

O CONSENTIMENTO INFORMADO NAS INTERVENÇÕES MÉDICAS ENVOLVENDO PACIENTES COM COMPROMETIMENTO NEUROCOGNITIVO E PSIQUIÁTRICO SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

INFORMED CONSENT IN MEDICAL INTERVENTIONS INVOLVING PATIENTS WITH NEUROCOGNITIVE AND PSYCHIATRIC IMPAIRMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS INTERVENCIONES MÉDICAS INVOLUCRANDO PACIENTES CON COMPROMETIMIENTO NEUROCOGNITIVO Y PSIQUIÁTRICO BAJO LA ÓPTICA DE LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima*
Lucas Emmanuel Fortes dos Santos**

* Doutor (sobresaliente cum laude) em Direito Privado pela Universidade de Salamanca, Espanha. Grau de Salamanca (sobresaliente cum laude) em Direito Privado. Diploma de Estudos Avançados em Direito Privado pela Universidade de Salamanca, Espanha. Professor Adjunto de Direito Civil do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Brasil. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Brasil.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pós-graduado em Direito e Democracia pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Advogado atuante nas áreas de Direito Civil e do Consumidor. Advogado.

Autor correspondente:

Lucas Emmanuel Fortes dos Santos
E-mail: luksfortes@outlook.com

Recebido em: 20 de julho de 2022.

Aceito em: 28 de março de 2023.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O consentimento informado na relação médico-paciente para a prestação de cuidados de saúde; 2.1 Estrutura e função do consentimento informado; 3 A ressignificação da relação médico-paciente patrocinada pelo estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade para consentir em matéria de saúde; 3.1 O regime das capacidades na ordem civil brasileira; 3.2 A capacidade para consentir em matéria de saúde; 4 A problemática da tomada de decisão do paciente com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico sob a ótica da convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência; 5 Considerações finais. Referências.*

RESUMO: A Lei nº 13.146/2015 conferiu plena capacidade às pessoas com deficiência, promovendo verdadeira releitura da relação médico-paciente. Sob o ideal de diminuição da ingerência de terceiros e do paternalismo médico na tomada de decisões destes indivíduos em matéria de saúde, tal diploma restringiu o instituto da curatela, no art. 85, *caput*, às dimensões econômica e financeira, excluindo de sua abrangência o exercício de direitos existenciais, como é o caso do direito à saúde. Neste cenário, verifica-se a problemática do consentimento informado envolvendo pacientes com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico, vez que a aferição da vontade destes constitui tarefa complexa. A limitação no discernimento dos pacientes com este perfil, suplanta, por vezes, a aspiração normativa de lhes atribuir plena autonomia para a prática de atos existenciais. Uma interpretação sistemática permitiria harmonizar o art. 85, *caput*, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, com a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência, reconhecendo-se a abrangência do campo de aplicação da curatela quanto ao exercício do direito à saúde, nos casos dos pacientes

citados. Assim, este artigo busca analisar o consentimento informado nas intervenções médicas realizadas nestes indivíduos, à luz da referida Convenção.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento informado; Relação médico-paciente; Pessoa com deficiência; Intervenção médica.

ABSTRACT: The Law n° 13.146/2015 has given full capacity to people with disabilities, promoting the re-reading of the doctor-patient relationship. Under the ideal of reducing the interference of third parties and medical paternalism in the decision-making of these individuals in health matters, this law restricted the institute of guardianship, in art. 85, caput, to the economic and financial dimensions, excluding from its scope the exercise of existential rights, as is the case of the right to health. In this scenario, the problem of informed consent involving patients with neurocognitive and psychiatric impairment is verified, since the assessment of their will constitutes a complex task. The limited discernment of patients with this profile sometimes supplants the normative aspiration of giving them full autonomy to practice existential acts. A systematic interpretation would allow the harmonization of article 85, caput, of the Statute of the Person with Disability, with the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, recognizing the comprehensiveness of the scope of application of the guardianship regarding the exercise of the right to health, in the cases of the cited patients. Thus, this article seeks to analyze informed consent in medical interventions performed on these individuals, in light of the aforementioned Convention.

KEY WORDS: Informed consent; Doctor-patient relationship; Person with disabilities; Medical intervention.

RESUMEN: La Ley n° 13.146/2015 concedió plena capacidad a las personas con discapacidad, promoviendo verdadera relectura de la relación médico-paciente. Bajo el ideal de disminución de la injerencia de terceros y del paternalismo médico en la toma de decisiones de estos individuos en materia de salud, tal diploma restringió el instituto de la curatela, en el art. 85, *caput*, a las dimensiones económica y financiera, excluyendo de su alcance el ejercicio de derechos existenciales, como es el caso del derecho a la salud. En este escenario, se verifica la problemática del consentimiento informado involucrando pacientes con comprometimiento neurocognitivo y psiquiátrico, vez que la evaluación de la voluntad de estos constituye tarea compleja. La limitación en el discernimiento de los pacientes con este perfil sobrepasa, por veces, la aspiración normativa de atribuirles plena autonomía para la práctica de actos existenciales. Una interpretación sistemática permitiría armonizar el art. 85, *caput*, del Estatuto de la Persona con Discapacidad, con la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, reconociéndose el alcance del campo de aplicación de la curatela en relación al ejercicio del derecho a la salud, en los casos de los pacientes citados. Así, en este artículo se busca analizar el consentimiento informado en las intervenciones médicas realizadas en estos individuos, a la luz de la referida Convención.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento informado; Relación médico-paciente; Persona con discapacidad; Intervención médica.

INTRODUÇÃO

No ano de 2016 passou a ter vigência a lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), elaborada com a finalidade de adequação aos termos da Convenção de Nova York de 2006, cujo conteúdo o Brasil subscreve.

A finalidade precípua da referida legislação foi a garantia da autonomia das pessoas com deficiência, por meio de uma modificação substancial na teoria das incapacidades, expressamente delineada nos artigos 3º e 4º Código Civil brasileiro de 2002.

Com as alterações, apenas os menores de 16 anos passaram a ser considerados absolutamente incapazes, enquanto os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, bem como os pródigos, continuaram a ser considerados relativamente incapazes; com o acréscimo, nesta segunda categoria, apenas daqueles que, por causa transitória e permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Veja-se que agora, diante da incapacidade absoluta, apenas o critério etário se apresenta como um aspecto restritivo do exercício de direitos, ao passo que, no campo da incapacidade relativa, tal restrição se dá em decorrência dos critérios etário e psicológico.

Diante disso, os indivíduos com enfermidade ou com deficiência mental que não tenham o necessário discernimento, bem como os excepcionais, passaram a ser considerados, pelo ordenamento jurídico pátrio, pessoas plenamente capazes.

Matéria relevante, diz respeito ao artigo 85, *caput*, do Estatuto da Pessoa com deficiência, o qual estabelece que a curatela somente diz respeito àqueles atos vinculados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. O parágrafo primeiro do mesmo artigo prossegue esclarecendo que o instituto da curatela não abarca questões que envolvam o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, ao trabalho, ao voto e à saúde, homenageando assim, a autodeterminação da pessoa com deficiência.

Houve, ademais, a supressão da figura interditória, de modo que sobrevive no regime das incapacidades, apenas a curatela - instituto de natureza excepcional, cujo teor está relacionado exclusivamente aos assuntos concernentes à vida financeira e ao patrimônio do indivíduo curatelado.

É neste contexto que está situada a questão norteadora do presente trabalho, uma vez que, mesmo após anos da vigência do atual regime da capacidade jurídica, a complexidade que envolve a tutela da autonomia das pessoas com deficiência em matéria de saúde permanece.

Será tratado neste artigo, em específico, a problemática do consentimento informado nas intervenções médicas que envolvam pacientes com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico, uma vez que a dificuldade de aferição da vontade destes pacientes é uma questão que continua a desafiar os tribunais brasileiros, havendo, portanto, a necessidade contínua de contribuições à discussão. A análise do tema se dará sob a ótica da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência.

A importância do estudo da temática reside no fato de que as pessoas com as deficiências supracitadas constituem uma parcela da população entendida como vulnerável, questão que se torna ainda mais evidente em se tratando de matéria de saúde. Ademais, as alterações promovidas pela lei nº 13.146/2015 abriram espaço para a existência de divergências na prática judicial, no que diz respeito à compreensão da autonomia do grupo abordado.

Finalmente, cumpre destacar que, relativamente ao consentimento informado, o presente trabalho se deterá apenas na análise do requisito subjetivo (capacidade para consentir) para o assentimento.

2 O CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE PARA A PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE

A expressão “consentimento informado” é usada no ordenamento jurídico pátrio para designar a aceitação ou a recusa, livre, consciente e voluntária de um paciente, no que diz respeito à realização de uma intervenção médica em seu próprio corpo. Constitui, ainda, uma obrigação ética que recai sobre o médico, que deve instruir o enfermo sobre

o procedimento e suas consequências, esclarecendo as chances de sucesso, bem como o que pode acontecer durante a recuperação, garantindo ao enfermo o direito de livre decisão.¹

Neste contexto, o médico responsável pelos cuidados de saúde está obrigado a cumprir duas prestações específicas: fornecer informações adequadas e suficientes sobre a intervenção, e privar-se de exercer a prática médica sem ou contra a volição manifestada pelo paciente. Estas prestações classificam-se como obrigações de fazer impostas ao profissional de saúde, pois imprescindível que haja o entendimento do paciente acerca da conduta médica a ser seguida, bem como o colhimento da sua declaração de vontade.²

As referidas obrigações constituem um esquema de prestação de consentimento informado visando a efetivação do direito à autodeterminação em matéria de saúde e o direito do paciente à segurança física e mental, que começa com o consentimento informado e é seguido pela prestação propriamente dita de serviços de saúde ao paciente, se este não a recusar.³

Importante trazer ao debate, a observação dos autores Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima e Gabriela Cronemberger Rufino Freitas Pires⁴:

A relação médico-paciente é assimétrica em termos informacionais, pois o médico, por exercer uma atividade profissional, detém informações privilegiadas sobre o serviço a ser prestado ao paciente. Considerada essa assimetria, sobre o médico recai a carga maior de deveres de informação, para que o paciente possa tomar a decisão de se submeter ou não ao procedimento de forma livre e soberana. O sobrepeso informacional imposto ao médico tem por escopo equilibrar a relação jurídica e preservar a autodeterminação do paciente.

Assim, possibilitar a manifestação de vontade do indivíduo, previamente à efetivação do ato médico, significa assegurar a proteção ao direito de liberdade e a preservação da autonomia do paciente, para que este seja capaz de participar de toda e qualquer decisão sobre o tratamento que lhe é proposto, retirando do cenário qualquer tipo de paternalismo médico.⁵

Dessa forma, o interesse do paciente somente se consuma, quando lhe é garantida a possibilidade de escolha quanto à efetivação dos serviços de saúde, após receber informações detalhadas, suficientes e verdadeiras sobre o tratamento a ser executado. Ambas as obrigações delineadas, embora temporalmente desconexas, possuem a mesma finalidade, qual seja: a de permitir o exercício efetivo da autonomia do indivíduo.⁶

2.1 ESTRUTURA E FUNÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado deve atender as condições subjetivas, objetivas, temporais e formais. Em se tratando da condição subjetiva, esta refere-se à capacidade de consentir e à ausência de vícios na vontade declarada. De acordo com as regras civilistas, uma pessoa com plena capacidade para realização de negócios jurídicos pode realizar pessoalmente todos os aspectos da vida civil, no entanto, a pessoa incapaz, por outro lado, não pode exercer direitos e assumir obrigações por si só. Neste cenário, o exercício pessoal de direitos demanda a presença do elemento autodeterminação, sendo invocada a possibilidade de heteroproteção, caso não seja possível ao indivíduo declarar por

¹ CLOTET J. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. Bioética, 1995, p.51-59.

² PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 130.

³ RIESTRA, Sergio Gallego. El Derecho del Paciente a la Autonomia Personal y las Instruções Previas: una Nueva Realidad Legal. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 112.

⁴ LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá; PIRES, Gabriela Cronemberger Rufino Freitas. Consentimento informado na esterilização voluntária feminina: uma análise do art. 10, §5º, da lei nº 9263/96 (lei do planejamento familiar) à luz da autonomia da mulher. Revista Arquivo Jurídico. Teresina, v. 6, n. 1, p. 1-13.

⁵ Idem.

⁶ LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá. O consentimento informado na teoria das obrigações. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29, 2021, p. 147 – 172.

si mesmo sua vontade. Daí se percebe que, pelo menos a princípio, a autodeterminação estaria vinculada à noção de capacidade negocial.⁷

No entanto, em serviços de saúde, a autodeterminação pode ser um predicativo, tanto dos mais, quanto dos menos incapacitados, porque a capacidade civil, sozinha, não tem o condão de justificar a autonomia de um indivíduo, tornando-se então inaplicáveis as regras comuns do direito civil relativas à heterorrepresentação. Como resultado, cabe ao médico, casuisticamente, avaliar o nível de discernimento e eventuais objeções levantadas pelo paciente.⁸

Neste sentido, André Gonçalo Dias Pereira tece uma crítica, argumentando que, por vezes, os diversos ordenamentos jurídicos acabam cometendo excessos quando resolvem estender o regime de representação em matéria de saúde a todas as pessoas consideradas incapazes. Em sua perspectiva, a incapacidade para consentir difere da incapacidade negocial, de modo que não se pode presumir que esta determina necessariamente aquela.⁹

O mesmo autor defende ainda, que a vinculação entre a incapacidade negocial e a incapacidade para consentir, presente na legislação de alguns países, se trata de uma escolha imoderada, por entender que não há sentido em se limitar a autonomia dos indivíduos incapazes em matéria de saúde, apenas em razão do reconhecimento jurídico do quadro de incapacidade para a concretização de negócios jurídicos. É sempre possível que, mesmo diante de um contexto de incapacidade negocial, a pessoa tenha preservada sua autodeterminação para consentir em matéria de saúde.¹⁰

Nesta mesma linha, corrobora Ana Carolina Moraes Aboin, utilizando como exemplo a situação dos pacientes menores de idade.

Se for considerada a invalidade do consentimento por falta de capacidade legal para tanto, o menor de 16 anos não poderia autorizar nenhum tipo de orientação e tratamento médico ou realização de exames em seu corpo, o que representa um absurdo. Uma vez assegurado que o menor tem capacidade cognitiva e compreensão suficiente para entender o que a decisão envolve, seu consentimento é válido. Seria incompatível com a realidade afirmar que o menor permanece sob absoluto controle de seus pais até que atinja a maioridade, e, posteriormente, adquira instantaneamente a independência. O grau de controle exercido sobre um menor depende de sua capacidade cognitiva, e esse fato deveria ser reconhecido, devendo ser analisado caso a caso se o menor tem ou não competência para dar consentimento válido. O mesmo raciocínio é válido para as outras situações de incapacidade.¹¹

Neste ponto específico, registre-se que em âmbito nacional, a análise do consentimento informado deve ser feita com maior cautela ao lidar com pacientes menores de idade, em razão da falta de um marco regulatório que contemple a autonomia e capacidade do paciente, sendo necessária, nesses casos, a verificação da autonomia dos menores a partir de uma avaliação contextualizada do ordenamento jurídico civilista.¹²

O requisito objetivo, à sua vez, refere-se à necessidade de que o bem jurídico considerado seja disponível, ou em outros termos, diz respeito à impossibilidade de disposição do próprio corpo pelo enfermo. No Brasil, o Código Civil estabelece em seu art. 13 que o paciente não pode dispor do próprio corpo quando importar na diminuição permanente de sua integridade física, com exceção dos casos em que o transplante é permitido por lei.¹³

Com relação à condição temporal, entende-se que o paciente deverá consentir com o tratamento indicado

⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 297.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

¹¹ ABOIN, Ana Carolina Moraes. *A insuficiência da teoria do negócio jurídico para o consentimento informado no âmbito da Bioética*. 2015. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

¹² PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

¹³ BRASIL, *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 01/05/2022.

pelos médicos antes que receba os cuidados necessários e/ou após o fornecimento das informações relevantes para entendimento dos riscos e benefícios da intervenção médica.¹⁴

Quanto à condição formal, isto é, quanto à maneira pela qual o paciente externará sua adesão ou recusa ao tratamento médico, esta ficará a seu critério, considerando-se que o consentimento é norteado pelo princípio da liberdade de formas, podendo esta ser informal (quando o consentimento do paciente é obtido verbalmente), e/ou formal (quando se apresenta de forma escrita, exigindo-se, neste caso, a assinatura do paciente).¹⁵

Em se tratando dessa condição formal, sobreleva-se a necessidade da preferência pela obtenção de consentimentos na forma escrita, desaconselhando-se o consentimento verbal, especialmente em casos de procedimentos considerados mais invasivos.¹⁶

Todos os requisitos abordados buscam dar efetividade e concretude à autonomia do paciente em matéria de saúde, sendo esta a função primordial do consentimento informado.

3 A RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELECTUAL PATROCINADA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR EM MATÉRIA DE SAÚDE

3.1 O REGIME DAS CAPACIDADES NA ORDEM CIVIL BRASILEIRA

De acordo com o art. 1º do Código Civil de 2002 “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”¹⁷, no entanto, cumpre destacar que nem todos reúnem condições para o exercício da capacidade de fato. Tal constatação conduziu o legislador civilista a definir expressamente circunstâncias específicas que restringem os atos praticados por determinados indivíduos.¹⁸

Em termos mais claros, o Código Civil previu hipóteses nas quais determinadas pessoas estão impedidas de, por si mesmas, agirem no mundo jurídico, haja vista possuírem uma deficiência de discernimento que compromete a manifestação livre e consciente de sua vontade.¹⁹

Na sistemática do Código Civil vigente, a capacidade de fato da pessoa é relativizada em duas dimensões: total ou parcial. A incapacidade total ou absoluta (prevista no art. 3º do CC/02) refere-se àquele contexto em que o indivíduo está totalmente obstaculizado quanto à possibilidade de praticar sozinho atos da vida civil, vez que seu grau de discernimento é considerado muito baixo. À sua vez, a incapacidade parcial ou relativa (prevista no art. 4º do CC/02) abrange as circunstâncias nas quais a pessoa goza de grau de independência e de discernimento maior, mas ainda assim, insuficiente para que possa atuar de forma isolada em todos os da vida civil.²⁰

Diante de tais constatações, o próprio Código estabeleceu mecanismos específicos para que as pessoas - consideradas total ou parcialmente incapazes - pudessem transitar na sociedade, já que sua insuficiência de compreensão da realidade não pode segregá-las do mundo jurídico. Neste sentido, estabeleceram-se formas de suprimento da incapacidade. No caso da incapacidade absoluta, o suprimento se dá por meio do instituto da representação, que

¹⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. *O Consentimento do Paciente no Direito Médico: validade interpretação e responsabilidade*. Indaiatuba-SP: Editora Foco: 2021, p.88.

¹⁵ SÁNCHEZ, Miguel Juane; LARRUGA, Javier Sanz; CASTROVERDE, José M. Gomez Y Diaz; *Lecciones de Derecho Sanitario*. Editora da Universidade da Coruña, p. 218.

¹⁶ SÁNCHEZ, Miguel Juane; LARRUGA, Javier Sanz; CASTROVERDE, José M. Gomez Y Diaz; *Lecciones de Derecho Sanitario*. Editora da Universidade da Coruña, p. 218.

¹⁷ BRASIL, *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 01/05/2022.

¹⁸ MENEZES, Joyciane Bezerra; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.

¹⁹ Idem.

²⁰ MENEZES, Joyciane Bezerra; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, mai./ago. 2016.

pressupõe maior grau de ingerência, porque a figura do representante efetivamente substitui a vontade do incapaz. Registre-se que são considerados nulos todos os atos praticados de forma isolada pelo incapaz, consoante disposto no art. 166 do CC/02.²¹

Por outro lado, quando a incapacidade for relativa, torna-se essencial o seu suprimento por meio do instituto da assistência, o qual impõe que a prática de atos pelo incapaz deve ocorrer em conjunto com aquele que o assiste. No entanto, cabe destacar que, nesta forma de restrição da capacidade, determinados atos podem ser realizados pelo incapaz sem que este esteja acompanhado, tais como a elaboração de testamento, a participação em processos como testemunha etc. Destaque-se oportunamente que, segundo o art. 171 do CC/02, são considerados anuláveis todos os atos praticados sem assistência pelo relativamente incapaz.²²

O regime das capacidades acima explicitado é importante, especialmente para a realização dos atos jurídicos de natureza patrimonial, pois estabelece diretrizes seguras para conduzir as relações jurídicas levadas a efeito pelas partes, permitindo a análise da eficácia dos ajustes realizados. No entanto, ao se analisarem as relações jurídicas de cunho existencial, algumas considerações importantes devem ser feitas. No caso deste trabalho, tais considerações serão realizadas quanto à capacidade para consentir em matéria de saúde.²³

Cumprir esclarecer que a promulgação do Estatuto da pessoa com deficiência promoveu uma alteração significativa na compreensão da autonomia do paciente com deficiência mental ou intelectual, pois o referido diploma efetuou modificações no regime das capacidades constantes do Código Civil de 2002. Antes da entrada em vigor do estatuto, o ordenamento jurídico brasileiro considerava os portadores de transtorno mental ou intelectual como absoluta ou relativamente incapazes. A retirada destes indivíduos desta condição, por meio da revogação de uma parcela dos incisos previstos no art. 3º e 4º do CC/2002, se trata de mudança substancial, com implicações nas discussões envolvendo a temática da relação médico-paciente.²⁴

3.2 A CAPACIDADE PARA CONSENTIR EM MATÉRIA DE SAÚDE

No regramento civil hodierno, a capacidade civil é aferida principalmente por meio do critério etário, embora também leve em consideração determinados elementos pessoais, ora em perspectiva singular, relativa às condições físicas e psíquicas, ora em perspectiva coletiva, referente à qualificação de um grupo, como é o caso da capacidade do indígena. No direito médico, a capacidade civil é geralmente utilizada como referência para a análise da capacidade do paciente, por se tratar de um critério objetivo que permite ao médico maior segurança em sua atuação. Tal segurança decorre do pressuposto de que um indivíduo considerado capaz para a prática de todos os atos da vida civil, seria, por conseguinte, apto também para consentir em matéria de saúde.²⁵

Entretanto, pontua-se a necessidade de se agregar ao instituto da capacidade um enfoque específico voltado para os atos de viés existencial, uma vez que a prática de atos que envolvem direitos de personalidade - especificamente os atos de disposição - exigem um tipo de capacidade qualitativamente distinta daquela voltada aos temas patrimoniais: a capacidade para consentir em matéria de saúde.²⁶

No entanto, é preciso se considerar o fato de que a capacidade para consentir em matéria de saúde difere

²¹ KIM, Richard Pae; BOLZAM, Angelina Cortelazzi. **Paradoxos decorrentes da interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre a capacidade civil.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 211 - 231/Jan/jun. 2016.

²² Idem.

²³ MENEZES, Joyciane Bezerra; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Revista Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, mai./ago. 2016.

²⁴ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência.** Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 6, 2016, p. 37 - 54, Jan/Mar, 2016.

²⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. **O Consentimento do Paciente no Direito Médico: validade interpretação e responsabilidade.** Indaiatuba-SP: Editora Foco: 2021, p.130-132.

²⁶ 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: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (org.) Bioética e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320-330.

da capacidade negocial, não se podendo presumir, por isso mesmo, que a capacidade para a realização de negócios jurídicos determina a capacidade para consentir em matéria de saúde, vez que podem ser verificadas circunstâncias nas quais um paciente possua, a exemplo, capacidade em razão de sua idade, sem que esteja psicologicamente possibilitado de realizar o ato de consentimento para a intervenção médica.²⁷

Quer-se com isso dizer, que a idade prevista no Código Civil como causa de cessação da incapacidade, não pode ser considerada, por si só, como um fator determinante para a aferição da capacidade do paciente em matéria de saúde. Daí a importância de o médico avaliar no caso concreto o nível de discernimento do paciente quanto às consequências de sua decisão.²⁸

4 A PROBLEMÁTICA DA TOMADA DE DECISÃO DO PACIENTE COM COMPROMETIMENTO NEUROCOGNITIVO E PSIQUIÁTRICO SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece, no §1º do art. 85, que as pessoas com necessidades especiais possuem plena capacidade, relativamente à prática de diversos atos de natureza existencial. No entanto, a própria realidade se apresenta como um elemento limitante, pois embora a legislação retire tais pessoas do rol de incapazes, isto, por si só, não lhes atribui a autonomia necessária para o exercício de todos os atos da vida civil. No caso dos pacientes com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico, a própria fragilização causada pela condição mental e intelectual impede o pleno exercício dos atos existenciais.²⁹

34

Como já abordado, o Estatuto estabelece no art. 85, *caput*, que a curatela se restringe aos atos relativos aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Isto impede, portanto, que o curador tome providências relativas às questões de saúde que envolvem o paciente com deficiência mental ou intelectual. A interpretação isolada desta legislação coloca o indivíduo na difícil situação de ser o responsável legal por escolhas acerca das quais se encontra, na prática, limitado.³⁰

A intangibilidade dos direitos existenciais da pessoa que experimenta uma das categorias de deficiência acima indicadas deve ser compreendida a partir do critério da razoabilidade, considerando que o reconhecimento da autonomia da pessoa com necessidades especiais trazido pelo Estatuto, não pode significar o abandono do indivíduo à sua própria sorte, para que, em qualquer circunstância, faça sozinho suas próprias escolhas. Não faz sentido conferir legitimidade a atos prejudiciais à saúde praticados pela pessoa com deficiência mental e intelectual, sob a justificativa de que possui direito sobre o próprio corpo, em virtude da autonomia para a prática dos atos da vida civil, legalmente conferida. A melhor opção, parece ser a de que, em determinadas ocasiões, caberá ao curador o papel de fazer escolhas que interfiram na saúde do curatelado.³¹

Veja-se que, no caso do Brasil, foi aprovada, em 09 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo nº 186, a Convenção da Organização das Nações Unidas - ONU que dispõe acerca dos direitos da pessoa com deficiência. A referida convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico com status de emenda constitucional, dispondo no art. 12, item 2, que: “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em

²⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

²⁸ Idem.

²⁹ TERRA, A. DE M. V.; TEIXEIRA, A. C. B. **É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?** Revista Civilística, v. 8, n. 1, p. 1-25, 28 abr. 2019.

³⁰ Idem.

³¹ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor. **A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 265.

igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.”³²

Por outro lado, dispõe no item 4, do mesmo artigo, que os Estados Partes devem garantir que todas as providências tomadas quanto ao exercício da capacidade compreendam exceções adequadas, com vistas a evitar a ocorrência de excessos que violem direitos humanos. Dispõe também que tais exceções devem ser delineadas pela consideração aos direitos, vontades e predileções da pessoa com deficiência, estar desprovidas de ingerências desnecessárias ou de conflito de interesses, e respeitar, em todo caso, o critério da proporcionalidade, levando sempre em consideração, as peculiaridades e a situação de cada indivíduo. O mesmo item acrescenta que estas ressalvas deverão ser administradas pelo menor tempo possível e reexaminadas periodicamente pela autoridade ou órgão judiciário competente.³³

Depreende-se que a Convenção traz em seu bojo a regra de que as pessoas com deficiência devem ter sua capacidade legal reconhecida, em todos os aspectos, da mesma forma que os demais indivíduos, em homenagem ao princípio da isonomia (art. 12, item 2). No entanto, o diploma abre espaço, no art. 12, item 4, para a possibilidade de que sejam adotadas medidas relativas ao exercício da capacidade legal, com a previsão de exceções que tenham como finalidade prevenir a ocorrência de abusos, desde que regidas pelo critério da proporcionalidade, levando-se em consideração as circunstâncias em que se encontra a pessoa com necessidades especiais. Verifica-se aí um espaço hermenêutico significativo para a aplicação do instituto da curatela em matéria de saúde, no caso dos pacientes com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico.³⁴

Neste raciocínio, a interpretação conjunta do Estatuto e da Convenção permite concluir que, no caso das pessoas com deficiência capazes de realizarem, por si mesmas, escolhas quanto à sua saúde, por não terem a capacidade de discernimento afetada de modo significativo, é plenamente aplicável a regra restritiva constante do art. 85, *caput*, do Estatuto.

No entanto, em se tratando das pessoas com deficiência mental ou intelectual, que experimentem uma limitação relevante em sua capacidade para consentir quanto à intervenção médica, a mitigação da autonomia permitida pela Convenção em casos excepcionalíssimos se apresenta como uma opção mais consentânea com a noção de coerência lógica do ordenamento jurídico. Tal raciocínio, em nenhum momento desprestigia a autodeterminação da pessoa com necessidades especiais promovida pelo Estatuto, mas em sentido contrário, confere maior compreensão acerca de seus limites, impedindo que a autonomia do indivíduo se transforme em seu algoz. Evita-se, desta forma, que o paciente seja relegado a uma situação de abandono, em que possa tomar decisões perigosas para a própria saúde, em virtude da impossibilidade fática de fazer escolhas razoáveis.³⁵

Assim, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência limite a curatela apenas às questões de natureza patrimonial e negocial, a noção de unidade do ordenamento jurídico, isto é, como um sistema, permite que o art. 12, item 4 da Convenção da ONU (que possibilita a adoção de medidas excepcionais relacionadas ao exercício da capacidade), tenha primazia no caso específico dos pacientes com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico, em relação ao comando proibitivo do art. 85, *caput*, do Estatuto. Viabiliza-se, desta forma, que o instituto da curatela abarque também assuntos de natureza existencial, sempre que for necessário para a proteção da dignidade e da saúde

³² BRASIL. Presidência da República. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em 28 de jun. de 2022.

³³ O art. 12, item 4 da Convenção da Organização das Nações Unidas acerca dos direitos da pessoa com deficiência prescreve: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.”

³⁴ BRASIL. Presidência da República. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em 28 de jun. de 2022.

³⁵ TERRA, A. DE M. V.; TEIXEIRA, A. C. B. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais? Revista Civilística, v. 8, n. 1, p. 1-25, 28 abr. 2019.

do paciente com este perfil.³⁶

Trata-se da adoção de uma interpretação sistemática, que em momento algum subtrai a individualidade ou o campo de incidência da legislação infraconstitucional em comento, mas permite que sua hermenêutica seja melhor entendida, em todas as suas nuances. Ao tratar deste caminho metodológico de interpretação do direito, Carlos Maximiliano lembra que

Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Confronta-se a prescrição positiva com outra que dela proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexa entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese, é mais bem compreendido.³⁷

Acrescente-se ainda a este debate, o fato de que a Convenção da ONU acerca das Pessoas com Deficiência foi incorporada ao sistema normativo brasileiro com o status de emenda constitucional,³⁸ por tratar de direitos humanos, bem como por ter obedecido o processo legislativo do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, quando da sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, de forma que, as normas nela previstas – com destaque para aquela que permite a adoção de medidas relativas ao exercício da capacidade legal, com a previsão de exceções que levem em conta as circunstâncias do indivíduo - gozam de uma posição hierárquica superior à do Estatuto da Pessoa com Deficiência, reforçando a tese de que, inobstante a proibição explícita constante do art. 85, *caput*, do Estatuto, a norma do art. 12, item 4 da Convenção da ONU, tem incontestável preferência.³⁹

Daí decorre novamente, o reconhecimento de que a curatela pode, a partir da adoção de uma interpretação sistemática, abranger o exercício dos direitos relacionados à saúde das pessoas com deficiência mental e intelectual, de tal modo que, o consentimento para intervenções médicas destas, seja prestado com o auxílio da figura de um curador, por constituir uma opção que busca, antes de qualquer coisa, a concretização de um indubitável direito fundamental.⁴⁰

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o artigo 85, *caput*, do Estatuto da Pessoa com deficiência restringe o instituto da curatela àqueles atos relacionados ao exercício de direitos de natureza patrimonial e negocial. Assim, a prática dos direitos de natureza existencial, de que são exemplos o direito ao próprio corpo e à saúde, não é abarcada pelo supracitado instituto.

Embora o Estatuto busque com essa opção prestigiar a autonomia da pessoa com necessidades especiais, acaba por gerar, na prática, uma situação de desproteção jurídica evidente, vez que, nem sempre se verificará a integridade psíquica necessária para que a pessoa com deficiência tome, por si mesma, decisões envolvendo a própria saúde.

Tal situação é mais fácil de ser visualizada no caso dos pacientes com comprometimento neurocognitivo e

³⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência.** Revista Civilística.com. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jan. jun./2015, p. 20-24.

³⁷ MAXIMILLANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 100.

³⁸ Veja-se que a referida Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico obedecendo o processo legislativo do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 ("Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"). Neste sentido é o art. 1º do Decreto Legislativo nº 188 de 2008: "Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007."

³⁹ TERRA, A. DE M. V.; TEIXEIRA, A. C. B. **É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?** Revista Civilística, v. 8, n. 1, p. 1-25, 28 abr. 2019.

⁴⁰ Idem.

psiquiátrico, já que é mais evidente, quanto a estes, a dificuldade na tomada de decisão em torno dos assuntos que envolvem o consentimento para a prática de intervenções médicas.

É neste contexto que a aplicação da interpretação sistemática se apresenta como uma perspectiva viável para enfrentar a complexidade ora tratada, considerando que, segundo esta proposta hermenêutica, a proibição verificada no art. 85, *caput*, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, permitiria ao intérprete recorrer ao disposto no art. 12, item 4 da Convenção da ONU, para possibilitar que o instituto da curatela seja aplicável relativamente ao exercício de direitos de natureza existencial, especificamente, o direito à saúde, sempre que se fizer necessário para assegurar a concretização dos direitos fundamentais da pessoa com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico.

Isso porque, o ordenamento jurídico não pode ser visto de forma fragmentada, constituído por núcleos legislativos completamente isolados e autossuficientes, mas a partir de uma perspectiva que o reconhece como um sistema. Isto nada tem a ver com a ingerência indevida do direito público sobre o direito privado, ou com ou a redução do campo de incidência do Estatuto da Pessoa com Deficiência em razão da aplicação de teorias jurídicas que desprestigiem sua individualidade e autonomia enquanto diploma legal. Trata-se, tão somente, do reconhecimento da lógica de não subversão do sistema jurídico e de sua unidade.

Assim, todo o arcabouço normativo existente acerca do exercício da capacidade legal da pessoa com necessidades especiais, tanto em nível constitucional, como em nível infraconstitucional, deve ser ponderado na busca por soluções das diversas incoerências aparentes e obscuridades trazidas à tona pela realidade.

Finalmente, restou esclarecido que a Convenção da ONU acerca das Pessoas com Deficiência foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o status de emenda constitucional, gozando assim de superioridade hierárquica em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal fato robustece a ideia de que a norma do art. 12, item 4 da Convenção da ONU deve ser privilegiada pelo aplicador da lei, em detrimento da proibição constante do art. 85, *caput*, do Estatuto, para fins de reconhecimento da aplicação do instituto da curatela, em se tratando do exercício do direito à saúde pelas pessoas com deficiência neurocognitiva e psiquiátrica, quando estas se encontrem impossibilitadas de prestarem seu consentimento para a intervenção médica.

37

REFERÊNCIAS

ABOIN, Ana Carolina Moraes. **A insuficiência da teoria do negócio jurídico para o consentimento informado no âmbito da Bioética**. 2015. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor. **A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 265.

BRASIL, **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 01/05/2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em 28 de jun. de 2022.

CLOTET J. **O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade**. *Bioética*, 1995, p. 51-59.

KIM, Richard Pae; BOLZAM, Angelina Cortelazzi. Paradoxos decorrentes da interpretação do Estatuto da Pessoa com

Deficiência sobre a capacidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 1, p. 211-231, Jan/jun. 2016.

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá. O consentimento informado na teoria das obrigações. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 29, 2021, p. 147-172.

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá; PIRES, Gabriela Cronemberger Rufino Freitas. Consentimento informado na esterilização voluntária feminina: uma análise do art. 10, §5º, da lei nº 9263/96 (lei do planejamento familiar) à luz da autonomia da mulher. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 6, n. 1, p. 1-13.

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*: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (org.) **Bioética e responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320-330.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 100.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista Civilística**, v. 4, n. 1, jan. jun./2015, p. 20-24.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6/2016, p. 37-54, Jan/Mar, 2016.

RIESTRA, Sergio Gallego. **El Derecho del Paciente a la Autonomia Personal y las Instrucciones Previas: uma Nueva Realidad Legal**. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 112.

SÁNCHEZ, Miguel Juane; LARRUGA, Javier Sanz; CASTROVERDE, José M. Gomez Y Diaz. **Lecciones de Derecho Sanitario**. Editora da Universidade da Coruña, p. 218.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **O Consentimento do Paciente no Direito Médico: validade interpretação e responsabilidade**. Indaiatupa-SP: Foco: 2021.

TERRA, A. DE M. V.; TEIXEIRA, A. C. B. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais? **Revista Civilística**, v. 8, n. 1, p. 1-25, 28 abr. 2019.