

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

NILSON TADEU REIS CAMPOS SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira, Nilson Tadeu Reis Campos Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-305-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III

Apresentação

Os catorze trabalhos defendidos no GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III mostraram-se conectados por um fio condutor: a aproximação da clássica doxa com a práxis imposta pelos tempos atuais, com o objetivo de transformação de institutos jurídicos amoldados e sintonizados com as necessidades atuais de defesa de interesses das pessoas inter-relacionadas, aderentes ao tema Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito, com ênfase à tutela do tráfego jurídico, das relações interpessoais e da responsabilidade e capacidade. Cláudia Franco Corrêa e Juliana Barcellos da Cunha e Menezes ofertam oportuna reflexão sobre o fenômeno da multipropriedade no Brasil frente à anomia legislativa e à clássica característica de *numerus clausus*, a apresentarem a necessidade de superação do hermetismo dos direitos reais para adequação à contemporaneidade, sob o título A MULTIPROPRIEDADE (“TIME SHARING”) NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA CARACTERÍSTICA *NUMERUS CLAUSUS* DOS DIREITOS REAIS: CONTROVÉRSIAS E CONSENSOS, texto que configura importante contribuição para o desenvolvimento do ordenamento jurídico em consonância com as demandas sociais, valor que também se vê no artigo CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO: PAUTAS INTERPRETATIVAS E LIMITES À RESOLUÇÃO em que Wilson Alexandre Dés Essarts Barufaldi apresenta novas fórmulas para preservação da relação jurídica no tempo e no espaço a fim de se atender as exigências social e econômica sem conferir caráter absoluto aos argumentos puramente econômicos ou matemáticos. O trabalho de Daniella Bernucci Paulino e Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, intitulado PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, procede à rigorosa crítica à imprecisão daquela Corte ao aplicar princípios como boa-fé objetiva, relatividade contratual e preservação do equilíbrio econômico como se suficientes à análise econômica da função social do contrato, o que culmina por minar a estrutura do mercado, concluído a exaustiva pesquisa com a verificação da intenção da jurisprudência de se valer da função social como forma de realização da justiça distributiva. Raphael Abs Musa de Lemos e Adriano Elias Oliveira analisam em seu USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UM EFETIVO NOVO INSTITUTO? as origens dessa que classificam como medida da política pública de desjudiciarização, ancorada nos modelos peruano e lusitano, e mostram como notários e registradores são agentes fundamentais para a atenuação da cultura de litigiosidade ainda persistente no Brasil, e as dificuldades de se proteger o direito fundamental de propriedade. Gustavo Aurélio Martins e Angelo Antonio Depieri examinam com

percuciência em CONTRATOS ELETRÔNICOS E SUA RELAÇÃO COM A ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA a demonstrar a necessidade de aplicação sistêmica do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, apresentando as várias espécies de pactos e suas implicações, enquanto Leonardo Lindroth de Paiva trás à discussão oportuna reflexão sobre A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO sob dois enfoques: o da responsabilidade pelos pelo conteúdo que o próprio provedor, por meio de seus prepostos, disponibiliza na rede, e por atos de terceiros, quando um utilizador do provedor de conteúdo disponibiliza informações ou dados na rede, sem o conhecimento e autorização prévia do provedor, desde a análise do tríduo de deveres específicos de segurança, de informação e de lealdade. Aline Klayse Dos Santos Fonseca e Pastora Do Socorro Teixeira Leal defendem a APLICAÇÃO DE SANÇÕES PREVENTIVAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA A MÁXIMA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS no qual apresentam a necessidade de superação da imprescindibilidade do dano para a imputação de responsabilidade, demonstrando que a formação do estado de danosidade é um fator de imputação e esta um meio de prevenção de danos, para enfatizarem a prevenção e seu aspecto pedagógico como função primordial na responsabilidade civil, o que torna as sanções mais eficazes e mais efetiva a tutela dos direitos fundamentais. Horácio Monteschio e José Sebastião de Oliveira demonstram a lesão que os direitos da personalidade sofrem no mundo virtual, em seu MARCO CIVIL DA INTERNET: RESTRIÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, defendendo a adoção, como meio alternativo à judicialização, solução que entendem ser mais ágil, célere e eficiente para a tutela daqueles direitos: a postulação direta ao provedor ou mediante a intervenção de Câmara arbitral. O artigo A EXTRAPATRIMONIALIDADE DO CORPO E SEUS EFEITOS, de Alexandra Clara Ferreira Faria, analisa as questões relativas ao direito ao corpo como exercício do direito de propriedade advindo da autonomia privada, propondo a conceituação de negócio jurídico existencial e a releitura do instituto da doação, para vislumbrar a doação neutra como instituto apropriado para o patrimônio genético. Em DA BIPARTIÇÃO DOS DANOS À SUPERAÇÃO DE LIMITES: A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONFORMAÇÃO ESTÉTICA INDIVIDUAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL Gabriela Stefania Batista Ferreira e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral refletem sobre a distinção entre dano moral e estético com a superação da dicotomia dano patrimonial-dano moral, enquanto Rodrigo Diniz De Paula Barcelos e Caio Eduardo De Menezes Faria em RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E A PROVA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS diferenciam a natureza jurídica da responsabilidade civil entre os atos praticados pelos agentes dos estabelecimentos hospitalares, como abordagem indispensável dos encargos probatórios nos processos ajuizados por pacientes. Lygia Maria Copi apresenta o exame dos efeitos causados pelas alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com

Deficiência, relacionando-as com a categoria da capacidade para consentir, em seu A AUTONOMIA DOS DEFICIENTES MENTAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Sob outro viés, o artigo A CAPACIDADE CIVIL DE EXERCÍCIO DE DIREITOS E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA, de Iara Pereira Ribeiro, analisa com profundidade o instituto da tomada de decisão apoiada criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para servir como instrumento eficaz para a capacidade de agir, propiciando o direito e a autonomia da vontade das pessoas com deficiência. Nilson Tadeu Reis Campos Silva e Hamilton Belloto Henriques, em seu O LÁTEGO E O FREIO DO REGIME DA INCAPACIDADE CIVIL NO BRASIL, utilizam-se da metáfora da Divina Comédia para criticarem o Estatuto da Pessoa com deficiência que extinguiu o regime de incapacidade civil no Brasil, demonstrando suas repercussões nas esferas civil e penal e a possível ineficiência do sistema penal na proteção de vulneráveis, e analisam o projeto de lei que pretende fazer revigorar aquele regime.

O alto nível científico dos artigos e sua temática permitiram importantes debates, que muito contribuíram para a compreensão do papel dos atores no Estado Democrático de Direito e da cidadania, razão pela qual recomendamos fortemente sua leitura.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UNICESUMAR

Prof. Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva - UEM e UENP

A AUTONOMIA DOS DEFICIENTES MENTAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

THE AUTONOMY OF THE MENTALLY DISABLED IN HEALTH DECISIONS AND CAPACITY TO CONSENT: A REVIEW OF THE STATUTE OF PERSON WITH DISABILITIES

Lygia Maria Copi ¹

Resumo

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, promoveu diversas alterações no que se refere à proteção dos deficientes - inclusive mentais. O objetivo do presente estudo é compreender de que modo a novel legislação visa a garantir maior autonomia à pessoa com deficiência mental nas decisões em matéria de saúde. De um lado, definiu o Estatuto que os deficientes não são, aprioristicamente, incapazes; por outro, estabeleceu que a pessoa com deficiência deve ao menos participar das escolhas referentes a tratamentos médicos. Ao proceder a tais alterações, a nova legislação leva à reflexão acerca da capacidade para consentir.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Autonomia, Situações jurídicas existenciais, Consentimento livre e informado, Capacidade para consentir

Abstract/Resumen/Résumé

The Statute of Person with Disabilities, Law n. 13146/2015, made several changes as regards the protection of the disabled - including mental. The aim of this study is to understand how the new legislation aims to ensure greater autonomy to people with mental disabilities in decisions about health. On the one hand, the Statute defined that disabled people are not, a priori, incapable; on the other, it established that the disabled person should at least participate in choices regarding medical treatments. In making such changes, the new law leads to reflection on the capacity to consent in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity of human person, Autonomy, Existential legal situations, Free and informed consent, Capacity to consent

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR.

1. Considerações iniciais

O Censo do ano de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, apontou que aproximadamente vinte e cinco por cento da população nacional padece de alguma modalidade de deficiência¹. O mesmo relatório indicou, ainda, que doenças mentais ou intelectuais incidem em 1,4% dos brasileiros (IBGE, 2010).

Para fins de pesquisa, o IBGE definiu deficiência mental (IBGE, 2010) como “o retardo no desenvolvimento intelectual, sendo caracterizada pela dificuldade permanente que a pessoa tem em se comunicar com outras pessoas, em cuidar de si mesma, em realizar atividades domésticas, aprender, trabalhar, brincar, etc.”.

De acordo com o Censo, dentre as modalidades de deficiência, a mental tende a ser a mais incapacitante. A título de exemplo, o analfabetismo tem maior incidência entre os doentes mentais e, conseqüentemente, o desemprego afeta em maior medida estas pessoas. É diante disso que se pode afirmar que a deficiência mental está muito atrelada à vulnerabilidade e à marginalização social. Estas questões, por si só, demonstram a importância do tema da inclusão dessas pessoas na sociedade e a urgência de medidas para sua efetivação.

Atendendo ao propósito inclusivo, foi recentemente editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146 de 2015, o qual visa a promover a inclusão e a cidadania dos deficientes.

No que atine à deficiência mental, a novel legislação procede a uma importante alteração no ordenamento jurídico pátrio: define, em seu artigo 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, de modo que somente mediante análise casuística do indivíduo torna-se possível atestar sua incapacidade absoluta ou relativa. Com isso, o deficiente mental não é mais, aprioristicamente, relativa ou absolutamente incapaz, tal como previa a anterior redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002.

Esta alteração, em que pese complexa e objeto de críticas por parte da doutrina, revela a preocupação de considerar o indivíduo de modo concreto, a partir de suas potencialidades e vulnerabilidades, afastando-se de conceitos abstratos – a exemplo de “loucos de todos os gêneros”, empregado no Código Civil de 1916.

Outro importante escopo do Estatuto da Pessoa com Deficiência – este objeto central deste estudo – foi o de tutelar, na maior medida possível, a autonomia dos deficientes no que

¹ Aponta o Censo de 2010 que 23,9% da população brasileira declara ser portadora de alguma deficiência. (IBGE, 2010).

se refere aos tratamentos médicos aos quais ele será submetido. Neste sentido, visa-se a dar voz ao deficiente, habilitando-o, na medida de seu discernimento, a tomar decisões de cunho existencial.

No regime anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, em que os deficientes mentais eram, em regra, submetidos à curatela em virtude da condição de relativa ou absoluta incapacidade, as decisões em matéria de saúde eram tomadas por outras pessoas, e não pelo próprio deficiente. Ocorre, no entanto, que quando se está diante de questões existenciais² – ou seja, vinculadas à livre promoção da personalidade humana –, impedir que o direito seja exercido pelo seu titular permite violações à autonomia e à dignidade.

O regime das incapacidades originalmente disposto no Código Civil de 2002 tinha nítido caráter patrimonial, buscando impedir que os menores e os deficientes mentais viessem a prejudicar seu próprio patrimônio, não prevendo qualquer diferenciação no que se refere à capacidade para exercício de situações jurídicas de cunho existencial. Verifica-se, entretanto, que a categoria da capacidade, moldada originalmente para relações de cunho patrimonial, não se revela adequada às situações jurídicas subjetivas existenciais – como é o caso das decisões em matéria de saúde.

A afirmação é possível diante da diversidade da lógica subjacente às situações jurídicas patrimoniais e existenciais: enquanto as primeiras têm por fundamento a liberdade para atos proprietários – comprar, vender, doar, testar e herdar, em especial –, as segundas visam ao desenvolvimento da personalidade humana. Deste modo, ao adotar um regime de incapacidades voltado à proteção de situações jurídicas patrimoniais, a legislação civil demonstrou sua inadequação à tutela prioritária do *ser* preconizada constitucionalmente, considerando ser um dos fundamentos da República a garantia da dignidade humana.

A despeito de serem permeadas de complexidades, as citadas mudanças promovidas pelo recente Estatuto merecem reconhecimento diante do seu claro propósito inclusivo. Não

² Os direitos existenciais, circunscritos especialmente nos direitos da personalidade, são voltados à proteção da dignidade e não coadunam com a lógica dos direitos subjetivos – voltados à tutela de interesses patrimoniais. Pietro Perlingieri, nessa esteira, esclarece que: “À matéria dos direitos da personalidade não é possível a aplicação do direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser [...]. Onde o objeto da tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. [...] A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unitariedade do valor envolvido.” (PERLINGIERI, 2007. p. 155- 156). Preferível, assim, a adoção da categoria da situação jurídica subjetiva, que abarca de modo mais amplo as formas do agir humano, compreendendo os direitos subjetivos, os deveres jurídicos, os direitos potestativos, a sujeição, o ônus, o poder-dever, dentre outros. (MEIRELES, 2009. p. 19).

se desconhece, no entanto, as diversas críticas pertinentes que foram lançadas à novel legislação – as quais são merecedoras de nota.

Igualmente, no entanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência deu importante passo em direção à proteção da autonomia e da dignidade do deficiente ao garantir, na maior medida possível, que próprio indivíduo afetado pela deficiência tome decisões em matéria de saúde ou, ao menos, delas participe. Ao priorizar que o deficiente faça escolhas em matéria de saúde de modo autônomo, o Estatuto leva à reflexão acerca da categoria da *capacidade para consentir* no ordenamento jurídico pátrio.

Esta categoria do direito comparado, fulcrada no discernimento do enfermo, permite que incapazes civilmente tenham poder decisório para permitir ou negar a realização de procedimentos médicos, desde que equipe multidisciplinar verifique que o doente possui aptidão para o consentimento. Caso averiguado que o enfermo não se encontra apto para decidir, o desejo por ele expressado ao longo da vida é considerado para que a decisão heterônoma seja tomada por familiares. É valorizada, deste modo, no maior grau possível, a autonomia do doente.

O que se pretende neste artigo, com efeito, é analisar as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e relacioná-las com a categoria da *capacidade para consentir*.

2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: breves anotações sobre relevantes mudanças promovidas pela Lei nº 13.146 de 2015.

O recente Estatuto da Pessoa com Deficiência é sistema normativo que tem por objetivo, de acordo com o disposto em seu artigo 1º, "assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania." (BRASIL, 2015)

Referida legislação visa a conferir autonomia e iguais condições às pessoas deficientes, com o fito de inseri-las no mercado de trabalho e na sociedade de um modo geral, por meio, dentre outros, da garantia à acessibilidade e à representatividade.

De acordo com o previsto no artigo 2º da Lei n. 13.146 de 2015, é definida como pessoa com deficiência "aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode

obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas." (BRASIL, 2015)

Diversos aspectos da novel legislação merecem destaque e reconhecimento pelo seu propósito inclusivo. Dentre eles, cite-se a exigência de que a análise da extensão das deficiências seja casuística, a ser procedida por equipe multiprofissional e interdisciplinar, a qual levará em consideração os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; limitação no desempenho de atividades; e restrição de participação.

A partir deste marco legal, a condição de deficiente deixa de estar necessariamente relacionada à doença do indivíduo, vinculando-se às limitações sofridas pela pessoa em virtude dela. Nesse tocante, evidencia-se a preocupação com a análise concreta das limitações do deficiente, afastando-se de categorias genéricas e insuficientes.

Outra relevante mudança promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi a alteração no regime das incapacidades brasileiro. Prevê o artigo 6º da legislação que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa" (BRASIL, 2015). É neste ponto que a lei opera grande inovação no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que os deficientes, a partir desse marco legal, são considerados *a priori* como plenamente capazes.

Desta forma, os portadores de deficiências não são mais automaticamente categorizados como relativa ou absolutamente incapazes. Mas, na hipótese de se verificar que a condição do deficiente restringe sua possibilidade de participação social, por intermédio de análise por equipe multidisciplinar, poderá ele ser submetido à tomada de decisão apoiada ou à curatela – institutos que serão objeto de investigação neste estudo.

Nessa senda, o Estatuto alterou também o regime da curatela disposto no Código Civil, operando a revogação dos incisos I, II e IV, do artigo 1.767. Definia o dispositivo que os deficientes mentais se submetiam à curatela. A partir da alteração legislativa, este instituto deixa de ser regra e se torna aplicável somente quando necessário. Esta é a definição do parágrafo 1º do artigo 84 do Estatuto, o qual determina que "quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei." (BRASIL, 2015). A aplicação desse instituto, portanto, se torna medida excepcional.

O caráter excepcional e proporcional da curatela é afirmado no parágrafo 3º do mencionado dispositivo, cuja redação determina que: "A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível." (BRASIL, 2015).

Importante aspecto da alteração legislativa foi definir, no artigo 85, que a curatela afeta apenas os atos de natureza patrimonial, não alcançando, nos termos do parágrafo 1º, "o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto." (BRASIL, 2015)

Ademais, o Estatuto procedeu à inclusão do artigo 1.783-A ao Código Civil, o qual institui a tomada de decisão apoiada. Consoante explica Maurício Requião,

[...] neste, por iniciativa da pessoa com deficiência, são nomeadas 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 os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade'. É modelo que guarda certa similaridade com a ideia da assistência, mas que com ela não se confunde, já que o sujeito que toma a decisão apoiada não é incapaz. (REQUIÃO, 2015)

Verifica-se, assim, o intuito do Estatuto, fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana, de afastar o estigma da incapacidade daqueles que padecem de doenças mentais, mesmo que para isso o exercício das suas faculdades requeira a adoção de institutos assistenciais (STOLZE, 2015). Ademais, busca a nova Lei garantir aos deficientes mentais, na medida de suas possibilidades, a livre realização de atos existenciais e patrimoniais.

No que toca ao tema do presente estudo, a alteração mais relevante promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência advém da previsão dos artigos 11, 12 e 13 do Estatuto, os quais tratam da questão da autonomia do portador de deficiência para se submeter à intervenção ou a tratamento médico. Nesses dispositivos – analisados a seguir – há patente objetivo de garantir autonomia aos portadores de deficiência, inclusive mental, para as questões referentes ao direito à saúde, de modo a possibilitar a livre tomada de decisões em matéria de saúde.

3. Estatuto da Pessoa com Deficiência e proteção à tomada de decisões autônomas em matéria de saúde pelos deficientes

Passa-se, neste ponto, a analisar as previsões do Estatuto da Pessoa com Deficiência no que se refere às decisões em matéria de saúde pelo deficiente, visando à sua autonomização.

De acordo com o artigo 11, "a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada."

(BRASIL, 2015). Nos termos do parágrafo único, "o consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei." (BRASIL, 2015).

Define o artigo 12 a indispensabilidade do consentimento livre e esclarecido da pessoa deficiente para a submissão a procedimentos médicos e a pesquisas científicas. O parágrafo primeiro, por sua vez, define que "em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento." (BRASIL, 2015). Tutela-se, desse modo, da maior forma possível o desejo da pessoa acometida por deficiência.

O parágrafo segundo dispõe acerca da questão da pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela, definindo que esta tem caráter excepcional, e somente pode ocorrer quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência, e contanto que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados.

O artigo 13, ainda, define que "a pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis." (BRASIL, 2015).

Tais disposições do Estatuto, que tutelam aos deficientes mentais o preferencial exercício autônomo e pessoal de decisões referentes à própria saúde, demonstram que a tendência, em consonância com a lógica instituída pela Constituição Federal, é de garantir aos incapazes o exercício de situações subjetivas existenciais, a exemplo das questões referentes ao próprio corpo.

4. Autonomia para questões de saúde, consentimento informado e capacidade para consentir nos casos de deficiência mental

Pelo artigo 15, o Código Civil dispõe que "*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*" (BRASIL, 2002). Este artigo relaciona o direito à saúde com os direitos à liberdade e à autonomia do paciente, preconizando que aos profissionais da saúde cabe explicar a situação e o prognóstico da doença, as terapias disponíveis e as chances de cura advindas do seu uso. Prestadas adequadamente tais informações, podem os pacientes optar ou não por se submeter ao tratamento indicado.

A autonomia, entendida nos termos constitucionais, permite que os indivíduos façam escolhas existenciais, dentre as quais se preveem as decisões quanto ao próprio corpo. (CORRÊA, 2010, p. 78). Compreende-se que na seara do direito médico, a autonomia do paciente torna-se sinônimo do direito ao consentimento informado, visto que este é o principal meio de assegurar a realização da vontade do enfermo. Adriana Espíndola Corrêa, ao analisar o consentimento livre e esclarecido do paciente, aduz que:

“(...) a autodeterminação do paciente inclui o direito de recusar um tratamento, intervenção ou exame médico, por razões íntimas ligadas a crenças religiosas, convicções pessoais, motivos éticos, visão de mundo, ou mesmo, desconfiança quanto ao sucesso do tratamento ou da avaliação de que os riscos e o sofrimento advindos do procedimento médico não compensam seus benefícios” (CORRÊA, 2010, p. 104).

A autora citada entende que, em sendo o paciente capaz de posicionar-se quanto ao tratamento que lhe está sendo aplicado, tem o direito de não consentir, de modo que condutas contrárias à sua vontade representam afronta à dignidade e à inviolabilidade do sujeito (CORRÊA, 2010, p. 104).

O consentimento informado é entendido como um processo de comunicação recíproca entre médico e paciente. Nele, devem estar incluídas as informações sobre riscos e benefícios que médicos devem fornecer aos pacientes, para que estes possam decidir autonomamente se desejam ou não se submeter a um tratamento ou procedimento diagnóstico³.

Tornou-se condição indispensável para a realização de procedimentos de saúde o consentimento informado, garantindo a autonomia aos pacientes para a negativa a tratamentos médicos. Ocorre, no entanto, que a exigência desse requisito apenas garante autonomia aos pacientes que são plenamente capazes e que estão conscientes e aptos para expressar sua decisão quanto à terapia a ser ministrada. Quando a situação envolve incapazes, a tendência é a aplicação dos institutos da representação, da assistência e da curatela.

O regime das incapacidades, consoante já afirmado, não se adéqua à lógica dos direitos da personalidade, tendo em vista a inseparabilidade nestes entre titularidade e exercício. Nesse sentido, as decisões em saúde dos pacientes deficientes mentais, enquanto

³ É somente por meio das informações prestadas pelo médico que o paciente tem o condão de fazer escolhas quanto aos procedimentos a que irá se submeter, diante do que o dever de informar é considerado como requisito do consentimento livre e esclarecido. O cumprimento de aludido dever exige que o profissional forneça, em termos acessíveis ao leigo, informações quanto à natureza da doença, ao prognóstico, ao tratamento indicado e seus objetivos, aos benefícios e riscos da negativa à terapia, aos riscos decorrentes do próprio tratamento e à existência de terapias alternativas. (STANCIOLI, 2004, p. 62-64.)

direitos da personalidade, não devem ter a legitimidade analisada com base na capacidade conforme disposta legalmente, mas com fulcro no discernimento da pessoa.

De acordo com Perlingieri, há “incongruência em separar a titularidade da possibilidade de exercício do direito, quando estão em questão interesses existenciais, pois estes são concebidos com a finalidade de promover o próprio desenvolvimento da personalidade humana.” (PERLINGIERI, 2007. p.122).

Conforme explica o doutrinador italiano, as limitações ao exercício dos direitos existenciais pelos considerados incapazes deve ser exceção. No seguinte excerto fica claro seu posicionamento:

É preciso [...] privilegiar sempre que for possível as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. [...] Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito. (PERLINGIERI, 2008. p. 164-165).

Em que pese nem todos os indivíduos apresentem condições para discernir acerca de questões patrimoniais, adota-se o posicionamento de que não é possível desprezar as manifestações de vontade dos menores, dos deficientes mentais e dos enfermos quanto a questões que dizem respeito ao seu próprio desenvolvimento. Ao se delegar o poder de escolha relativo a situações jurídicas existenciais a terceiros, essa medida representaria violação à dignidade humana e à liberdade da pessoa (RODRIGUES, 2002. p. 25-26).

É em razão disso que alguns autores apontam a necessidade de outra categoria de capacidade adaptada a essas questões. Chega-se, com isso, à noção de *capacidade para consentir*.

Adriana Espíndola Corrêa, a partir da compreensão de que a previsão legislativa das incapacidades visa a tutelar primordialmente a segurança jurídica, questiona se o sistema do Código Civil é aplicável quando estão em discussão direitos da personalidade – para os quais a segurança deixa de ser valor relevante. Segundo a autora, as matérias de cunho personalíssimo podem “*ser decididas apenas pela própria pessoa, excluindo-se, portanto, a possibilidade de decisão por parte do representante ou assistente.*”. (CORRÊA, 2010, p. 119).

Põe em debate a jurista a possibilidade de os incapazes civilmente serem aptos para autorizar ou negar a realização de procedimentos médicos. Esclarece, nesse ponto, que “*em*

alguns países, a capacidade de exercício de direitos atinentes à esfera pessoal do sujeito é desvinculada da capacidade negocial, em vista de uma maior proteção ao direito de autodeterminação.” (CORRÊA, 2010, p. 120).

Alguns autores, tanto no Brasil quanto no exterior, defendem a utilização da categoria da *capacidade para consentir* em decisões de saúde, afastando-se a taxatividade das definições legais acerca da capacidade. Com isso, é avaliado no caso concreto, por meio de equipe multidisciplinar, se o paciente conta com o discernimento necessário para afastar determinada terapia. É verificado, em tal procedimento, o grau de maturidade do enfermo e a necessidade e a seriedade da intervenção.

Conforme explica André Gonçalo Dias Pereira, a *capacidade para consentir* se trata de um “ramo paralelo ao da capacidade negocial, que parte do mesmo tronco, que partilha algumas preocupações, mas com finalidades distintas, com um regime que deverá ser diverso e com sistemas de representação diferentes” (PEREIRA, 2006, 203-204).

A utilização de aludida categoria afasta-se da taxatividade das definições legais acerca da capacidade e impõe avaliar no caso concreto, por meio de equipe multidisciplinar, se o paciente conta com o discernimento necessário para aceitar ou afastar determinada terapia. É verificado, nesse procedimento, o grau de maturidade do enfermo e a necessidade e a seriedade da intervenção (CORRÊA, 2010, p. 120).

A principal exigência para análise da capacidade para consentir é a verificação singular da pessoa enferma. Afirmar Judith Martins-Costa, nesse sentido, que:

“Para averiguar e mensurar se alguém não tem discernimento, ou a medida da redução no discernimento, deve o intérprete operar um raciocínio atento às singularidades da pessoa (‘raciocínio por concreção’), diverso do que desenvolve quando a incapacidade é determinada em vista de uma condição genérica, como idade, por exemplo. Não é a pessoa como abstrato sujeito, mas é a pessoa de carne e osso, em sua concretude e em suas circunstâncias, que deverá estar no centro do raciocínio.” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 326).

É possível afirmar, assim, que pela capacidade para consentir é considerada a autonomia remanescente do paciente, visando na maior medida possível a garantir o livre desenvolvimento da personalidade.

A partir deste entendimento, as pessoas consideradas como incapazes de acordo com a taxatividade legal, mas que demonstrem algum grau de discernimento no que se refere à sua condição pessoal, devem ser ouvidas em suas manifestações e merecem ter reconhecido seu poder de decisão acerca do modo como desejam conduzir suas vidas nos mais variados aspectos, na medida de sua autonomia.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao garantir escolhas autônomas em matéria de saúde àqueles que padecem de deficiências mentais, visa a assegurar a liberdade e a dignidade às pessoas com deficiência. Nota-se, também, uma aproximação da novel legislação com a categoria da *capacidade para consentir*, uma vez que tutela aos deficientes, na medida de suas potencialidades, a tomada de decisões existenciais acerca do próprio corpo, afastando-se dos critérios de capacidade anteriormente definidos pelo Código Civil.

Merece destaque o fato de o Estatuto objeto deste estudo ter reconhecido a insuficiência das regras de capacidade – moldadas para situações jurídicas patrimoniais – para regular a tomada de decisões existenciais, a exemplo das escolhas em matéria de saúde. Demonstrou-se, com isso, que as lógicas inerentes ao *ter* e ao *ser* são diversas, tendo em vista que situações jurídicas existenciais têm por objetivo o livre desenvolvimento do indivíduo, diante do que a aplicação da representação, da assistência e da curatela se mostra inadequada.

Por ora, as alterações promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência devem ser entendidas como um avanço em direção à proteção do deficiente mental na condição de pessoa dotada de desejos, sonhos e vulnerabilidades. Inegavelmente, remanescem dúvidas quanto aos critérios a serem utilizados para averiguar se o deficiente mental reúne condições para tomar decisões acerca de sua saúde – as quais deverão ser objeto de estudo no âmbito da doutrina jurídica e bioética.

5. Considerações finais

Conforme expandido ao longo deste estudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência busca garantir aos deficientes mentais maior autonomia no que se refere aos atos existenciais e patrimoniais de suas vidas. Para tanto, definiu que os deficientes são, *a priori*, plenamente capazes, sendo que a incapacidade somente é definida após o exame da condição da pessoa por equipe médica. Instituiu a lei, ainda, que a curatela é medida excepcional e proporcional às limitações da pessoa com deficiência.

Como objeto do presente trabalho, foram especialmente analisadas as mudanças promovidas pelo Estatuto no que se refere às decisões em matéria de saúde do deficiente. Buscou a novel legislação priorizar decisões autônomas da pessoa com deficiência, visando a garantir sua participação nos processos de consentimento esclarecido e limitando o âmbito de escolhas heterônomas.

Examinou-se, ademais, a categoria da *capacidade para consentir*. Com a sua adoção, as pessoas consideradas como incapazes de acordo com a taxatividade legal, mas que demonstrem apresentar grau de discernimento no que se refere à sua condição pessoal, devem ser ouvidas em suas manifestações e merecem ter reconhecido seu poder de decisão acerca do modo como desejam conduzir suas vidas nos mais variados aspectos, na medida de sua autonomia.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, de forma inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, reconheceu a insuficiência das regras de capacidade para o exercício de situações jurídicas existenciais, e estabeleceu que aos deficientes, mesmo quando submetidos ao instituto da curatela, deve ser assegurada a maior autonomia possível para realização de escolhas em matéria de saúde, tendo em vista a medida de suas limitações.

Sem dúvidas, as alterações promovidas pelo Estatuto são complexas e geram diversos questionamentos perplexidades. Pode-se citar, a título de exemplificação, a ausência de um regime de transição⁴, a possibilidade de arbitrariedade por parte dos médicos no que se refere à definição das incapacidades e a insuficiência do Sistema Único de Saúde para análise casuística dos portadores de deficiências.

Isso não afasta, no entanto, que a alteração legislativa seja reconhecida como um avanço no que atine à efetiva tutela das pessoas pelo Direito Civil. A relevância do Estatuto, nesse sentido, está em afastar a premissa de que o portador de deficiência necessariamente não apresenta discernimento, tornando-se necessária a análise particular da situação para que se defina a medida da limitação da pessoa.

Pode-se afirmar, destarte, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência se revela como um passo importante para tutelar a dignidade e a autonomia dos deficientes e reafirma a priorização do *ser* frente ao *ter*, uma vez que lança luz à questão do exercício de situações jurídicas existenciais por pessoas anteriormente compreendidas como incapazes para realização de tais atos.

Com a constitucionalização do Direito Civil, o foco deixa de estar no sujeito-proprietário abstrato e volta-se ao sujeito real, concreto e vulnerável⁵. Assim, exige-se tutela

⁴ Nesse sentido, questiona-se se um deficiente mental que se encontrava até dezembro de 2015 em interdição por incapacidade absoluta se tornou, com a passagem para 2016 e vigência da lei, como absolutamente capaz.

⁵ Em referência à cátedra de Eroulths Cortiano Júnior, pertinente mencionar que: “O direito brasileiro encontra na Constituição Federal de 1988 uma nova tábua valorativa, consistente na jurídica supremacia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os aspectos patrimoniais de sua existência. Da codificação civil marcadamente proprietarista passou-se a um direito civil-constitucional evidentemente personalista. [...] Não se quer dizer, com isso, que ao patrimônio tenha sido relegada proteção. Ocorre, em verdade, que a tutela patrimonial é legítima enquanto forma de se proteger a pessoa humana.” (CORTIANO JÚNIOR, 2002. p. 155-156).

aos interesses das mulheres, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, dos deficientes físicos, dos portadores de doenças psiquiátricas, dos pacientes em estado de terminalidade⁶. Impõe-se seja garantida voz à totalidade das pessoas, resguardando seu direito ao livre desenvolvimento como modo de contornar as próprias vulnerabilidades.

Conforme afirma José de Oliveira Ascensão, “a pessoa é uma categoria incômoda.” (ASCENSÃO, 2006. p. 10). Justifica-se essa afirmação a partir da compreensão de que, para além da ficção jurídica, os indivíduos se apresentam como seres dotados de interesses patrimoniais e existenciais, de vulnerabilidades e de desejos. A dimensão da pessoa não se confina aos lindes estabelecidos pelo Direito⁷.

A despeito de todas as críticas feitas em relação ao Estatuto, não se pode desconsiderar o propósito inclusivo e atento aos indivíduos concretamente considerados. Pablo Stolze, acerca da novel legislação, afirma que “este importante Estatuto, pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis.” (STOLZE, 2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em sintonia com a Constituição Federal e o preceito de dignidade humana, revela sua preocupação quanto ao indivíduo em sua dimensão concreta, afastando abstrações acerca da condição individual dos deficientes mentais. É, com efeito, uma norma atenta às necessidades individuais das pessoas com deficiência.

⁶ Consoante afirma Diego Carvalho Machado, “O sujeito a quem o direito busca proteger não é mais aquele ente abstrato, o ‘homem’ ou ‘cidadão’ que mais se confundia com o burguês. Doravante, o destinatário da tutela jurídica é a pessoa humana, o homem e a mulher; as crianças, os adolescentes e os idosos; o portador de transtorno psíquico e o deficiente físico etc.”. (MACHADO, 2013. p. 65).

⁷ É o que afirma Luiz Edson Fachin: “O sujeito extrapola e precede a previsão normativa.” (FACHIN, 2012. p. 119).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Prefácio. In: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 2015.

CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: BARBOZA, H. H. et. al. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia_tab_pdf.shtm>. Acesso em 14 jan. 2016.

MACHADO, Diego Carvalho. *Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética In: _____; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.) *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1975: A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 jul. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio De Janeiro: Renovar, 2002.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 22 out. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.