada como forma de apoio às pessoas em situação de vulnerabilidade.

Em matéria de cuidados de saúde, relativamente a intervenções médicas, independentemente de se tratar de pessoa com plena capacidade para consentir ou de indivíduo com capacidade diminuída que careça de auxílio ou representação para prestar consentimento, é certo que deve ser observado o regime jurídico do consentimento informado.

Embora não se tenha o período exato do início da relevância do consentimento do paciente na prática médica, seu auge foi na Segunda Guerra Mundial, em razão dos abusos praticados nas experiências com seres humanos. Daí a necessidade de normatização da questão, que se deu com o surgimento do Código de Nuremberg (1947), documento idealizador de requisitos éticos que as investigações científicas com participação de seres humanos devem obedecer, com o prévio consentimento livre e esclarecido dos indivíduos participantes. Seguindo a mesma linha, a Declaração de Helsinque (1964), que levou o consentimento informado ao *status* de norma jurídica e ética. Ainda assim, a crueldade com pessoas recrutadas para experimentos médicos não cessou, vindo à tona o caso dos homens afro-americanos utilizados para estudos da evolução da sífilis, que foram privados de tratamento para o estudo da doença, ocasião em que foi promulgado o Relatório de Belmont (1978). O documento estabeleceu princípios éticos e diretrizes para as pesquisas biomédicas com seres humanos, tais quais: o respeito pelas pessoas, a beneficência e o princípio da justiça. Em seguida, a Declaração de Lisboa (1981), que assegurou o direito de o paciente aceitar ou recusar tratamento após o consentimento livre e esclarecido. Posteriormente, com o objetivo de proteger o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantir ao indivíduo o respeito à integridade e aos direitos e liberdades fundamentais, face às aplicações da biologia e da medicina, foi promulgada a Convenção de Oviedo (1997), que estabeleceu a prevalência do interesse e do bem-estar do ser humano em relação aos interesses da sociedade ou da ciência.

A Carta de Nice, de 2000, reconheceu a inviolabilidade do ser humano e o direito ao respeito pela integridade física e mental, inclusive ao consentimento livre e esclarecido, com proteção à liberdade pessoal. E, em 2005, com a aprovação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, o consentimento informado assumiu dimensão universal.

O direito ao consentimento informado, em matéria de cuidados de saúde, está consagrado na legislação portuguesa, no âmbito constitucional, nas legislações civil e penal, nas leis

extravagantes e no plano deontológico. No Brasil, o instituto do consentimento informado está bem sedimentado nas normas deontológicas, a partir do Código de Ética Médica e das resoluções e recomendações do Conselho Federal de Medicina.

A medicina, no início, estava submetida as influências religiosas e o médico atuava basicamente por caridade, cuja ética se pautava na teoria das virtudes. Com a superação dessa fase, surgiu então a medicina clínica, ocasião em que surgiram também os deveres e obrigações dos médicos. A ética médica sofreu influência da teoria dos princípios, tais quais: a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça. Além desses, o princípio do segredo médico é um dos mais antigos e tradicionais princípios da ética médica. Este último, acompanhando André Gonçalo Dias Pereira⁴⁰⁰, está no cerne da relação médico-paciente e é o pilar dessa relação personalíssima que requer confiança.

Entre os deveres da ética médica está o de prestar o consentimento informado, livre e esclarecido ao paciente, cuja circunstância exige a capacidade de compreensão do doente, a fim de que possa decidir isento de qualquer influência. Uma das questões mais instigantes acerca da ética médica é a recusa de atos ou tratamentos médicos, cujo principal fundamento desse direito é a autonomia do paciente. No particular, surge a controvérsia se o paciente tem o poder de fazer ou não a escolha, informada e devidamente e esclarecida, quanto aos tratamentos e atos médicos em relação a si.

O direito a recusar um procedimento ou uma intervenção médica está alicerçado na autonomia da vontade do indivíduo. No caso, o profissional da saúde deve se valer de uma linguagem acessível para informar o paciente dos fatos relevantes e possíveis consequências, a fim de propiciar a decisão com consciência e manifestar a aceitação ou a recusa.

O entendimento que predomina, seguindo orientação de André Gonçalo Dias Pereira⁴⁰¹, é no sentido de que a pessoa adulta tem direito a recusar tratamento ou procedimento propostos pelo médico, por mais absurdo que possa parecer sob a ótica médica.

O direito à informação acerca do estado de saúde vai além de receber notícias sobre possíveis tratamentos, incluindo também o direito a não ser informado sobre eventual doença, caso assim seja o desejo do indivíduo, em atenção ao direito à privacidade e a não intromissão

⁴⁰⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa.** p. 10.

⁴⁰¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil.** p. 504.

na esfera íntima do doente⁴⁰². Há ressalva, nesses casos, da necessidade de se assegurar os interesses de terceiros e o dever de informação por parte do médico.

Assegura-se ao profissional da medicina, inclusive, o direito à objeção de consciência diante da recusa terapêutica por parte do paciente, trata-se de elemento importante para o equilíbrio na relação médico-paciente. Esse direito deve estar atrelado ao exercício de outros direitos fundamentais, como a liberdade de autodeterminação pessoal e somente a análise do caso concreto é que permitirá aferir qual direito deve prevalecer em relação ao outro. Uma vez exercido o direito à objeção de consciência pelo médico, deve se assegurar que outro profissional preste os cuidados que o paciente necessite.

O consentimento informado, na prática médica, visa tutelar a dignidade humana, a integridade física e moral da pessoa, a liberdade e a autodeterminação. A dignidade figura como uma cláusula geral de tutela, com o escopo de assegurar também a personalidade humana. Em matéria de cuidados de saúde, o exercício da autodeterminação e a livre disposição da integridade física deve se orientar pelo princípio da autonomia da vontade. Parte-se da premissa de que, havendo capacidade para consentir, a pessoa é que deve decidir sobre os cuidados que deseja ou não para a sua saúde. Admite-se, inclusive, o exercício da autonomia de forma antecipada.

A legislação portuguesa, no art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2018, regulamenta a autonomia prospectiva, assegurando às pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida o direito de dar o seu consentimento, contemporâneo ou antecipado, para intervenções clínicas de que sejam alvo, atendendo ao requisito da informação prévia e esclarecida. Esse exercício da autonomia pode se dar por meio de diretivas antecipadas de vontade e pode consistir tanto no desejo de utilizar todas as técnicas e mecanismos disponíveis para o prolongamento da vida, quanto no desejo de não se submeter a determinados procedimentos ou tratamentos médicos. O que se pretende garantir e assegurar é que a escolha do próprio doente seja prestigiada e atendida pela equipe médica. Daí a importância da nomeação de um procurador para cuidados de saúde, como forma de suprimento da incapacidade.

Para o estudo da procuração específica para os cuidados de saúde em relação aos direitos da personalidade, entendemos necessária a análise da personalidade humana como bem juridicamente tutelável, bem como do direito da personalidade propriamente dito, suas características e limites.

⁴⁰² NUNES, Rui – **Consentimento Informado e boa prática clínica**. p. 128.

Os direitos da personalidade, elevados à categoria de direitos fundamentais, estão relacionados à existência da pessoa humana, sua dignidade, constituindo as projeções física, psíquica e intelectual do ser humano. São essenciais à pessoa humana, possibilitando o tratamento igualitário e a compreensão da essencialidade do ser humano, em razão da sua ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a orientação de Carlos Alberto da Mota Pinto⁴⁰³, designa-se por direitos da personalidade um certo número de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas em razão do seu nascimento, são direitos necessários, um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada indivíduo. As legislações brasileira e portuguesa incluem os direitos da personalidade no âmbito normativo primário do direito civil, dispensando a incursão em texto constitucional para a sua concretização, disciplinando um rol meramente exemplificativo desse grupo de direitos. Isto é, além daqueles direitos da personalidade elencados na legislação civil, tais quais, a proteção à vida, saúde física, integridade física, honra, liberdade, nome, imagem e intimidade da vida privada, outros podem surgir.

As seguintes características dos direitos da personalidade são amplamente aceitas na doutrina portuguesa e brasileira: direitos indisponíveis, irrenunciáveis e intransmissíveis, absolutos, vitalícios, imprescritíveis, inatos e extrapatrimoniais. Essas características não são exaustivas, uma vez que diferentes direitos da personalidade podem surgir, além dos já previstos na legislação vigente.

Em que pese o caráter absoluto dos direitos da personalidade, isso não significa que não possam sofrer limitações. Ao contrário, há sim limites a esses direitos. Como propõe, Pedro Pais de Vasconcelos⁴⁰⁴, exige-se um critério de delimitação que evite a extensão dos direitos da personalidade a todo e qualquer tipo de situação, o que levaria a sua banalização e o conseqüente enfraquecimento.

A legislação civil portuguesa, em seu art. 81.º, admite que haja limitações lícitas ao exercício dos direitos da personalidade, desde que a limitação seja voluntária e não contrarie os princípios da ordem pública. Portanto, a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula se for contrária aos princípios da ordem pública, e quando legal, será sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

A manifestação da vontade em relação ao próprio corpo, a despeito da proteção da integridade física do indivíduo, tem sido considerada com maior vigor, em atenção ao princípio

⁴⁰³ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 207 e 209.

⁴⁰⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**. p. 103.

da dignidade humana. Tem sido admitida a recusa de transfusão de sangue nos casos de convicções religiosas, admite-se a esterilização por meio de vasectomia ou laqueadura e os transplantes de órgãos. A mais recente forma de atenção à dignidade humana como elemento de proteção ao corpo, associada à autonomia da vontade da pessoa, é a admissão de tratamento e intervenções cirúrgicas para alteração de sexo, em atenção ao direito à autodeterminação da identidade de gênero e proteção das características sexuais da pessoa.

Em que pese a prevalência da autonomia do indivíduo e do direito à autodeterminação do paciente, em certos casos, quando o advento de circunstâncias em que a urgência na adoção de práticas médicas preponderar, impedindo seja colhido o consentimento do paciente ou de seus representantes, admite-se o consentimento presumido. Este, por sua vez, isenta o profissional da saúde de responsabilidade pela sua atuação, ainda que se prove, posteriormente, que a atuação médica contrariou de alguma forma a verdadeira intenção do paciente.

A procuração específica para cuidados de saúde é um instrumento que visa suprir a incapacidade, por meio da atribuição de poderes de representação. Trata-se de consentimento prospectivo prestado para assegurar a autonomia da vontade e os interesses do outorgante em matéria de cuidados de saúde. É o documento pelo qual se atribui, de forma voluntária e gratuita, poderes de representação a terceiro, para que este os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autônoma a sua vontade.

Em Portugal, há legislação específica sobre a matéria, a Lei n.º 25/2012, que representa o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, especialmente à autodeterminação prospectiva. No Brasil, o legislador ainda não disciplinou a respeito. Há a Resolução n.º 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina que dispõe, de forma superficial, sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, porém nada menciona acerca da procuração para cuidados de saúde. A doutrina, por outro lado, trata do tema e nomeia o referido documento de mandado duradouro. Embora careça de legislação, admite-se a utilização da procuração específica para cuidados de saúde no direito brasileiro, com amparo nos princípios constitucionais.

O procurador para cuidados de saúde é um representante voluntário que decide em nome do outorgante, quando este não tiver condições de fazê-lo, devendo respeito à manifestação de vontade previamente exteriorizada. As decisões tomadas pelo procurador devem ser respeitadas pelos profissionais da saúde.

A procuração para cuidados de saúde configura verdadeira representação voluntária dos direitos da personalidade⁴⁰⁵ e consiste em um meio de suprimento da incapacidade para prestar consentimento ou dissentimento a determinado ato médico⁴⁰⁶.

O procurador é um representante voluntário que decide em nome do outorgante e nos interesses deste, portanto deve sempre ter em consideração os seus desejos manifestados. A voluntariedade da representação, por sua vez, permite que se atenda a vontade do outorgante. A propósito, a figura do procurador deve se adequar à doutrina da alternativa menos restritiva, isto é, no exercício dos poderes de representação, deve haver intervenção mínima na esfera dos direitos fundamentais e do direito à capacidade civil.

Resta a questão importante sobre a eventual transmissão indireta da titularidade dos direitos da personalidade do outorgante, em razão da outorga da procuração específica para cuidados de saúde. A doutrina é dissonante a respeito do tema.

Seguindo à risca o princípio da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, para a doutrina tradicional⁴⁰⁷, os direitos da personalidade não podem ser cedidos, onerados, alienados ou sub-rogados a favor de outrem, em razão da sua inseparabilidade da pessoa, portanto, não se sujeitam à representação voluntária.

Por outro lado, para a doutrina contemporânea, com a qual compartilhamos, a procuração específica para cuidados de saúde consiste em uma limitação válida do exercício dos direitos da personalidade relativos à saúde.

A outorga da procuração não retira do outorgante os seus direitos da personalidade, ao contrário, o outorgante continua detentor dos seus direitos, apenas delega a terceira pessoa o exercício da tomada de decisão sobre os cuidados com a sua saúde, que produzirá efeitos quando não puder fazê-lo, em razão de incapacidade⁴⁰⁸. Com a outorga da procuração para cuidados de saúde, delega-se o exercício dos direitos da personalidade⁴⁰⁹, reconhecendo-se a autodeterminação do indivíduo e sua autonomia.

O que se transmite com a representação voluntária é apenas o exercício dos direitos da personalidade e não a sua titularidade.

⁴⁰⁵ DADALTO, Luciana – **Testamento Vital**. p. 52.

⁴⁰⁶ DIAS, Patrícia Cardoso – **Diretivas antecipadas de vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade**. p. 238.

⁴⁰⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 402-403.

⁴⁰⁸ DADALTO, Luciana – *Op. Cit.* p. 52.

⁴⁰⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. p. 251.

REFERÊNCIAS

FONTES DOCUMENTAIS

FONTES PRIMÁRIAS

- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 03 de Novembro de 2005. [Em linha]. [Consult. Em 31/08/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>.
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 27 de Outubro de 2006. [Em linha]. [Consult. Em 15/09/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 276, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 27 de Outubro de 2006. [Em linha]. [Consult. Em 02/03/2022]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 277, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 27 de Outubro de 2006. [Em linha]. [Consult. Em 15/09/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 403, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 10 de Novembro de 2011. [Em linha]. [Consult. Em 30/10/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 533, aprovado na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 12 de Março de 2013. [Em linha]. [Consult. Em 29/10/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vi-jornada-de-direito-civil-2013.pdf>

- [justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf)
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 589, aprovado na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 29 de Setembro de 2015. [Em linha]. [Consult. Em 18/09/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 636, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 27 de Abril de 2018. [Em linha]. [Consult. Em 06/09/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>.
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 639, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 27 de Abril de 2018. [Em linha]. [Consult. Em 01/09/2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1693718/RJ, 3ª Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. J. em 26 de março de 2019, publ. no DJe em 04 de abril de 2019. [Em linha] [Consulta em 30/10/2021] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201702096423&dt_publicacao=04/04/2019
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.212.272/AL – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário – Tema 1069, Tribunal Pleno, Rel. Ministro GILMAR MENDES. J. em 24 de outubro de 2019, publ. no DJe-097 em 23 de abril de 2020. [Em linha] [Consulta em 30/10/2021] Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11062/false>
- CÓDIGO Civil Brasileiro: Lei n.º 10.406/2002 de 10 de Janeiro. [Em linha] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.
- CÓDIGO Civil Português: Decreto-Lei n.º 47344/1966 de 25 de Novembro. **Diário do Governo, Série I**. N.º 274 (25-11-1966), p. 1883-2086. [Em linha] Disponível em:

- <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202108251822/73905391/diplomaExpandido>.
- CÓDIGO de Defesa do Consumidor: Lei n.º 8.078/1990 de 11 de Setembro. [Em linha]
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm
- CÓDIGO de Processo Civil Brasileiro: Lei n.º 13.105/2015 de 16 de Março. [Em linha]
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.
- CÓDIGO de Processo Civil Português: Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho. **Diário da República, Série I**. N.º 121 (26-06-2013). [Em linha] Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/169207608/202109041912/74221917/diplomaExpandido>.
- CÓDIGO Penal Brasileiro: Decreto-Lei n.º 2.848/1940 de 7 de Dezembro. [Em linha]
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm
- CÓDIGO Penal Português: Decreto-Lei n.º 48/1995 de 15 de Março. **Diário da República, Série I-A**. N.º 63 (15-03-1995), p. 1350-1416. [Em linha] Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/169645978/202108302151/74224599/diplomaExpandido>.
- CONSELHO da Europa. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. [Em linha] [Consulta em 27/02/2022]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>.
- Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 53ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-63621-7.
- Constituição da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.
- CONVENÇÃO da Biomedicina e Protocolo Adicional. Resolução da AR n.º 1/2001 de 03 de Janeiro. [Em linha] Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=selected&nid=1644&nversao=&tabela=leis.
- LEI n.º 6.015/1973 de 31 de Dezembro. [Em linha] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm
- LEI n.º 12/1993 de 22 de Abril. **Diário da República, Série I-A**. N.º 94/1993 (22-04-1993) [Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/12/1993/04/22/p/dre/pt/html>

- LEI n.º 9.434/1997 de 04 de Fevereiro. [Em linha] Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm
- LEI n.º 12/2005 de 26 de Janeiro. **Diário da República, Série I-A**. N.º 18/2005 (26-01-2005)
[Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/12/2005/01/26/p/dre/pt/html>
- LEI n.º 11.105/2005 de 24 de Março. [Em linha] Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm
- LEI n.º 32/2006 de 26 de Julho. **Diário da República, Série I**. N.º 143/2006 (26-07-2006) [Em
linha]. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-
/lc/107743775/201807301154/diplomaExpandido](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107743775/201807301154/diplomaExpandido)
- LEI n.º 25/2012 de 16 de Julho. **Diário da República, Série I**. N.º 136 (16-07-2012) [Em linha]
Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/25/2012/p/cons/20180814/pt/html>
- LEI n.º 13.146/2015 de 6 de Julho. [Em linha] Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm.
- LEI n.º 31/2018 de 18 de Julho. **Diário da República, Série I**. N.º 137/2018 (18-07-2018) [Em
linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/31/2018/07/18/p/dre/pt/html>
- LEI n.º 38/2018 de 7 de Agosto. **Diário da República, Série I**. N.º 151/2018 (07-08-2018) [Em
linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/38/2018/08/07/p/dre/pt/html>
- LEI n.º 49/2018 de 14 de Agosto. **Diário da República, Série I**. N.º 156/2018 (14-08-2018)
[Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/49/2018/08/14/p/dre/pt/html>.
- LEI n.º 95/2019 de 04 de Setembro. **Diário da República, Série I**. N.º 169/2019 (04-09-2019)
[Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/95/2019/09/04/p/dre>
- ONU - Declaração Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. [Consulta em 01/03/2022].
Disponível em:
https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf
- PORTUGAL. Tribunal de Relação de Lisboa. 7ª Secção. Processo: 17922/21.8T8LSB.L1-7,
Relator CARLOS OLIVEIRA. J. em 14 de Setembro de 2021. [Em linha] [Consulta em
31/10/2021] Disponível em:
[http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/be989eaa98ae73348
0258759004564ca?OpenDocument&Highlight=0,consentimento,informado,m%C3%
A9dico](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/be989eaa98ae733480258759004564ca?OpenDocument&Highlight=0,consentimento,informado,m%C3%A9dico)
- RECOMENDAÇÃO CFM n.º 1/2016 de 21 de Janeiro de 2016. [Em linha] Disponível em:
https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf

REGULAMENTO n.º 707/2016 de 20 de Maio de 2016. **Diário da República, Série II. N.º 139** (21-07-2016) [Em linha] Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/75007439/details/normal?l=1>

RESOLUÇÃO n.º 1.995/2012 de 9 de Agosto de 2012. **Diário Oficial da União, Seção I**, p. 269-270 (31-08-2012). [Em linha] Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf

RESOLUÇÃO n.º 2.013/2013 de 16 de Abril de 2013. **Diário Oficial da União, Seção I**, p. 119 (09-05-2013). [Em linha] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>

RESOLUÇÃO n.º 2.217/2018 de 27 de Setembro de 2018. **Diário Oficial da União, Seção I**, p. 179 (01-11-2018). [Em linha] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>

RESOLUÇÃO n.º 2.232/2019 de 17 de Julho de 2019. **Diário Oficial da União, Seção I**, p. 113-1144 (16-09-2019). [Em linha] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>

FONTES SECUNDÁRIAS

ABREU, Célia Barbosa – A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de – **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei brasileira de inclusão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 611-634. ISBN 978-859374161-6.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de – Consentimento Informado. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto [et. al.] – **Tratado Brasileiro sobre Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 339-362. ISBN 978-858-49-3214-6.

ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira. [et. al.] – Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - Bioética e Direitos Humanos**. Vol. 18, n.º 3 (Set.-Dez. 2017), p. 239-266. Doi: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v21i3.1827>.

ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti – **Direito civil brasileiro: parte geral**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. ISBN 978-85-8242-438-4.

- ASCENSÃO, José Oliveira – A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 103 (Jan.-Dez. 2008), p. 277-299.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2007. Depósito legal: 264467/07.
- BARBOSA, Mafalda Miranda – Dificuldades Resultantes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 5, n.º 1 (2019), p. 1449-1490. ISSN 2183-539X.
- BARBOSA, Mafalda Miranda – Fundamentos, conteúdo de consequências do acompanhamento de maiores. In PECORELLI, Ana Rita; FIGUEIREDO, Carlos Fraga – **O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 61-74. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. [Consulta em 04/09/2021]. ISBN 978-989-8908-52-0.
- BARBOSA, Mafalda Miranda – Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade? **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 78 (Jan.-Jun. 2018), p. 231-258. ISSN 0870-8118.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues – **Código Civil Português: anotado e actualizado**. 13.º ed. Coimbra: Almedina, 2000. Depósito legal: 155460/00.
- BEIJATO JUNIOR, Roberto – **Vida: direito ou dever?: um estudo constitucional da eutanásia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. ISBN 978-85-519-0859-4.
- BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves – Autonomia e Solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor – **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 98-112. ISBN 978-85-450-0180-5.
- CAMPOS, Diogo Leite de; ANDRIGHI, Fátima Nancy – **Pessoa, direitos e direito: a pessoa, os seus direitos e a sua criação do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. ISBN 978-65-5614-470-2.
- CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – **Curso de direito civil: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5741-5.
- CARNACCHIONI, Daniel Eduardo – **Manual de direito civil: volume único**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-177-3.
- CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e – Análise crítica do futuro processo judicial para “Acompanhamento de Maior”. In: NETO, Luísa. LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia**

- e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência.** Porto: UP – Universidade do Porto, 2018. p. 9-19. ISBN 978-989-746-200-9.
- CARVALHO, Dimas Messias de – **Direito das famílias.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN 978-65-5559-185-9.
- CARVALHO, Orlando de – **Teoria Geral do Direito Civil.** 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2017-9.
- CASTRO, Raquel Brízida – **Um contributo para o estudo da eutanásia no direito constitucional português.** Lisboa: AAFDL Editora, 2020. ISBN 978-972-629-585-3.
- CORDEIRO, António Menezes – A Representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma. *In Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1371-0. p. 393-422.
- CORDEIRO, António Menezes – **Teoria Geral do Direito Civil.** 2.º ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1987/88.
- CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil Português.** Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-2445-5.
- COSTA, Mariana Fontes da – O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência. *In: NETO, Luísa. LEÃO, Anabela Costa – Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência.* Porto: UP – Universidade do Porto, 2018. p. 101-116. ISBN 978-989-746-200-9.
- CRORIE, Benedita Mac – **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.** Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5230-4.
- DADALTO, Luciana – **Testamento Vital.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9510-8.
- DADALTO, Luciana – **Testamento Vital.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. ISBN 978-85-8242-415-5.
- DADALTO, Luciana; CARVALHO, Carla Vasconcelos – Em busca de um consenso jurídico acerca da limitação de hidratação e nutrição nos cuidados com o fim da vida. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.** v.º 10, n.º 04 (Out.-Dez. 2016), p. 28-43. ISSN 2358-6974.
- DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias.** 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. ISBN 978-54-4230-756.

- DIAS, Patrícia Cardoso – Diretivas antecipadas de vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: Unichristus, 2016. Ano 14. n.º 19 (Jul.-Dez. 2016), p. 228-252. ISSN 1806-0420.
- DIAS, Patrícia Cardoso – A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menos restritiva de direitos: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída. **Revista de Direito e Medicina**. v.º 1, n.º 1 (Jan.-Mar. 2019), p. 1-17. ISSN: 2596-3163.
- DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-548-2.
- FACHIN, Luiz Edson – Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Personalidade no Código Civil Brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**. v.º 1, n.º 1 (Jul.-Set. 1998), p. 51-69. ISSN 1415-4951.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. I. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. ISBN 978-972-54-0361-7.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. II. 5ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978-972-54-0274-0.
- FERREIRA, Ana Elisabete – A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito: breves notas. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Vol. 3 (2014). n.º 2. p. 1023-1053. ISSN 2182-7567.
- FONTES, Ludmylla Andrade – **Autonomia na última vontade: a legitimidade do jovem para formular o testamento vital**. Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (polic.^a).
- FRANÇA, Genival Veloso de – **Direito Médico**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5216-7.
- FRISCH, Wolfgang – Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. **Revista portuguesa de ciência criminal**. a.14 n.º 1-2 (Jan.-Jun. 2004), p. 67-115. ISSN 0871-8563.
- GODINHO, Adriano Marteleto – Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes. **Cadernos da Lex Medicinæ – Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades: nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico**. Coimbra: Instituto Jurídico. Vol I, nº 4, 2019. p. 21-31. ISBN 978-989-8891-48-8.

- GOMES, Joaquim Correia – Constituição e consentimento informado: Portugal. **Julgat N. especial: Consentimento Informado** (2014), p. 67-96. ISSN 1646-6853.
- GONZÁLEZ, José Alberto – **Testamento Vital e Procuração de Cuidados de Saúde**. Lisboa: Quid Juris, 2013. ISBN 978-972-724-653-3.
- KFOURINETO, Miguel – **Responsabilidade Civil do Médico**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. ISBN: 978-855-3213-43-6.
- LIMA, Luciana Lara Sena – A autonomia da vontade como princípio geral do direito privado: análise comparativa do direito brasileiro e português. *In*: PADILHA, Robson Ochiai.
- RODRIGUES, Douglas Alencar – **Autonomia contratual e negociabilidade no Brasil e em Portugal**. Lisboa: Legit Edições, 2019, p. 111-131. ISBN 978-972-8973-54-4.
- LÔBO, Paulo – **Direito Civil: parte geral**. Vol 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. ISBN 978-65-5559-342-6.
- LOPES, José Agostinho – Bioética – uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). **Revista Médica de Minas Gerais**. Vol. 24.2 (2014). p. 262-273. ISSN 2238-3182.
- LOUREIRO, João Carlos; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla – **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina – 20 anos de vigência em Portugal**. Coimbra: Instituto Jurídico - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022. ISBN 978-989-9075-21-4.
- LOUREIRO, João Gonçalves – Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico. **Cadernos de Bio-Ética**. Coimbra: Edição CEB. Nº 8 (dez. 1994). p. 27-65.
- MELO, Helena Pereira de; BELEZA, Teresa Pizarro – Uma Vida Digna até à Morte: Cuidados Paliativos no Direito Português. *In* **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**, Vol. IV. Coor. ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 665-683. ISBN 978-972-32-1794-0.
- MELO, Helena Pereira de – **O Consentimento Esclarecido na prestação de cuidados de saúde no direito português**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8971-3.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de – Aspectos contratuais da tomada de decisão apoiada. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima – **Contratos**,

- família e sucessões: diálogos interdisciplinares.** Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 385-398. ISBN 978-85-8242-422-3.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de – O novo instituto da tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da pessoa com deficiência – Lei brasileira de inclusão (Lei n.º 13.146/2016). *In:* MENEZES, Joyceane Bezerra de – **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei brasileira de inclusão.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 669-702. ISBN 978-859374161-6.
- MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7217-3.
- MIRANDA, Jorge [*et. al*] – Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. *In:* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato – **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-23. ISBN 978-85-224-7134-8.
- MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º49/2018. *In* PECORELLI, Ana Rita; FIGUEIREDO, Carlos Fraga – **O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado.** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 23-38. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. [Consulta em 04/09/2021]. ISBN 978-989-8908-52-0.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson - **Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade.** Vol 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. ISBN 978-85-5321-353-5.
- NEVARES, Ana Luiza; SCHREIBER, Anderson – Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil. *In:* TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor – **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 40-56. ISBN 978-85-450-0180-5.
- NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – **Bioética Simples.** 2ª ed. Lisboa: Babel, 2014. ISBN 978-972-22-3093-3.
- NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana.** Vol 1. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7591-4.

- NUNES, Rui – Consentimento Informado e boa prática clínica. **Julgar N. especial: Consentimento Informado** (2014), p. 115-137. ISSN 1646-6853.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7883-9.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Direito civil: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8325-3.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – **O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”: ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1074-6.
- 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: Coimbra Editora, 2004-2006. 2.v. p. 199-249. - ISBN 972-32-1371-0.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-972-32-2309-5.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra, 2012. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (polic.ª).
- PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1247-1.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias – O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa. **Revista Portuguesa do Dano Corporal**. Coimbra. Ano XVIII, n.º 19 (Nov. 2009). p. 09-50. ISBN 978-19-164-5076-9.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.
- RAPOSO, Vera Lúcia – No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade). **Revista Portuguesa do Dano Corporal**. Coimbra. Ano XXII, n.º 24 (Dez. 2013). p. 79-109. ISSN 1645-0760.
- REGO, Fabiana – A Força Jurídica das Declarações Antecipadas de Vontade. **Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 8, n.º 16 (Jul.-Dez. 2011). p. 159-178. ISSN 1646-0359.
- RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha Mendes – Direito à autodeterminação e diretivas antecipadas: o caso português. **Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 10, n.º 19 (2013), p.107-126. ISSN 1646-0359.

- RIBEIRO, Lucas Nóbrega – O maior acompanhado e as directivas antecipadas de vontade. *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Instituto Jurídico. Ano 16, n.º 31-32 (2019), p. 57-80. ISSN 1646-0359.
- RODRIGUES, João Vaz – **O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1013-4.
- SCHREIBER, Anderson. [et. al.] – **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8688-9.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de – **Teoria Geral do Direito Civil: princípios fundamentais e sujeitos**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. ISBN 978-97-254-0729-5.
- SILVA, Erika Mayumi Moreira da – **Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. ISBN 978-65-5991-985-7.
- SOARES, Flaviana Rampazzo – **Consentimento do paciente no direito médico: validade interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. ISBN 978-65-5515-146-6.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0677-3.
- SOUZA, Miguel Teixeira de – O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais. In PECORELLI, Ana Rita; FIGUEIREDO, Carlos Fraga – **O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 39-60. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. [Consulta em 04/09/2021]. ISBN 978-989-8908-52-0.
- TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-85-309-9310-8.
- TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias - Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: avaliação da capacidade de decisão. *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 17, n.º 33 (2020), p. 3-23. ISSN 1646-0359.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – **Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. Vol 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-85-309-9234-7.

- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – Personalidade e Capacidade na legalidade constitucional. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de – **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei brasileira de inclusão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 291-314. ISBN 978-859374161-6.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2006. ISBN 972-40-2994-8.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6265-5.
- VÍTOR, Paula Távora – O Apelo de Ulisses – o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa. *In*: LOUREIRO, João. PEREIRA, André Dias. BARBOSA, Carla – **Direto da Saúde: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**. Vol 3. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 323-352. ISBN 978-972-40-6566-3.
- VÍTOR, Paula Távora – Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. *In*: NETO, Luísa. LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: UP – Universidade do Porto, 2018. p. 125-145. ISBN 978-989-746-200-9.