



**AUTONOMIA PESSOAL NA TOMADA DE DECISÃO DO PACIENTE ADULTO:
UMA ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS
BRASILEIRAS PARA TUTELA DA CAPACIDADE DECISIONAL**

Aracelli Mesquita Bandolin Bermejo*
Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador**

Resumo:

O surgimento da bioética incentivou a superação do paternalismo médico e impulsionou o protagonismo dos pacientes. O objetivo deste estudo é demonstrar que a capacidade decisional de pacientes adultos na tomada de decisão em cuidados de saúde deve ser avaliada nas situações concretas e específicas e não pela mera subsunção às normas civilistas. Mediante aplicação do método dedutivo, amparado na revisão jurídico-literária, evidenciará a tutela jurídica adequada à capacidade decisional a partir da experiência e modelos estrangeiros de instrumentos de avaliações cientificamente validados no sentido de verdadeiramente promover a autonomia pessoal do paciente garantida pela dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave:

Autonomia Existencial; Autodeterminação; Capacidade Decisional; Cuidado Saúde

**PERSONAL AUTONOMY IN THE DECISION-MAKING OF ADULT PATIENTS:
AN ANALYSIS OF THE (IN) COMPATIBILITY OF BRAZILIAN LEGAL NORMS
FOR THE PROTECTION OF DECISION-MAKING CAPACITY**

Abstract:

The emergence of bioethics encouraged the overcoming of medical paternalism and boosted the role of patients. The objective is to demonstrate that the decision-making capacity of adult patients in decision-making in health care must be assessed in concrete and specific situations and not by mere subsumption of civilist norms. Through the application of the deductive method, supported by the legal-literary review, it will show the legal protection adequate to the decision-making capacity from the foreign models of scientifically validated assessment instruments in order to truly promote the patient's personal autonomy guaranteed by the dignity of the human person.

Keywords:

Existential Autonomy; Self-determination; Decisional Capacity; Health Care

* Aracelli Mesquita Bandolin Bermejo. Mestre e Doutoranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Especialista em Direito do Estado pela UEL. Pós graduanda pela Mediação, Gestão e Resolução de Conflitos pela ESA-MG. Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná. Membro da Comissão de Mediação e Arbitragem da OABPR-Londrina. Membro da Comissão de Biodireito e Bioética da OABPR – Londrina. Membro do projeto de pesquisa Negócios Biojurídicos: as tecnologias e o Direito Civil. Advogada. Mediadora. Professora. E-mail: arabandolin@gmail.com

** Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador. Doutora em Direito Civil pela UFPR. Mestre em Direito Civil pela UFPR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UFPR. Coordenadora do projeto de pesquisa Negócios Biojurídicos: as tecnologias e o Direito Civil. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB Londrina. Advogada. E-mail: rita.tarifa@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

O Direito Privado, cujas raízes são puramente patrimoniais, sofreu necessária releitura de seus pilares de sustentação, na qual as concepções de autonomia foram se adequando às realidades sociais.

Partindo da concepção na qual enfrentou fortes limitações no período totalitarista, percorreu período de extrema liberdade, como autonomia da vontade, e, após a consagração da Dignidade da Pessoa Humana passou a funcionalizá-la e, portanto, recebeu contornos a serem observados sob a nomenclatura da autonomia privada.

A Dignidade da Pessoa Humana, de modo universal e no Brasil mais especificamente após a Constituição de 1988, implicou não apenas a formatação da autonomia privada, mas, ao centrar o ser humano nas relações e situações jurídicas, permitiu que o Direito se voltasse não apenas às questões patrimoniais, mas também às puramente existenciais, surgindo então o conceito de autonomia existencial ou autodeterminação, da qual é espécie a autonomia bioética e autonomia pessoal do paciente.

A bioética surgiu no ano de 1974 nos Estados Unidos, irradiou-se de lá para a Europa e seguiu então para todo o restante do mundo. Desde sua criação, o princípio da autonomia sempre recebeu tratamento de destaque, sendo compreendida, em um primeiro momento, a partir da concepção filosófica de Kant de não instrumentalização do ser e de Stuart Mill como liberdade individual suprema e limitada somente quando a ação repercutisse na esfera de terceiros ou da sociedade.

Atualmente, a bioética contemporânea privilegia a autonomia pessoal, porém, no contexto social considerando que o ser humano se encontra inserido em comunidades. Embora tenha essa releitura da autonomia bioética contemporânea, há preocupação em garanti-la, inclusive com base no princípio da promoção da autonomia pessoal, o qual prevê medidas de empoderamento da vontade, no caso em estudo, dos pacientes.

A vontade manifestada dos pacientes, portanto, recebe prestígio e, pela sua relevância, é merecedora de tutela jurídica. No entanto, a ordem jurídica interna, de raízes patrimoniais, não se acomoda integralmente às novas situações jurídicas existenciais



vivenciadas pelos pacientes na tomada de decisão e não abraçam as peculiaridades do exercício da autonomia pessoal.

Desta forma, com base no método dedutivo, amparado na revisão jurídico-literária, especialmente inaugurada pela Aline Albuquerque, este estudo busca estabelecer reflexão sobre a trajetória da autonomia e da autonomia bioética, a fim de apurar a tutela jurídica adequada à autonomia pessoal dos pacientes adultos na tomada de decisão em saúde no que se refere ao exame da capacidade decisional.

O recorte realizado para o contexto de tomada de decisão de pacientes adultos sobre os cuidados em saúde se deve ao fato que o objetivo central deste estudo é a análise da inadequação das normas jurídicas com viés patrimonialista à tutela da autonomia pessoal dos pacientes, de forma que se busca uma visão global da capacidade, sem adentrar nas especificidades inerentes à tutela das crianças e adolescentes, as quais, pelo estágio de desenvolvimento natural e maturidade possui particularidades que devem ser consideradas.

Após identificada a tutela jurídica adequada para promover a autonomia pessoal do paciente, a qual deve acontecer nos casos concretos e considerando todas suas circunstâncias, serão mencionados instrumentos que viabilizam a operacionalização da nova abordagem, alcançados pela experiência estrangeira, principalmente Estados Unidos e Canadá, bem como a forma na qual é aplicada na ordem jurídica interna, que, até o momento se resume a orientações do Conselho Federal de Psicologia.

A adequada tutela jurídica da autonomia pessoal dos pacientes implica no empoderamento do indivíduo para se tornar protagonista da sua história e, assim, ser reconhecido seu senso de integridade e pertencimento, que se contrapõem ao senso de pressão e conflitos pelo sentimento de ter seguido rota indesejada, motivo pelo qual este estudo visa contribuir para reflexão sobre o necessário regramento da existencialidade humana.

2 DO TOTALITARISMO POLÍTICO E PATERNALISMO MÉDICO À PROMOÇÃO DA AUTONOMIA PESSOAL.

A ordem jurídica é construída de forma não linear conforme o desenvolvimento da sociedade. Cada momento histórico implica na adequação de institutos jurídicos a fim de se amoldarem aos anseios sociais e se manterem adequados à tutela das necessidades humanas.

A sociedade atual é complexa, pluralista, fragmentada e em constante e rápida



transformação. O surgimento acelerado de novas situações jurídicas implica no fato de que os tradicionais modelos jurídicos não lhe conferem suporte adequado e se faz necessária a criação de “estruturas jurídicas de respostas” capazes de garantir a segurança jurídica e a justiça (AMARAL, 2003, p. 63-64).

As mudanças sociais e políticas implicaram em diversas interferências na definição da autonomia pois influenciou a compreensão da liberdade de decisão individual, diretamente relacionada com a dignidade humana.

A autonomia, nas releituras do Direito Privado, sempre esteve presente e exercendo o protagonismo nas diversas transformações históricas e sociais e, de forma a contribuir para a construção desta pesquisa serão pontuados objetivamente 3 momentos que acentuam os contornos da liberdade do indivíduo para, ao final, discorrer sobre a capacidade decisional na tomada de decisão de pacientes em saúde.

O primeiro momento foi a revolução francesa, em 1789, marcado pela emersão do Estado Liberal em reação ao Estado Totalitário e envolta por ideias iluministas.

As relações intersubjetivas tuteladas pelo direito privado eram puramente patrimonialistas e individualistas (BOBBIO, 2000, p. 16), em que os sujeitos eram colocados de forma abstrata na relação formada, sendo afastados de seus interesses e necessidades, que permaneciam em segundo plano (FACHIN, 2012, p. 101). Operou-se o reconhecimento absoluto da autonomia da vontade, consagrando o princípio da força obrigatória dos contratos (MARQUESI; MARTINS, 2016, p. 141). A tutela da pessoa humana era limitada ao Direito Público, cuja separação do Direito Privado era bem definida, com proteção da integridade física e outras garantias políticas, sem qualquer interferência deste (TEPEDINO, 2006, p. 32).

Nesse período, no âmbito das relações entre médicos e pacientes, a qual não era analisada sob as lentes da existencialidade como atualmente, prevalecia a concepção paternalista, na qual o profissional detinha o conhecimento técnico e a ciência da melhor conduta a ser seguida. Havia a “restrição da autonomia do paciente sem o seu consentimento, com a justificativa de lhe fazer o bem ou de prevenir que cause danos a si mesmo, podendo ser denominado de “beneficência forçada” (ALBUQUERQUE, 2020, p. 81).

Esse primeiro marco histórico foi bastante relevante, pois por meio da visão iluminista se conferiu avanços e a ruptura com o Estado Totalitário, porém, com o desenvolver da sociedade alguns institutos já não acolhiam a demanda social, como a liberdade individual sem restrições e a fundamentação dos direitos numa igualdade



meramente formal.

O segundo marco histórico portanto, é o surgimento do Estado Social, a partir da 1^o Guerra Mundial, marcado pela tendência intervencionista do Estado no domínio econômico, pela preocupação com a igualdade substancial ao invés da meramente formal e com a solidariedade. (AMARAL, 2003, p. 72)

Porém, foi após a segunda grande guerra que o Estado Social tomou a forma que serviu de base para o atual ordenamento jurídico civil-constitucional contemporâneo, terceiro marco histórico, fundado na dignidade da pessoa humana, que implicou a consagração dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade na ordem jurídica internas de diversos países.

No Brasil, o principal marco desse terceiro momento foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste contexto, a autonomia da vontade cedeu espaço para a autonomia privada. Ou seja, da autonomia da vontade, compreendida como o apogeu da liberdade do indivíduo na esfera privada, o qual detinha o “poder de praticar um ato jurídico e lhe determinar o conteúdo, a forma, bem como os efeitos com sua vontade, sem interferência externa” (MEIRELES, 2009, p. 66) é sucedida pela autonomia privada, entendida como o poder concedido pela ordem jurídica de criar, modificar e extinguir direitos, dentro dos limites legais (MEIRELLES, 2009, 74).

Iniciou-se o processo de constitucionalização do Direito Privado, cujo alicerce fundamental é a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2006, p. 19) que fez romper a concepção individualista do negócio e das relações jurídicos para acolher, na vigência da ética da solidariedade, a sua funcionalização na realização do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, na busca de uma sociedade realmente livre, justa e solidária (TEPEDINO, 2006, p. 341), ou seja, que deixou de olhar o homem abstrato, e se voltou para a pessoa, o ser de carne e osso, com problemas, dificuldades, anseios, históricos de vida. O ser concreto, real. Este fenômeno é reconhecido como a repersonalização do Direito Privado e legítima o surgimento dos Direitos da Personalidade (AMARAL, 2014, p. 202).

A repersonalização da pessoa humana seguiu, portanto, por dois caminhos: buscou concreção, no sentido de olhar o homem real, concreto e não mais o sujeito de direito abstrato delineado pela lei e desvencilhou do caráter patrimonialista, se voltando ao homem enquanto sua existencialidade.

A concepção de autonomia privada, marcada pelo viés patrimonial, recebe a



autodeterminação, compreendida como um mecanismo por intermédio da qual “a pessoa para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade poderia se autodeterminar, ou seja, criar, modificar e extinguir situações subjetivas, conforme fosse o efeito mais adequado para tutela da pessoa” (MEIRELES, 2009, p. 60).

Em paralelo à evolução da autonomia nas relações privadas, pode-se relacionar ao mesmo período de emersão da pessoa humana como centro do Direito, o surgimento da Bioética, que teve origem em 1970 nos Estados Unidos e imediatamente se irradiou para Europa, seguindo, posteriormente, para o restante do mundo (GARRAFA, 2005, p. 2).

Em 1979 foi criada, por Tom Beauchamp e James Childress, a teoria principialista a partir do conhecido “Relatório Belmont” e explicitada no livro *Principles of Biomedical Ethics*, os princípios da beneficência, não maleficência, autonomia e justiça (BARBOZA, 2000, p. 211).

O exercício da autonomia é central na bioética e na construção de Tom Beauchamp e James Childress (apud ELER, 2020, p. 83) é relacionada com a concepção kantiana de não instrumentalização do homem e com o conceito de liberdade de Stuart Mill, que, em 1859, publicou a obra “Sobre a Liberdade” cujo tema central é a liberdade civil e os limites do poder legitimamente exercidos sobre os indivíduos (ELER, 2020, p. 77).

John Stuart Mill (2018, p. 6-18) compreende a liberdade individual de forma ampla, limitada apenas quando a conduta praticada represente dano, efetivo ou potencial, a terceiros ou à sociedade. Afasta por completo qualquer limitação fundada em padrão moral e religioso da sociedade e entende que o ser sabe o que é melhor para si. Terceiros ou o Estado, mesmo com toda a reprovação moral ou social, não tem a capacidade de invadir a esfera íntima da pessoa e afirma que “sobre si mesmo, seu próprio corpo e sua mente, o indivíduo é soberano” (MILL, 2018, p. 60).

Essa compreensão de liberdade vislumbrada pela bioética tradicional faz sentido no contexto de tomada de decisão por pacientes em cuidados de saúde, pois valoriza o protagonismo do paciente, bem retratado nas palavras do filósofo de que “cada um é guardião apropriado de sua própria saúde, seja corporal, seja mental ou espiritual” (MILL, 2018, p. 64).

No entanto, a tradição liberal encampada por Stuart Mill e compartilhada por Tom Beauchamp e James Childress é alvo de críticas por isolar o indivíduo do contexto social no qual está inserido e deixa de atribuir a importância das relações sociais nas tomadas de decisão do pacientes e da possibilidade de promoção dessa autonomia (ELER, 2020, p. 83).



Sob esse prisma, para bioética contemporânea a concepção individualista da autonomia vem sendo superada por compreender que o indivíduo se relaciona constantemente com sua comunidade, sua família, seus amigos, equipes de cuidado com a sua saúde, etc., e suas decisões acabam sendo influenciadas por aqueles que o cercam. É a denominada autonomia relacional a qual

não tem como foco desconstituir o paciente como principal fonte decisória sobre sua própria vida, apenas objetiva ampliar o olhar sobre o indivíduo, situando-o como integrante de uma comunidade, tomando em conta as influências que o meio social exerce sobre suas escolhas e condutas (ALBUQUERQUE, 2016, p. 83).

Como se observa, enquanto a autonomia bioética tradicional compreende que o paciente deve tomar suas decisões sozinho, conforme seus melhores interesses, sem interferências externas e ter sua vontade respeitada, a autonomia relacional promove a investigação das circunstâncias que permeiam aquela decisão, tendo em vista que isolá-lo de todo seu contexto não se mostra compatível com a prática vivenciada em situações de doença, justamente no momento em que grupos se unem por diversos motivos, desde espirituais a financeiros, especialmente o grupo familiar, o qual influencia tanto razão como nos sentimentos do paciente, com reflexo na tomada de decisão.

No decorrer deste trabalho, será adotada a autonomia relacional, por considerar que a decisão dos pacientes é influenciada, direta ou indiretamente, por aqueles com quem convive. Porém, pelo fato do objetivo final do estudo ser a capacidade decisional do indivíduo, sua compatibilidade com as normas jurídicas civilistas e a compreensão de novos mecanismos de avaliação que busquem promover sua autonomia enquanto edificadora da sua personalidade e existencialidade, o termo adotado será simplesmente autonomia pessoal.

3 A INCOMPATIBILIDADE DA NORMATIZAÇÃO POSITIVADA E A TUTELA JURÍDICA DA EXISTENCIALIDADE HUMANA NO BRASIL COM REFLEXOS NA TOMADA DE DECISÃO EM SAÚDE POR PACIENTES ADULTOS

Do breve histórico narrado, é possível verificar que o movimento de compreensão do



sentido de autonomia percorreu interpretações semelhantes nos contextos do Direito Privado e da Bioética. Partiram do totalitarismo político e do paternalismo médico, avançaram no campo de liberdade individual sem interferências e chegaram em um contexto coletivo, que no bioético significa que a autonomia pessoal deve ser vislumbrada como parte de um todo, considerando o homem como ser social e integrado em comunidades.

Ainda que essa evolução da compreensão da autonomia tenha avançado em direção ao reconhecimento da existencialidade e promovida no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, o tratamento jurídico destinado à autodeterminação, na qual está inserida a autonomia pessoal do paciente na tomada de decisão, é campo em formação, especialmente no que se refere à tutela da sua capacidade decisional.

Desta forma, para amparar a reflexão sobre o tratamento jurídico da vontade do paciente no que se refere à sua capacidade decisional, neste item se propõe interpretar normas positivas vigentes, especialmente a prevista nos artigos 11 e artigos 1º, 3º e 4º (nesta ordem), para identificar a liberdade de disposição do próprio corpo e da vida. A partir algumas particularidades das situações jurídicas existenciais que divergem das patrimoniais serão destacadas como embasamento à compreensão da incompatibilidade do modelo de capacidade civil da tutela patrimonial às situações existenciais.

Pietro Perlingieri ao escrever sobre a autonomia nas situações subjetivas existenciais, destaca que:

O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação de liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo de lucro possível: a intuitiva diferença entre a venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional – e o consentimento de um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição. A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental (PERLINGIEIRI, 2002, p. 276).

A fundamental distinção entre a autonomia privada e a autodeterminação é encontrada em sua fundamentação, pois, enquanto a autonomia privada, com viés



patrimonialista, tem fundamento jurídico na livre iniciativa privada, a autonomia existencial é fundamentada na dignidade da pessoa humana (PERLINGIERI, 2002, p. 19).

A primeira reflexão desta distinção que importa para a tutela da existencialidade humana e principalmente para o estudo da tomada de decisão de pacientes sobre cuidados em saúde é sobre a relativização dos direitos da personalidade previstos no art. 11 do Código Civil.

O citado dispositivo legal prevê que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade, no qual se encontram o direito à vida e integridade psicofísica, são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

A interpretação isolada e literal do dispositivo legal pode conduzir à conclusão de que não há espaço para disposição sobre o direito à vida e sobre a integridade psicofísica de seus titulares, o que reduziria sobremaneira os limites do protagonismo dos pacientes nas tomadas de decisão em cuidados de saúde já que a recusa ou a escolha por determinado tratamento terapêutico comumente tem implicação direta sobre esses direitos.

A inadequação da norma na forma na qual se encontra redigida é contornada através da interpretação de seu conteúdo sob as lentes da dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal, no sentido de legitimar a flexibilização dos atos de disposição do próprio corpo quando praticados na construção da personalidade, pois, “não se pode acolher o esvaziamento da personalidade em prol da dignidade humana, é antagônico” (BERMEJO, 2018, p. 139).

A regulamentação jurídica positivada que poderia obstar a tomada de decisão de paciente em relação aos cuidados em saúde é ajustada à realidade com a interpretação conforme a constituição, no entanto, o exercício da autonomia pessoal, frisa-se, de natureza existencial, enfrenta ainda obstáculos, como é o caso da norma que estabelece critérios de capacidade jurídica para práticas de atos na vida civil, para a qual se direciona o estudo.

O código civil, frisa-se, com viés patrimonialista, condiciona a prática de atos da vida civil às pessoas capazes e estabelece, em seus artigos 1º, 3º e 4º, como critério de capacidade a idade, condição de ser ébrio habitual ou viciado em tóxico, a existência de causa transitória ou permanente que impeça a pessoa de exprimir sua vontade e os pródigios.

Conforme já mencionado, trata-se de norma de cunho patrimonialista, cuja percepção de terceiros é de fundamental relevância para assegurar a legitimidade dos atos praticados. Contudo, para a bioética e em especial na tomada de decisão sobre seus cuidados em saúde,



essa percepção não é fundamental, tendo em vista que a decisão é puramente existencial e particular, o que faz prevalecer a a vontade do paciente.

Neste ponto, a tutela da vontade assume papel de extrema relevância, tendo em vista a sensibilidade do objeto – vida e integridade psicofísica e a peculiaridade de ser edificadora da personalidade, da existencialidade do ser. É a vontade do paciente externalizada que operacionaliza o exercício da sua autonomia pessoal e por isso merece justa atenção.

Rose Melo Vencelau Meireles (2009, o. 216) ao discorrer sobre a manifestação de vontade em situações existenciais destaca como elementos a serem observados a pessoalidade, a revogabilidade e a superação da vontade interna à vontade declarada, na contramão da tendência contemporânea de adoção da teoria objetiva nas situações patrimoniais.

As situações existenciais não estão sujeitas às objetivas exigências de mercado que muitas vezes geram a preterição da subjetividade da vontade. Assim, a vontade real do agente é a única hábil para promover efeitos dignos de tutela jurídica. A boa-fé e a confiança de outrem, ainda que beneficiário das disposições existenciais, não é suficiente para que seja desconsiderada a vontade interior do disponente. (MEIRELES, 2009, p. 220).

Na tutela jurídica da existencialidade humana a teoria dominante de prevalência da vontade objetiva à subjetiva para as relações e situações jurídicas patrimoniais não se coadunam a autonomia existencial, cuja vontade deve se fazer valer, por ser aquela que, no caso deste estudo, o paciente tem de mais particular, amparado em suas crenças, valores, experiências vividas, e, ainda que dentro de um contexto relacional, com influências naturais da comunidade na qual está inserido, a decisão é só sua e os reflexos dessa decisão impactam diretamente na sua vida.

Como se pode observar, deve haver o empoderamento do paciente para que o exercício de sua autonomia pessoal seja pleno e hábil a satisfazer as finalidades da dignidade da pessoa humana, que, no caso, está intimamente ligado à edificação do sujeito.

A tomada de decisão existencial, portanto, deve ser amparada por medidas que lhe confirmem garantia de legitimidade e segurança, que retratem de forma fidedigna a vontade



subjéitiva e particular do indivíduo. No entanto, os critérios objetivos acima pontuados de regulamentação jurídica de capacidade destinada à tutela da vontade pelas normas legais internas, não se ajustam às peculiaridades da existencialidade, principalmente pelo fato de que a categorização prevista nos artigos 1º, 3º e 4º visa acautelar direitos patrimoniais e conferir segurança a partir da percepção de terceiros sobre atos praticados, situação que não é a que prevalece nas tutela autodeterminação, na qual a vontade em destaque é a interna e subjéitiva do indivíduo.

Rose Melo Vencelau Meirelles tece diversas críticas no tratamento equânime dedicado para as situações jurídicas patrimoniais e existenciais e, dentre eles, a tutela da vontade conectada à capacidade do agente alicerçada na dicotomia da capacidade de direito e capacidade de fato civilista, insuficientes para fundamentar a tomara de decisão puramente existencial, especialmente baseada no critério de idade, pois deixaria de vislumbrar a real intenção do ser e impediria que menores de idade tivessem oportunidade de tomar decisões compreendidas como edificadoras da sua personalidade (MEIRELES, 2006, p. 231-233).

Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 809-810) ao abordar a autodeterminação também vislumbrou a importância da capacidade para tomada de decisão nos atos de disposição do próprio corpo, com critérios não limitados aos previstos pelo código civil e conecta a capacidade de discernimento à responsabilidade pelas ações praticadas.

A capacidade tratada pelo Código Civil é de viés puramente subjéitivo. Nesse sentido, as limitações à autodeterminação corporal devem observar também a aptidão da pessoa para definir as diretrizes relativas ao corpo como uma das esferas mais íntimas da subjéitividade. Assim, as vedações que têm como base uma imaturidade genérica para gerir tais espaços de liberdade inscrevem-se sob a rubrica de mecanismos paternalistas implementados de forma abstrata e universal pelo legislador ordinário, como acontece no caso do Código Civil (MORAES, 2014, p. 810).

A aferição da capacidade de tomada de decisão para atos de disposição do próprio corpo não se sustenta nos critérios normatizados. Como se observa, a autonomia é chave fundamental da bioética e dos direitos do paciente, de forma que categorizar a capacidade dos



indivíduos nos moldes civilistas não promove a liberdade que lhe é garantida pela Dignidade da Pessoa Humana.

Trata-se de um campo muito particular, cujas razões nem sempre são garantidas de objetividade, porquanto os aspectos subjetivos e íntimos são, sobremaneira, levados em conta. Neste contexto, deve-se focar na valorização da pessoa no momento da tomada de decisão acerca de cuidados em saúde.

Desta forma, a releitura a partir do princípio da dignidade da pessoa implica no reconhecimento de flexibilização dos direitos da personalidade sobre a vida e integridade psicofísica e confere campo de disposição para o exercício da autonomia pessoal de pacientes, a qual deve ser promovida e privilegiada, inclusive pelo instituto da capacidade decisional, conforme será abordado a seguir.

4 A CAPACIDADE DECISIONAL NA TOMADA DE DECISÃO SOBRE CUIDADOS EM SAÚDE DE PACIENTES ADULTOS

A temática da capacidade de tomada de decisão por pacientes sobre os cuidados em saúde ganhou profundidade com os estudos comparados de Aline Albuquerque, especialmente o recém publicado Manual de Direito do Paciente (2020) que, perfilhando do entendimento de incompatibilidade da normatização civilistas para aferição da capacidade de tomada de decisão por pacientes, vai além da identificação desta inadequação e introduz critérios específicos para o exercício da autodeterminação,

A autora compreende a capacidade jurídica como a faceta jurídica da autonomia pessoal, pois pode representar limitação à autodeterminação no caso do paciente ser considerado incapaz para consentir ou participar da decisão sobre seus cuidados com a saúde. Enfatiza o novo paradigma da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que impõe que a capacidade jurídica seja titularizada por todos e que eventual déficit decisional deve ser suprido por meio do Apoio de Tomada de Decisão (ALBUQUERQUE, 2020, p. 83).

A capacidade decisional, portanto, deve ser analisada a cada caso concreto e não auferida a partir de categorias normativas como definidas pelo Código Civil. A presunção deve ser de que todo paciente a detém, e, na maioria dos casos, é vislumbrada e intuitivamente identificada pela equipe de saúde.

No entanto, quando surge dúvida real, para aquela situação específica e não por





meramente subsunção à norma civil, a capacidade decisional deve ser avaliada a fim de realmente respeitar a autodeterminação do paciente.

Neste ponto, é importante esclarecer que não cabe à equipe médica concluir pela incapacidade do paciente por discordar da decisão tomada e em virtude de aparente irracionalidade da decisão. É o caso do conhecido dilema enfrentado pela bailarina que, após um acidente, precisou decidir pela amputação de uma perna e, em um primeiro momento, se recusou ao ato e, após reflexão, optou pela amputação que lhe salvou a vida (ALBUQUERQUE, 2020, 85).

O caso paradigmático demonstra uma decisão que, aos olhos dos profissionais da saúde, preparados para salvar vidas, parece bastante simples e óbvio, porém, para a jovem, que ama a dança, representou ato tão forte que fez com que fosse ponderada a própria vida.

A decisão sobre os cuidados de saúde a que será submetido se amolda às decisões mais sensíveis dos pacientes, geralmente em situações de doenças graves e com grande representatividade de riscos. Apurar a capacidade decisional se torna elemento essencial para que a autonomia pessoal seja verdadeiramente exercida, e esta investigação apresenta certa complexidade para que seja real.

Para avaliar a decisão e identificar a presença da capacidade decisional em pacientes de forma segura, em 1995, Appelbaum e Grisso (apud ALBUQUERQUE, 2020, p. 86-87) elencaram cinco elementos que devem estruturá-la: a) entendimento – habilidade de compreender informações básicas sobre o problema, potenciais soluções e os riscos e benefícios a elas associados; b) apreciação – habilidade de reconhecer como o problema e uma solução apresentada se conectam com sua situação vivenciada; c) raciocínio – habilidade de considerar a adoção das soluções potenciais do problema; e d) comunicação – habilidade de escolher e manifestar sua decisão.

A investigação da medida da capacidade decisional do paciente, portanto, deve ser a partir do caso concreto e com a presunção da sua presença, sendo afastada somente após avaliação cientificamente validade.

Em diversos países o modelo da capacidade decisional dos pacientes já é consolidado, como exemplos os Estados Unidos e o Canadá, nos quais existem avaliações cientificamente validadas e pré-definidas, que, por meio de entrevistas semiestruturadas, diagnosticam a capacidade ou incapacidade decisional para uma situação específica e concreta.



Há avaliações fundadas em diversos métodos e destinadas tanto para análise da decisão no contexto geral de saúde, como para determinada doença ou situação específica, a qual será selecionada conforme a necessidade concreta. Para avaliação de maneira geral no contexto de saúde, tem-se como exemplo a *Capacity Assessment Tool*, cujo objetivo é avaliar a capacidade de escolha entre duas opções no contexto de tratamento, e, para análise específica, pode-se citar a *Hopkins Competency Assessement Test*, cuja finalidade é identificar a capacidade decisional para subscrição de Diretivas Antecipadas de Vontade. (ALBUQUERQUE, 2020, p. 91).

No Canadá, as avaliações de capacidade decisional são bastante aplicadas. Institutos Canadenses de Pesquisa em Saúde incentivam, inclusive financeiramente, e fomentam a disseminação e elaboração de instrumentos avaliativos, como é o caso do Grupo de Pesquisas denominado *Patient Decision Aids*, que desenvolve estudos e mecanismos de ajuda na tomada de decisões difíceis por pacientes e auxílio aos profissionais da saúde para prepará-los a apoiar àqueles. O grupo disponibiliza grande acervo de instrumentos de avaliação em seu *site* (<https://decisionaid.ohri.ca/>), os quais podem ser buscados por finalidades específicas ou para análise geral.

No Brasil, o primeiro movimento concreto de mecanismo de avaliação da capacidade decisional foi introduzido pela nota técnica 06/2019 do Conselho Federal de Psicologia, na qual é reconhecido o cuidado centrado no paciente e a promoção da sua autonomia, considerando a necessidade de dispor de condições e recursos favoráveis ao seu exercício fundada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e outras normatizações internacionais e nacionais, e, em relação à capacidade para tomada de decisão, e orienta que

A capacidade legal ou jurídica, ancorada nos Direitos Humanos e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, compreende o direito de ser titular de direitos e de exercê-los, o que significa reger-se ao máximo pelo princípio do respeito à autonomia pessoal e promoção dos mecanismos de tomada de decisão apoiada, tomando como exceção as situações que demandam decisão substituta, como a curatela (CFP, 2019, p. 3-4).

A nota técnica reforça que a avaliação da capacidade decisional não pode ser geral,





no sentido de genérica, mas deve tratar de domínios específicos como financeiro, afetivo, saúde, educação, autocuidado, etc. e difere de outros tipos de avaliação, como para diagnosticar deficiência intelectual, transtornos mentais, etc. as quais podem se complementar, mas jamais se substituírem ou equivalerem. Ao final, enfatiza que o psicólogo deve informar a capacidade ou dimensão da incapacidade decisional e indicar recursos adequados de tomada de decisão apoiada.

Como se pode observar, a avaliação da capacidade decisional de pacientes para tomada de decisão privilegia o exercício da sua autonomia tanto no sentido de lhe garantir que a decisão seja tomada de forma segura, como para afastar reconhecimentos de incapacidades irreais por subsunção à norma civilista, de forma abstrata, permitindo que pacientes enquadrados nos critérios legais de impedimento de agir por si só possam exercer sua vontade de forma soberana.

No Brasil os primeiros movimentos para o reconhecimento da tutela jurídica adequada ao exercício da capacidade decisional no exercício da autonomia pessoa dos pacientes timidamente começaram a acontecer e merece ser difundido no sentido de se consolidar e aprofundar na adoção e/ou elaboração de instrumentos de avaliação para que sua prática se dissemine e seja mais facilmente operacionalizada.

A promoção e o exercício da autonomia pessoal são fundamentais para que a pessoa possa escrever a sua história e conferir sentido à sua vida ao poder conduzi-la conforme seus valores, crenças e experiências particulares. Ela é essencial para o crescimento e senso de pertencimento do indivíduo e quando “satisfeita, experiencia-se um senso de integridade. Por outro lado, a sua frustração conduz ao senso de pressão e ao conflito, mormente pelos sentimentos da pessoa serem direcionados pra uma rota por ela indesejada” (ALBUQUERQUE, 2020, p. 79).

O Direito deve estar em função da busca do bem social e garantir o exercício da autonomia a pacientes na tomada de decisão sobre cuidados em saúde, permitindo que sua vontade mais visceral possa prevalecer na busca de conforto e melhor qualidade de vida e conferindo tutela adequada a fim de promover a sua própria dignidade humana.

5 CONCLUSÃO



A participação de pacientes e seus familiares na tomada de decisão sobre cuidados em saúde é cada vez mais evidente na rotina hospitalar e, em tempos de pandemia com a vivida atualmente pelo Covid-19, nunca antes havia se visto tanto debate por pessoas tecnicamente leigas sobre condutas médicas prescritas.

O princípio da dignidade da pessoa humana fez romper a exclusividade de tutela das relações jurídicas patrimoniais e favoreceu o surgimento das relações e situações jurídicas existenciais, na qual está inserida a autonomia pessoal do paciente.

Diante da crescente situação fática do protagonismo do paciente e do declínio do paternalismo médico, surge a necessidade de regulação da tutela jurídica destinada à existencialidade humana, tendo em vista que institutos tradicionais do direito privado, como a proteção dos direitos da personalidade e os critérios de verificação da capacidade jurídica para prática de atos da vida civil, cujo viés é essencialmente patrimonial, não se coadunam com as particularidades da existencialidade humana.

Este trabalho se propôs a percorrer os pontos de incompatibilidade entre a tutela das relações patrimoniais e existenciais com repercussão na autonomia pessoal do paciente na tomada de decisão sobre cuidados e saúde, reconhecer a flexibilização dos atos de disposição da vida e integridade psicofísica justificado pela dignidade da pessoa humana e investigar forma de tutela adequada da capacidade, pelo modelo introduzido no debate jurídico interno por Aline Albuquerque, através não da capacidade civil, mas da capacidade decisional, avaliada no concreto e específico, a partir de instrumentos de avaliação cientificamente aprovados.

Através do instituto da capacidade decisional, tornou-se possível que pacientes tidos por incapaz pela subsunção aos critérios objetivos da norma civilista, tenha identificado pontos de capacidade para tomada de decisão plena e possa exercer sua autonomia em relação a eles, exercendo verdadeiramente seu papel de protagonista da própria vida.

No Brasil, o modelo de capacidade decisional é timidamente promovido pelo Conselho Federal de Psicologia, através da nota técnica 06/2019, a qual confere aos seus profissionais a habilidade de realização a avaliação, estabelecendo parâmetros a serem seguidos.

A mudanças de paradigmas já foram iniciadas em plano teórico e demandam consolidação e reflexões sobre a operacionalização, tanto por meios de ações positivas de



todos os envolvidos como por regulamentação jurídica especialmente direcionada às situações e relações existenciais.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos do Paciente*. Curitiba: Juruá, 2016.
- ALBUQUERQUE, Aline. *Manual de Direito do Paciente*. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-modernidade. In FREIRE DE SÀ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-76.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2002.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. In: SIMPÓSIO PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO, 2000, Brasília. **Anais...** Brasília: Bioética – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 8, n. 2, p. 209–216, 2000, p. 209-230.
- BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. **AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA: liberdade e limites da autonomia existencial a partir da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado. UEL – Universidade Estadual de Londrina. Londrina: 2018.
- BRASIL. Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota técnica 06/2019. Nota Técnica de Orientação às(aos) Psicólogas(os) sobre Avaliação da Capacidade Decisional de Pessoas com Deficiência e/ou com Doenças Crônicas. Publicada no Diário Oficial da União de 03 de abril de 2019.
- ELLER, Kalline. **Capacidade Jurídica da Criança e do Adolescente na Saúde**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- GARRAFA, Volnei . Introdução à Bioética - An Introduction to bioethics. Revista do Hospital Universitário Ufma, São Luís - MA, v. 6, n. 2, p. 9-13, 2005.
- MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Negócios Jurídicos Existenciais. In: PONA, Éverton Willian;



- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 139-158.
- MEIRELES, Rose Mello Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 217-241, jan./mar. 2006.
- MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Campinas: Vide, 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, 19(3), p. 779-818, 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.