

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO**

VANESSA CASSAPULA

**CONSENTIMENTO INFORMADO E CAPACIDADE PARA CONSENTIR: O CASO
DOS MENORES DE IDADE**

**SÃO PAULO
2018**

VANESSA CASSAPULA

**CONSENTIMENTO INFORMADO E CAPACIDADE PARA CONSENTIR: O
CASO DOS MENORES DE IDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

SÃO PAULO

2018

VANESSA CASSAPULA

**CONSENTIMENTO INFORMADO E CAPACIDADE PARA CONSENTIR: O CASO
DOS MENORES DE IDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Programa do Curso de
Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.**

Aprovado em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM

Prof.

Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM

Prof.

Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM

CONSENTIMENTO INFORMADO E CAPACIDADE PARA CONSENTIR: O CASO DOS MENORES DE IDADE

Vanessa Cassapula¹

RESUMO

Tendo em vista que os menores de idade são sujeitos titulares de direitos, pesquisa-se sobre consentimento informado a fim de se verificar em que medida eles têm autonomia para decidir em relação a tratamentos médicos. Para tanto, é necessário verificar primeiramente como se dá a relação médico-paciente em nosso ordenamento jurídico, posteriormente o que é e como se caracteriza o consentimento informado e, finalmente, como se dá o consentimento dos pacientes menores de idade. Realiza-se, então, uma pesquisa qualitativa. Diante disso, verifica-se que a informação é um dever na relação médico paciente, que o consentimento informado é uma instrumentalização disso, porém apresenta certos requisitos e limites, entre eles a capacidade para decidir, o que impõe a constatação de que os menores de idade não podem decidir por si só sobre tratamentos médicos aos quais serão submetidos.

Palavras-chave: Consentimento informado. Autonomia. Capacidade.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre médico e paciente vem dos primórdios da humanidade, apesar de não serem assim nomeados. Essa relação foi, por muito tempo, permeada por decisões unilaterais do médico, que agia em benefício do paciente, porém sem nada informar-lhe ou dar-lhe a chance de tomar decisões por si. Somente após os horrores da Segunda Guerra Mundial é que começa a se pensar nos direitos dos pacientes e em sua dignidade. É então que surge o Consentimento Informado.

O consentimento informado é a expressão da autonomia nas decisões em relação a tratamentos de saúde. Ele importa uma obrigação ao médico, de informar sobre tudo quanto possível que será feito em relação a um indivíduo, enquanto é também um direito do paciente de ter ciência para que possa tomar decisões livres.

¹ Graduanda em Direito e graduada em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: vancassapula@gmail.com

Desta forma, o consentimento informado deve permear todas as relações concernentes a médicos e pacientes. Entretanto, nem todas as pessoas apresentarão os elementos necessários a este. Esse artigo busca estudar quais são esses elementos, e como eles se relacionam com a tomada de decisão no consentimento informado, em especial a capacidade para tomar decisões no âmbito da área médica, se eles podem decidir livremente ou se encontram restrições.

Sendo assim, o primeiro capítulo é constituído por uma abordagem de temas essenciais para a compreensão da relação do médico-paciente. Assim, será possível realizar uma análise dessa relação através de um breve histórico e uma caracterização dessa relação hodiernamente.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do consentimento informado, abordando desde o seu conceito, passando por seu histórico e discorrendo sobre suas características e elementos principais. Esses elementos serão abordados em tópicos específicos dentro deste capítulo.

O primeiro tópico abordado trata da autonomia do paciente. É estudado como esse princípio se relaciona com o consentimento informado e sua importância na relação médica, suas características e seus limites.

O segundo tópico trata da informação, que é um dos pilares fundamentais do consentimento informado. Através dela, o paciente poderá exercer seu direito de tomar decisões devidamente esclarecidas.

O terceiro e último tópico aborda a capacidade. São tratadas as suas espécies na legislação, como a medicina entende o menor de idade e qual é sua capacidade decisória.

Conforme será visto neste trabalho, os menores não têm capacidade decisória quando se trata de tratamentos médicos. O consentimento informado não pode ser dado por eles, mas sim por seus pais ou representantes legais, conforme o caso.

2 A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

A relação entre médico e paciente evoluiu ao longo do tempo. No passado estava fortemente ligada à religião e ao misticismo; atribuía-se aos deuses a vida, a saúde e a morte. Posteriormente, na Grécia, adquiriu a sua faceta paternalista, que

ainda está presente em parte até hoje, para evoluir no início do século XX para a situação atual, em que a autonomia do paciente deve ser respeitada.

É na Grécia do século V a.C., em um trabalho cuja autoria é atribuída a Hipócrates - considerado o pai da medicina - que a medicina começa a utilizar bases racionais e foi conferida aos homens e não mais aos deuses, admitindo-se assim a falha humana e a responsabilidade que lhe é consequente². Sendo assim, ele foi um dos primeiros a separar a medicina da religião e de curandeirismos.

Nessa mesma época, no campo da medicina grega, os pacientes eram vistos como não sendo capazes pelos médicos e, portanto, não tinham participação no papel decisório sobre sua saúde. Havia uma relação paternalista, em que se esperava que o paciente obedecesse às decisões médicas sem questioná-las, deste modo eram vistos como meros objetos e não como sujeitos, conforme anota Carlos Ragazzo:

[...]a relação paternalista, ao menos inicialmente, não encarava o paciente como um sujeito, mas sim como um objeto de prestação de serviços médicos. Até o século XVII, os médicos consideravam que o paciente nada mais era do que um corpo, um verdadeiro conjunto de órgãos reunidos dentro de um organismo e nada mais. Não havia especificamente delineada a ideia de personalidade do paciente, o que foi um feito conquistado em momento ulterior.³

Apenas no século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial, é que há o início da superação do modelo paternalista com o Código de Nuremberg, que visava regular as pesquisas com seres humanos.⁴

Dessa forma, o paternalismo foi abrandado e reconheceu-se o paciente como ser com autonomia e que deveria ter sua vontade respeitada, o que somente foi possível com o dever de informar pelo médico, passando a existir, assim, uma relação contratualista e não mais paternalista, com compromissos assumidos por ambas as partes⁵.

² CALADO, V. D. N. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado** - Um Estudo Interdisciplinar dos Julgados do STJ. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

³ RAGAZZO, C. E. J. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 41.

⁴ ALMEIDA JUNIOR, J. E. D. **Bioética: da principiologia à prática, desafios dos limites orçamentários**. Curitiba: Juruá, 2017.

⁵ CALADO, V. D. N. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado** - Um Estudo Interdisciplinar dos Julgados do STJ. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

Importante ressaltar que essa relação tida como contratualista nem sempre foi bem aceita, pois admitir a relação como sendo contratual colocaria o paciente na posição de credor e este poderia reclamar do não cumprimento da obrigação ou, até mesmo, de um cumprimento defeituoso, recaindo assim sobre o médico, aqui no papel de devedor, o inadimplemento do contrato.

Finalmente, após a doutrina francesa, através de René Demogue, classificar as obrigações como obrigações de meio e obrigações de resultado, o mal-estar inicial foi superado.⁶

Atualmente a doutrina reconhece, de maneira geral, que o médico, em regra, assume obrigação de meios, visto que não se compromete a atingir a cura como resultado determinado, mas sim a diligência do profissional na busca pela cura.⁷ Dessa forma, o objeto do contrato será o empenho do profissional e a própria assistência ao paciente.⁸ Entretanto, a não obrigatoriedade de resultado não se traduz em uma “indicação genérica de um dever de melhores esforços”.⁹

Sendo assim, a obrigação médica, como obrigação de meio, é concretizada pelos deveres das partes, como os deveres de informação, segurança e um “dever amplo e genérico de cuidado com o paciente”.¹⁰ A doutrina chama esse dever de informação de consentimento informado¹¹, que será detalhado adiante neste artigo.

A relação médico-paciente é ainda caracterizada como uma relação de consumo, sendo o paciente o consumidor, para quem um serviço é prestado, e o médico, o fornecedor que desenvolve uma atividade caracterizada como prestação de serviço.¹² O que caracteriza o paciente como consumidor nesse caso é a sua vulnerabilidade técnica, visto que é o médico/fornecedor quem possui todas as informações técnicas e clínicas, devendo repassá-las, na medida do possível, ao seu consumidor/paciente.¹³

Portanto, torna-se evidente que a informação é um dos pontos mais relevantes na relação médico-paciente. Vê-se, pois, que se trata tanto de um dever

⁶ KÜHN, M. L. D. S. **Responsabilidade Civil**: A natureza jurídica da relação médico-paciente. São Paulo: Manole, 2002.

⁷ FILHO, S. C. **Programa de Direito do Consumidor**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁸ FRANÇA, G. V. D. **Direito Médico**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁹ MIRAGEM, B. N. B. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p.569

¹⁰ *Ibid.*, p. 569.

¹¹ THEODORO JUNIOR, H. **Direitos do Consumidor**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹² FRANÇA, G. V. D. **Direito Médico**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹³ MIRAGEM, B. N. B. **Curso de direito do consumidor**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

por parte do médico como de um direito por parte do paciente. Logo, é indiscutível o fato que deve estar sempre presente nesse tipo de relação.

3 CONSENTIMENTO INFORMADO

O direito ao consentimento tem sua origem histórica no século XVIII, na Inglaterra, com o caso *Slater v. Baker and Stapleton*, em 1767. O Tribunal decidiu pela condenação de dois médicos que, sem o consentimento prévio de um paciente, teriam lhe quebrado a perna para tratar uma fratura mal consolidada.¹⁴

A Segunda Guerra Mundial, por sua vez, por conta das atrocidades de experimentos associados às ideias da eugenia na Alemanha, revelou “[...] a necessidade de se promover maior respeito à dignidade da pessoa humana, a fim de que o ser humano nunca mais fosse tratado como mero objeto da intervenção médica”.¹⁵

O Código de Nuremberg (1947) surge após o julgamento de mesmo nome e foi o documento no qual se garantiu pela primeira vez o direito do paciente de decidir autonomamente, ou seja, de se autodeterminar.

Segundo Luciana Mendes Pereira Roberto¹⁶, o Código de Nuremberg, além de ter sido o primeiro texto que consagrou os direitos do paciente, especialmente no tocante à autodeterminação, foi também o provável precedente de disposições constitucionais de diversas nações em relação à dignidade da pessoa humana.

Outros documentos surgiram posteriormente utilizando o consentimento como base. De acordo com Joaquim Clotet¹⁷, a fundamentação do consentimento informado estaria de forma implícita na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Já a Declaração de Helsinque (1964), da mesma forma que o Código de Nuremberg, utilizou o termo "consentimento voluntário" e a 41ª Assembleia Médica Mundial (1989), em Hong Kong referiu-se ao tema como “consentimento informado”.

¹⁴ MELO, E. C. V. B. O consentimento informado na relação médico-paciente: os efeitos da participação de terceiros no processo clínico de autorização. **LEX Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**, São Paulo, 250, junho 2010. 9-22.

¹⁵ GOZZO, D. (Coord.). **Informação e direitos fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

¹⁶ ROBERTO, L. M. P. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

¹⁷ CLOTET, J. O Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica: Conceituação, Origens e Atualidade. **Revista Bioética**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 1995.

Importante ressaltar que a expressão *informed consent* (consentimento informado) surgiu nos Estados Unidos em 1957 com o caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University*. Em 1914 já havia sido proferida uma decisão da Corte de Apelações de Nova Iorque considerada como precursora do consentimento informado, apesar de não utilizar esse termo, no caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, proferida pelo Juiz Cardozo, que dizia: “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”.¹⁸

No Brasil, o uso do consentimento informado teve início na década de 1980 com o advento de dois documentos: a Portaria 16/81 do Ministério da Saúde e a Resolução 1081/82 CFM do Conselho Federal de Medicina. Eles estabeleceram, respectivamente, o uso do consentimento informado para pesquisa e assistência, porém não abordavam a compreensão e a voluntariedade do paciente.¹⁹ Como visto, o termo *informed consent* é usado e traduzido para a língua portuguesa de diversas formas. Algumas delas são: consentimento pós-informação, consentimento consciente, consentimento esclarecido, consentimento livre e esclarecido ou ainda consentimento informado²⁰. Esta última expressão é a que será adotada neste artigo.

O consentimento informado é considerado como um dever do médico, e encontra-se previsto no Código de Ética Médica em seus artigos 22, 24, 31 e 34. Sua definição foi trazida na Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde (que foi substituída pela Resolução nº 466/2012) como uma aquiescência da pessoa que irá participar de pesquisa e/ou de seu representante legal. A Resolução impõe alguns requisitos para que a pessoa autorize a sua participação voluntária em pesquisas, sendo alguns ligados ao consentimento em si (“deve ser livre de vícios, dependência e subordinação”). Outros estão ligados à pessoa que vai aplicar a pesquisa, visto que o consentimento deve ocorrer depois de uma explicação completa sobre o que vai e/ou pode acontecer na pesquisa.²¹

¹⁸ Todo homem de idade adulta e mentalmente são tem o direito de determinar o que acontece com seu próprio corpo. (GOZZO, 2012, p. 92. Tradução nossa).

¹⁹ GOLDIM, J. R. **Consentimento Informado no Brasil**: Primeiras normas. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>>. Acesso em: 03.06.2018.

²⁰ Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica; Brasília: CFM; 2016.

²¹ Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 196 de 21 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica; Brasília: CFM; 1996.

A doutrina, por sua vez, definiu o consentimento informado como um registro em prontuário da decisão voluntária do paciente ou do responsável legal, posteriormente a eles terem sido devidamente informados e estarem cientes dos riscos, benefícios e consequências de tratamentos ou procedimentos médicos específicos.²² Ele é tido ainda como imprescindível na relação entre médico-paciente.²³

Já a aceção de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) foi trazida pela Resolução nº 466/2012, que o definiu como:

[...] documento no qual é explicitado o consentimento livre e esclarecido do participante e/ou de seu responsável legal, de forma escrita, devendo conter todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o mais completo esclarecimento sobre a pesquisa a qual se propõe participar.²⁴

Dos conceitos apresentados depreende-se que se requer que sejam cumpridos alguns requisitos para a obtenção do consentimento. De acordo com Genival França, não basta que o consentimento seja “puro e simples”, ele deve ser necessariamente *esclarecido*. Para o mesmo autor, isso significa que o consentimento deve ser obtido de pessoa capaz civilmente e com competência para entender e refletir sobre os procedimentos médicos, sem que essa decisão seja evitada de qualquer tipo de coação, influência ou indução.

Em consonância com esse entendimento, Gilberto Bergstein considera que o consentimento informado só tem validade se atender a três pressupostos: “(i) informação completa, verdadeira e clara por parte do médico; (ii) paciente capaz e (iii) paciente com autonomia para decidir”.²⁵ Ainda no mesmo sentido, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo²⁶ considera como os três requisitos básicos do consentimento a autonomia, a informação e a capacidade, que serão analisados a seguir.

²² CAMPOS JÚNIOR, D.; BURNS, D. A. R. **Tratado de pediatria**: Sociedade Brasileira de Pediatria. 3ª. ed. Barueri: Manole, 2014.

²³ CLOTET, J. **Bioética**: uma aproximação. 2ª. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 466/2012**.

²⁵ BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111.

²⁶ RAGAZZO, C. E. J. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

3.1 Autonomia

A autonomia encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, positivada como fundamento da República no art. 1º, III da Constituição Federal. Para Luís Roberto Barroso, a dignidade como autonomia significa:

[...] a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade.²⁷

A autonomia enquanto capacidade de autodeterminação significa fazer valer suas vontades, crenças e valores morais, tendo reconhecidas sua liberdade e responsabilidade sobre sua própria vida e intimidade.²⁸ Já no campo médico a autonomia significa o dever do médico em não ignorar ou suprimir as escolhas de seus pacientes. Por outro lado, o paciente tem o direito à liberdade de escolha de aceitar ou refutar as recomendações oferecidas pelo médico.²⁹

Dessa forma, o consentimento informado é instrumento para o exercício da autonomia. Através dele que o paciente terá decidido livremente, após ter sido informado de forma completa e honesta.

Segundo Campos Júnior e Burns³⁰, a pessoa que irá participar desse processo decisório deve ter algumas competências tidas por eles como necessárias. São elas: racionalidade, entendimento, capacidade de avaliar a natureza e alcance da decisão tomada e independência. As três primeiras referem-se à forma de compreensão da informação bem como à avaliação de suas consequências, enquanto a última significa a não dependência de outros para se expressar.

Depreende-se desse panorama que algumas pessoas não terão todas as competências necessárias, logo, sua autonomia não será plena. Essa ausência ou

²⁷ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 290.

²⁸ ALMEIDA JUNIOR, J. E. D. **Bioética: da principiologia à prática, desafios dos limites orçamentários**. Curitiba: Juruá, 2017.

²⁹ JONSEN, A. R.; SIEGLER, M.; WINSLADE, W. J. **Ética Clínica: Abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica**. 7ª. ed. [S.l.]: AMGH, 2012.

³⁰ CAMPOS JÚNIOR, D.; BURNS, D. A. R. **Tratado de pediatria: Sociedade Brasileira de Pediatria**. 3ª. ed. Barueri: Manole, 2014.

diminuição de autonomia está relacionada à incapacidade da pessoa em deliberar sobre atos ou desejos.³¹

Verifica-se, então, que a autonomia na relação médico-paciente não é absoluta.³² Isso significa que mediante certas circunstâncias a obrigatoriedade da obtenção do consentimento informado ficará afastada, tendo em vista condições especiais, que, conforme Campos Júnior e Burns, são:

[...] **incapacidade**: Crianças e adolescentes e em adultos portadores de diminuição do sensorio ou da consciência, com doenças neurológicas e psiquiátricas graves; **situações de urgência**, quando é preciso agir rapidamente; **obrigação legal de declarar doenças** de notificação compulsória; **recusa do paciente em ser informado** e participar das decisões; **risco grave para a saúde de outras pessoas**, cuja identidade é conhecida, o que obriga o médico a informá-las mesmo que o paciente não autorize.³³

No caso da incapacidade, o poder de decisão será delegado aos pais ou responsáveis legais, dependendo do caso.³⁴ Sendo assim, quando não estiverem presentes as competências essenciais para o processo decisório e outras pessoas tiverem que tomar decisões no lugar do paciente, haverá as chamadas “decisões de substituição” ou “consentimento substitutivo”.³⁵

3.2 Informação

Como já mencionado antes, a relação médico-paciente é tida como uma relação de consumo e, portanto, encontra disciplina no Código de Defesa do Consumidor. Em seu artigo 6º, III, e especificado nos artigos 9º e 31 do mesmo diploma, está estabelecido o direito à informação do consumidor.³⁶ A informação

³¹ MORAIS, M. B. D.; CAMPOS, S. D. O.; HILÁRIO, M. O. E. **Pediatria**: diagnóstico e tratamento. Barueri: Manole, 2013.

³² RAGAZZO, C. E. J. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

³³ CAMPOS JÚNIOR, D.; BURNS, D. A. R. **Tratado de pediatria**: Sociedade Brasileira de Pediatria. 3ª. ed. Barueri: Manole, 2014, p. 34.

³⁴ MORAIS, M. B. D.; CAMPOS, S. D. O.; HILÁRIO, M. O. E. **Pediatria**: diagnóstico e tratamento. Barueri: Manole, 2013.

³⁵ CAMPOS JÚNIOR, D.; BURNS, D. A. R. **Tratado de pediatria**: Sociedade Brasileira de Pediatria. 3ª. ed. Barueri: Manole, 2014.

³⁶ MIRAGEM, B. N. B. **Curso de direito do consumidor**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

deve ser clara e adequada para que possibilite a aceitação ou não do tratamento oferecido.³⁷

O Código de Ética Médica também trata do dever de informar; não apenas, mas especificamente em seu artigo 34, quando veda ao médico deixar de informar ao paciente sobre seu diagnóstico, prognóstico e riscos e objetivos de seu tratamento.³⁸ Outros artigos tratam indiretamente sobre informação quando preveem o consentimento informado, uma vez que a informação deve fazer parte do processo de obtenção do consentimento informado.³⁹

Segundo Robert M. Veatch⁴⁰, o consentimento não precisa ser “totalmente” informado, tendo em vista que seria impossível passar ao paciente todas as informações referentes a um tratamento. Todavia, o consentimento somente poderá ser dado pelo paciente caso receba as informações de maneira completa e satisfatória⁴¹, o que, pelo princípio da informação adequada, se daria por meio de uma linguagem acessível ao nível de conhecimento e compreensão do paciente.⁴²

Nesse mesmo sentido, a Recomendação CFM nº 1/2016, recomenda que, quando o consentimento for obtido por escrito, a linguagem seja clara, de modo a permitir ao paciente a compreensão do procedimento que será feito e suas consequências, sendo que termos técnicos devem ser acompanhados de seus significados para que a linguagem seja acessível. Outro ponto abordado pela Recomendação é o tamanho da letra, que deve ser pelo menos tamanho 12, para que haja um incentivo à leitura e compreensão pelo paciente.

Para Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, seriam informações indispensáveis o diagnóstico, o tratamento, as alternativas e os riscos.⁴³ Ainda segundo o mesmo autor, caso no decorrer do tratamento alguma mudança significativa ocorra, isso

³⁷ FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O Consentimento Informado na Assistência Médica e o Contrato de Adesão: Uma perspectiva jurídica e Bioética.. **Clinical & Biomedical Research**, [S.l.], v. 27, n. 2, nov. 2007. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/2568/1226>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

³⁸ Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 193 de 24 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica; Brasília: CFM; 2010.

³⁹ RAGAZZO, C. E. J. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

⁴⁰ VEATCH, R. M. **Bioética**. 3ª. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

⁴¹ BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴² FRANÇA, G. V. D. **Direito Médico**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁴³ RAGAZZO, C. E. J. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 92.

importará uma nova obrigação de prestar informações, o que, por consequência, levará a obtenção de um novo consentimento informado.⁴⁴

O não cumprimento ao dever de informação configura como uma falha ao dever profissional.⁴⁵ A jurisprudência reconhece que essa falha constitui um dano autônomo e passível de indenização por danos extrapatrimoniais.⁴⁶

3.3 Capacidade

O artigo 1º do Código Civil dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.⁴⁷ Isso significa que nosso ordenamento jurídico misturou os conceitos de capacidade e o de personalidade, visto que ter personalidade quer dizer capacidade para ser titular de direitos.⁴⁸

A capacidade, portanto, pode ser vista como medida da personalidade, pois pode ser plena ou limitada, dependendo da pessoa.⁴⁹ Ela pode ser classificada em duas espécies: capacidade de direito (ou de gozo) e capacidade de fato (ou de exercício). A de direito é a prevista no artigo 1º do Código Civil, inerente a todos, pois ela é própria do ser humano.⁵⁰ A de fato é a aptidão para exercer direitos e deveres.⁵¹

Dessa forma, o sujeito que possuir tanto a capacidade de direito quanto a capacidade de fato terá a capacidade civil plena.⁵² Isso quer dizer que a pessoa será capaz tanto de adquirir direitos, o que já lhe é garantido por lei, como exercê-los pessoalmente. Entretanto, a lei criou, para certas pessoas, limitações relativas ao direito de, por si só, exercerem os atos da vida civil, são os chamados de “incapazes”.⁵³

O Código Civil prescreveu em seus artigos 3º e 4º, respectivamente, dois tipos de incapacidade, a absoluta e a relativa. Atualmente, com as alterações

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ THEODORO JUNIOR, H. **Direitos do Consumidor**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁴⁶ BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁷ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 out. 2018.

⁴⁸ GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: Parte Geral**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ AZEVEDO, Á. V. **Teoria geral do direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵¹ NADER, P. **Curso de direito civil: parte geral**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2016.

⁵² TARTUCE, F. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2017.

⁵³ GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: Parte Geral**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

trazidas pela Lei 13.146/2015 (Estatuto de Pessoa com Deficiência), somente são considerados absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesseis) anos. Os relativamente incapazes, por seu turno, são: os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade e os pródigos.⁵⁴

Na incapacidade absoluta, os menores de 16 anos não podem praticar sozinhos quaisquer atos ou negócios jurídicos, sendo que se os fizerem os atos serão considerados nulos.⁵⁵ Sendo assim, esses menores só poderão exercer os atos da vida civil quando estiverem *representados* legalmente por seus pais ou tutor.

Por sua vez, na incapacidade relativa, os maiores de 16 e menores de 18 anos podem praticar atos da vida civil, porém a lei exige que sejam *assistidos* por seu representante legal, sob pena de anulabilidade.⁵⁶ Segundo Álvaro Villaça Azevedo, diferentemente dos menores de 16 anos, os relativamente incapazes podem praticar certos atos da vida civil, porém o legislador entendeu por bem submeter sua atuação à assistência de seus pais ou tutores, dependendo do caso, para confirmar ou não o que foi realizado pelo menor.⁵⁷

Todavia, a legislação excetuou alguns atos aos quais as pessoas com capacidade relativa podem praticar sem ser necessária a assistência de seus representantes.⁵⁸ São eles: ser testemunha (inclusive em testamento), testar, ser mandatário, casar-se (porém, se menores, devem ter autorização dos pais e não assistência), alistar-se como eleitor e requerer o registro de seu nascimento.⁵⁹

Na área médica, por seu turno, como regra, o consentimento, para ser válido, deve ser dado por indivíduo maior de 18 anos. Há também, por outro lado, um rol de pessoas que não podem dar o seu consentimento: os menores de 18 anos, os portadores de doenças físicas ou mentais que apresentem comprometimento do entendimento e pessoas inconscientes ou severamente debilitadas.⁶⁰

⁵⁴ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 out. 2018.

⁵⁵ AZEVEDO, Á. V. **Teoria geral do direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵⁶ GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: Parte Geral**. 15^a. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

⁵⁷ AZEVEDO, Á. V. op. cit.

⁵⁸ GONÇALVES, C. R. op. cit.

⁵⁹ AZEVEDO, Á. V. op. cit.

⁶⁰ Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica; Brasília: CFM; 2016;

Segundo a Recomendação CFM nº 1/2016, o critério para se determinar a capacidade de consentimento (ou recusa) é baseada na:

[...] avaliação da habilidade do indivíduo para, ao receber informações, processá-las de modo a compreender as questões postas e avaliar racionalmente as possibilidades apresentadas, ou seja, avaliar valores, entender riscos, consequências e benefícios do tratamento cirúrgico ou terapêutico a que será submetido.⁶¹

No caso dos menores de idade, a decisão no consentimento informado cabe, em regra, aos pais. Porém, caso o médico identifique o paciente como capaz de avaliar seus problemas, deverá incluí-lo no processo decisório. Esta capacidade de compreensão das consequências de seus próprios atos se inicia, em regra, a partir dos 6 anos de idade e vai amadurecendo até o final da adolescência.⁶²

Assim, é recomendado que se obtenha de crianças e adolescentes, o chamado assentimento. A Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde define o Termo de Assentimento como:

[...] documento elaborado em linguagem acessível para os menores ou para os legalmente incapazes, por meio do qual, após os participantes da pesquisa serem devidamente esclarecidos, explicitarão sua anuência em participar da pesquisa, sem prejuízo do consentimento de seus responsáveis legais [...].⁶³

Outra definição também está presente na Recomendação CFM nº 1/2016, que utiliza o termo “assentimento livre e esclarecido” para se referir ao direito de informação e decisão dos pacientes incapazes sobre os procedimentos médicos que lhe são indicados. O mesmo documento ainda estabelece que o direito de escolha para concordar ou não com tais tratamentos deve ser feito de maneira conjunta com o representante legal e de forma autônoma e livre.⁶⁴

⁶¹ Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica; Brasília: CFM; 2016.

⁶² HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paulista de Pediatria**, [s.l.], v. 28, n. 2, p.128-133, jun. 2010.

⁶³ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 466/2012.

⁶⁴ Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica; Brasília: CFM; 2016.

Trata também sobre a instrumentalização do assentimento, o termo de assentimento livre e esclarecido, indicando que sua linguagem deve sofrer adaptação ao entendimento dos menores. Afirma ainda que o termo de assentimento não substitui o termo de consentimento, conforme dispõe a Resolução nº 466/2012.

O Código de Ética Médica, por sua vez, prevê no Parágrafo Único do art. 101 a obtenção de assentimento do menor de idade considerado maduro para realização de pesquisas.⁶⁵ Para Gilberto Bergstein, a maturidade não está obrigatoriamente relacionada com a idade, portanto, nas decisões médicas, deveria ser analisado o paciente menor no caso concreto e sua capacidade de compreensão, e não o “paciente médio”.⁶⁶

Em consonância com esse entendimento, o Parecer nº 10/2018 do Conselho Regional de Medicina de Pernambuco informa que, no caso dos adolescentes, são vários os fatores que levam à tomada de decisão como a capacidade de cognição, a maturidade de julgamento e a autoridade moral. Sobre o assunto o mesmo documento ainda faz a afirmação:

A idade não determina necessariamente a capacidade de tomar decisão, as crianças não são propriedade de seus pais, os menores possuem condição moral e posição legal independentes e os menores amadurecidos devem ser conduzidos por uma presunção de capacidade.⁶⁷

Logo, as escolhas dos menores devem ser consideradas no momento da decisão sobre tratamentos aos quais são submetidos. Porém, deve-se levar em conta, em cada caso, o nível de amadurecimento e compreensão de cada paciente.

4 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a autonomia dos menores de idade ocorre em se tratando do consentimento informado em relação a tratamentos médicos. Além disso, permitiu refletir como se

⁶⁵ CAMPOS JÚNIOR, D.; BURNS, D. A. R. **Tratado de pediatria**: Sociedade Brasileira de Pediatria. 3ª. ed. Barueri: Manole, 2014.

⁶⁶ BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁷ Conselho Regional de Medicina de Pernambuco. **Parecer nº 10/2018 de 15 de maio de 2018**. Recife: CREMEPE; 2018.

desenvolve a relação médico-paciente e verificar como ocorre o consentimento informado.

Constatou-se que o consentimento informado é parte fundamental da relação entre médico e paciente: é instrumento da autonomia do último. Porém, os incapazes não podem consentir por si só, devendo estar representados ou assistidos por seus pais ou representantes. Entretanto, sua opinião deve ser levada em conta no momento da decisão.

Apesar de não poderem dar o consentimento informado, os menores de idade poderão ter, em alguns casos, a sua decisão manifestada através do assentimento informado. Todavia, o aval dos pais não está descartado, sendo assim, os menores não têm autonomia no que diz respeito às escolhas sobre sua própria saúde.

Verificou-se que, na área médica, apesar do uso do termo “menor maduro”, na prática, nenhuma decisão pode ser realmente tomada por eles. Diferentemente do que ocorre no direito civil, em que há uma classificação etária para determinar a capacidade (ou a falta dela) para praticar atos.

A própria lei permite aos relativamente incapazes que exerçam por si, sem a assistência de seus pais ou representantes, atos da vida civil. Entende-se, portanto, que o mesmo poderia ser aplicado quando envolvesse decisões sobre sua própria saúde.

INFORMED CONSENT AND CAPACITY TO CONSENT: THE CASE OF MINORS

Vanessa Cassapula

ABSTRACT

Considering the fact that minors are the holders of rights, we research about informed consent in order to verify the extent to which they have the autonomy to decide in the case of medical treatments. Therefore, it is necessary to first verify how the doctor-patient relationship occurs in our legal system, later what is and how informed consent is characterized and finally how consent of the under-age patients is given. A qualitative research is then carried out. Therefore, it is verified that information is a duty in the patient doctor relationship, that informed consent is an instrumentalization of this, but it does present certain requirements and limits, among them the capacity to decide, which imposes the verification that the children underage can not decide for themselves on medical treatments to which they will be subjected.

Keywords: Informed Consent. Autonomy. Capacity.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, J. E. (2017). **Bioética**: da principiologia à prática, desafios dos limites orçamentários. Curitiba: Juruá.

AZEVEDO, A. V. **Teoria geral do direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo (6ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2017.

BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução 466**, de 02 de dezembro de 2012. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília, DF, 2012.

CALADO, V. D. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado - Um Estudo Interdisciplinar dos Julgados do STJ**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

CAMPOS JUNIOR, D., BURNS, D. A. **Tratado de pediatria: Sociedade Brasileira de Pediatria** (3ª ed.). Barueri: Manole, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 196 de 21 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília: CFM, 1996.

_____. **Recomendação CFM nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília: CFM, 2016.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. **Parecer nº 10/2018 de 15 de maio de 2018**. Recife: CREMEPE; 2018.

CLOTET, J. **Bioética**: uma aproximação (2ª ed.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

FILHO, S. C. **Programa de Direito do Consumidor** (4ª ed.). São Paulo: Atlas, 2014.

FRANÇA, G. V. **Direito Médico** (14ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOLDIM, J. R. **Consentimento Informado no Brasil**: Primeiras normas. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm> Acesso em 3 de junho de 2018.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: Parte Geral (15ª ed., Vol. 1). São Paulo: Saraiva, 2017.

GOZZO, D. (Coord.). **Informação e direitos fundamentais** : a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paulista de Pediatria**, [s.l.], v. 28, n. 2, p.128-133, jun. 2010.

JONSEN, A. R., SIEGLER, M., WINSLADE, W. J. **Ética Clínica**: Abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica (7ª ed.). AMGH, 2012.

KÜHN, M. L. **Responsabilidade Civil**: A natureza jurídica da relação médico-paciente. São Paulo: Manole, 2002.

MELO, E. C. O consentimento informado na relação médico-paciente: os efeitos da participação de terceiros no processo clínico de autorização. **LEX Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**, 250, pp. 9-22, junho de 2010.

MIRAGEM, B. N. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de direito do consumidor** (6ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, M. B., CAMPOS, S. d., HILÁRIO, M. O. **Pediatria**: diagnóstico e tratamento. Barueri: Manole, 2013.

NADER, P. **Curso de direito civil**: parte geral (10ª ed., Vol. 1). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAGAZZO, C. E. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

ROBERTO, L. M. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado** (2ª ed.). Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SCAFF, F. C. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, A. **Direitos da Personalidade** (3ª ed.). São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, F. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral (14ª ed., Vol. 1). Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JUNIOR, H. **Direitos do Consumidor** (9ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VEATCH, R. M. **Bioética** (3ª ed.). São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.