

Os limites da curatela e o consentimento livre e esclarecido da pessoa com deficiência

JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES^I

ANA PAULA VASCONCELOS^{II}

Introdução

CONSENTIMENTO é uma manifestação por meio da qual se autoriza a prática de determinado ato. Consentir carrega a ideia de permissão, de concordância. Na prática médica, o consentimento representa o exercício da autonomia pelo paciente (Kfoury Neto, 2018, p.55).

No presente trabalho, o consentimento será abordado a partir da sua importância na relação médico-paciente, discorrendo-se sobre a evolução da sua compreensão até ser visto como elemento essencial e indissociável da prática médica.

Para a obtenção do consentimento, o paciente precisa ser devidamente incluído no processo de tomada de decisões relativas ao seu corpo e à sua saúde, travando diálogos com os profissionais da saúde e recebendo todas as informações necessárias para que possa definir se quer, ou não, submeter-se a determinada intervenção.

Como resultado do diálogo entabulado entre médico e paciente e da participação desse no processo de tomada de decisões tem-se o consentimento, conduta pela qual se autoriza a prática de determinado ato. Para que seja válido, o consentimento precisa ser, também, livre e esclarecido. Ou seja, o consentimento tem como requisitos indissociáveis a voluntariedade e o efetivo esclarecimento sobre as questões relativas ao seu quadro e que embasaram a sua decisão, e não o mero repasse de informações não compreendidas em sua integralidade.

Ainda, para que seja válido é preciso que o consentimento seja dado por pessoa capaz. Sendo o consentimento a materialização do exercício da autonomia, é preciso analisar se o agente possui a capacidade para esse exercício.

Tradicionalmente, a algumas pessoas, o exercício da capacidade de forma plena e autônoma foi negado, por se entender que não teriam o discernimento necessário para a tomada de determinadas decisões. Pretendendo proteger a

pessoa, a lei costumava privá-la da sua autonomia plena, possibilitando transferir a um terceiro a responsabilidade legal para a tomada de decisões relativa a ela.

No que se refere às pessoas com deficiência, até a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão (Lei n.13.146/2015), a supressão da autonomia e a transferência do poder de decisão para um terceiro era uma constante. Com a nova lei, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), esse panorama se alterou significativamente, na medida em que se consignou não ser mais a deficiência sinônimo de incapacidade.

Com isso, alterou-se o regime de incapacidades regulado pelo Código Civil. A capacidade, sempre havida como regra, não foi excluída das pessoas com deficiência de qualquer natureza.

Ainda, no intuito de incentivar o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência e evitar interferências indevidas, houve uma significativa limitação na atuação do representante legal no âmbito da curatela. Nesse sentido, o EPD definiu que eventual restrição da capacidade poderia se dar tão somente quando da prática de atos de natureza patrimonial e negocial. A capacidade para a prática de atos existenciais, portanto, seria plena e inafastável.

Nessa esteira, sendo o consentimento livre e esclarecido, na prática médica, um ato de natureza existencial, pois relacionado à saúde, poderia se pensar que não haveria qualquer óbice à sua prática pela pessoa com deficiência, na medida em que, independentemente do grau de seu discernimento, a sua capacidade para esse tipo de decisão permaneceria intacta.

A situação, no entanto, não é tão simples, pois ainda existem desafios que precisam ser enfrentados nesse novo panorama do regime das capacidades trazido pelo EPD, especialmente no âmbito da prática médica. Ao limitar a curatela a atos de natureza patrimonial, pretendeu o EPD privilegiar o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência e restringir a abrangência das decisões tomadas pelo seu representante legal.

Contudo, o EPD deixou lacunas sobre como proceder em casos em que o curatelado não possui condições sequer minimamente de expressar a sua vontade. Poderia, nesses casos, o curador tomar decisões relativas a aspectos existenciais da pessoa com deficiência, mesmo com a vedação trazida na lei?

O presente trabalho abordará, então, a possibilidade de consentimento substitutivo no âmbito da saúde em casos de pessoas em situação de curatela, para averiguar se seria permitido ao representante legal da pessoa com deficiência decidir também sobre aspectos existenciais.

Relação médico-paciente: do paternalismo à autonomia

A relação entabulada entre médico e paciente foi, por muito tempo, pautada pela superioridade do poder decisório do médico sobre o corpo e a saúde do paciente. Por ser ele o detentor do conhecimento técnico, não se imaginava questionar as opiniões e prescrições dadas pelo médico, pois a ideia era a de que

ninguém além desses profissionais teria condições de definir o que seria melhor para a saúde do paciente.¹

Esse paternalismo evidenciado na prática médica teve como consequência a completa desconsideração das opiniões e das vontades do paciente, que não tinha espaço para interferir no âmbito das decisões tomadas pelos médicos.²

As ciências médicas em muito avançaram ao longo dos anos, o que acarretou o aumento do poder de intervenção na vida e na saúde dos pacientes, demandando uma maior prudência e uma maior ponderação quando da atuação médica, especialmente no que se refere às suas consequências.

O aumento do poder de intervenção na vida das pessoas acabou por trazer à tona dilemas ainda não vividos no âmbito da prática médica. Passou-se a repensar o papel do paciente, se mero expectador da atuação médica, ou se alguém detentor do direito de opinar e consentir sobre a prática médica à qual se submeteria.

Um ponto marcante para a alteração de paradigma no que se refere ao respeito à autonomia e à dignidade do paciente nas relações de saúde, foram as atrocidades cometidas pelos médicos nazistas na Segunda Guerra Mundial, com as quais as pessoas, evidentemente, não consentiram. Pessoas foram submetidas a experimentos atrozes praticados em prol de um suposto desenvolvimento científico sem obviamente terem consentido com essas práticas.

Como consequência do julgamento dos médicos nazistas pelos crimes praticados, deu-se a promulgação do Código de Nuremberg, que traz princípios que devem ser observados quando da realização de pesquisas médicas com seres humanos. O primeiro princípio dispõe, de maneira bastante clara e direta, que o consentimento é absolutamente essencial.

A partir desse momento, passou-se a pensar não apenas no papel do médico como supostamente o único capacitado para decidir sobre a saúde do paciente, mas, principalmente, passou-se a ver o paciente como sujeito passível de se autodeterminar.

Houve, com isso, uma maior valorização da autonomia do paciente, que passou a integrar o processo de tomada de decisão relativo à sua esfera de vida. E o reconhecimento da autonomia do paciente refletiu, também, no reconhecimento de que existe um dever de se respeitar essa autonomia. E é a partir dessa constatação que se pode pensar o consentimento no âmbito da atuação médica.

O consentimento, nesse quadro, é a concretização do respeito à autonomia do paciente. Com a valorização e respeito à vontade do paciente e de seu poder de autodeterminação, houve uma profunda reformulação na atuação médica, especialmente no que se refere à interação entre médico e paciente na busca pelo consentimento.

O consentimento livre e esclarecido e seus elementos

Sendo uma derivação do exercício da autonomia, é por meio do consentimento que o paciente dá a autorização necessária para que eventual intervenção médica seja realizada. Essa permissão é voluntária, e é dada após diálogo que

permita a compreensão de informações suficientes para que o paciente tenha condições de tomar essa decisão e de exercer plenamente a sua autonomia.

Sobre a essência do consentimento livre e esclarecido, Miguel Kfoury Neto (2018, p.55) afirma que

[...] o consentimento informado representa mais do que mera faculdade de escolha do médico, de dissenso (ou recusa) sobre uma terapia, ou mero requisito para afastar o espectro da negligência médica. A obtenção do consentimento representará o corolário do “processo dialógico e de recíprocas informações” entre médico e paciente, a fim de que o tratamento possa ter início.

Embora atualmente o consentimento já seja visto como requisito indissociável da atuação médica, ainda existem dificuldades a serem enfrentadas na sua obtenção.

Para que se viabilize a efetiva participação do paciente no processo de tomada de decisões sobre a sua saúde, é preciso que seja devidamente esclarecido sobre o procedimento ao qual se submeterá, sobre o prognóstico, os benefícios e as consequências dos tratamentos disponíveis, para que, a partir daí, possa optar por sujeitar-se ou não a determinado procedimento.

O consentimento, portanto, para ser válido, precisa ser decorrente de um processo voluntário de compreensão suficiente a ponto de permitir à pessoa ter condições de optar por submeter-se ou não a determinado tratamento ou pesquisa.

Atualmente, não se pode conceber a prática médica sem a obtenção prévia de consentimento do paciente ou, ao menos, sem a busca incessante a tanto. É uma pré-condição ética e legal (Biondo-Simões et al., 2007), pautada pelo respeito à autodeterminação do paciente, inerente à sua dignidade.

Como o paciente não tem a capacitação técnica para determinadas escolhas, para que o consentimento seja alcançado em sua integralidade não basta que lhe sejam meramente repassadas informações carregadas de termos técnicos relativas aos procedimentos sugeridos. As informações repassadas ao paciente para permiti-lo exercer sua autonomia e eventualmente exarar a sua concordância devem ser claras, acessíveis, de fácil compreensão.

Aqui, o diálogo e a troca de informações entre médico e paciente são essenciais à compreensão deste sobre sua situação e sobre o que lhe está sendo proposto. Essas informações consideram não apenas os aspectos técnicos repassados pelo médico, mas também os desejos e anseios do paciente. Por isso é que se diz que a busca pelo consentimento livre e esclarecido na saúde é um processo compartilhado de tomada de decisão (Guz, 2010).

Relativamente à forma, não há obrigatoriedade de que a obtenção do consentimento se dê de maneira escrita.³ É claro que a documentação escrita tende a trazer maior segurança tanto para o paciente quanto para o médico sobre o que efetivamente foi discutido e acordado entre ambos. Todavia, o essencial nesse

momento é que exista a certeza de compreensão, pois a compreensão é requisito essencial à validade. Em casos de pessoas analfabetas, por exemplo, o fato de ser escrito não assegura a efetiva compreensão das informações repassadas, tampouco resguarda o médico, de modo que devem ser pensadas soluções alternativas.⁴

Embora já se tenha pontuado a imprescindibilidade da busca pelo consentimento, existem algumas situações excepcionais que autorizam a sua dispensa. Em emergências em que há risco de morte ou de dano permanente, e que a pessoa está inconsciente, é dever do médico, pautando-se sempre nos princípios da beneficência e não maleficência, fazer o que estiver ao seu alcance para salvar a vida, independentemente da manifestação expressa do paciente. Nesses casos, pode-se dizer que o consentimento é presumido (Fortes, 1994).

Ainda no que se refere aos requisitos de validade do consentimento, é preciso que esse seja voluntário e que seja dado por pessoa capaz.

Relativamente à voluntariedade, é imprescindível que a decisão tomada pelo paciente seja livre, sem qualquer interferência inadequada. E por ser voluntário, o consentimento é passível de revogação a qualquer tempo.

No que refere à capacidade do agente, tem-se que o consentimento, para ser válido, precisa ser dado por pessoa capaz. A capacidade de fato para o exercício de atos da vida civil encontra-se regulada nos artigos 3º e 4º do Código Civil. Muito se questiona se essa regulamentação seria suficiente para atestar a capacidade para a externalização do consentimento no âmbito da saúde, na medida em que pautada por uma ideia de proteção patrimonial.⁵

Independentemente da adequação ou não do regime das capacidades para a tomada de decisão no âmbito da saúde, o fato é que a capacidade é elemento essencial à validade do consentimento.

Na ausência de capacidade plena, a responsabilidade pela tomada de decisão é repassada ao representante legal, restando ao paciente tão somente exarar o seu assentimento, quando possível.⁶ Nesses casos, a autonomia não é exercida diretamente pelo paciente, de modo que o consentimento também não o é, sendo, por vezes, substituído pela vontade do representante.

As alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das capacidades

Em 2015 foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que se destina “a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (art. 1º). Essa lei foi estabelecida a partir da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência assinada em 2007, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto n.6.949/2009.

A mencionada lei positiva uma série de direitos e garantias para as pessoas com deficiência, que são definidas pelo art. 2º do EPD como aquelas que têm “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua parti-

cipação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

O próprio conceito de deficiência trazido no EPD demonstra o propósito dessa legislação, que tem como um dos principais objetivos ampliar a participação da pessoa com deficiência na sociedade, valorizando a sua autonomia e a possibilidade de dispor sobre aspectos relativos à sua própria esfera de vida. Além disso, busca-se também promover igualdade substancial entre essas pessoas e os demais integrantes da sociedade, garantindo mecanismos para que haja uma adaptação da sociedade a permitir a integração efetiva de pessoas com deficiência, em paridade de condições.

Para alcançar esses objetivos, o EPD alterou significativamente o regime das capacidades disposto no Código Civil. Embora todos possuam capacidade de direito, ou seja, a capacidade para ser sujeito de direitos, nem todos possuiriam a capacidade de fato para praticar os atos da vida civil de maneira autônoma, e foi nesse ponto que o EPD em muito avançou na busca pelo reconhecimento da liberdade individual das pessoas com deficiência, na promoção da igualdade e na vedação de qualquer tipo de discriminação que possam vir a sofrer.

Antes das modificações promovidas pelo EPD, o Código Civil negava a capacidade plena: aos menores de 16 anos; aos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil; e aos que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Para o legislador da época, essas pessoas seriam absolutamente incapazes e, por isso, não poderiam praticar qualquer ato da vida civil de forma autônoma; para tanto, deveriam ser representados.

Ainda na redação anterior do Código Civil, consideravam-se relativamente incapazes: os maiores de 16 anos e menores de 18 anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródi-gos. Para a legislação então em vigor, a vontade dessas pessoas possuiria alguma relevância, e a prática de alguns atos da vida civil era permitida, e para outros atos, deveriam ser assistidos.

A limitação da capacidade se dava, a princípio, com o intuito de proteger algumas pessoas que, para a lei, teriam alguma redução na compreensão de seus atos. Essa proteção, no entanto, sempre foi de caráter patrimonial, pois o que se garantia com o impedimento da prática de atos da vida civil sem a devida assistência ou representação era tão somente que a pessoa não dispusesse do seu patrimônio da maneira como bem entendesse, ou que pudesse ser influenciada por terceiros de má-fé a realizar transações que viessem a esvaziar o seu patrimônio.

Todavia, essa excessiva proteção patrimonial da pessoa acabava por ofuscar e limitar também sua autonomia, liberdade e dignidade, em última análise, a sua existência. A preocupação com a segurança patrimonial acabava por descon-

siderar os aspectos de natureza existencial das pessoas com deficiência, o que enfraquecia o caráter protetivo dessa limitação.

A partir das alterações promovidas pelo EPD no regime das capacidades, passa a ser considerado absolutamente incapaz apenas o menor de dezesseis anos. As pessoas com o discernimento reduzido, em razão de deficiência mental ou intelectual, são tratadas pela lei como capazes; em alguns casos, talvez como relativamente incapazes, caso possam ser descritas como aquelas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade, o que também é discutível (uma pessoa totalmente impossibilitada de exprimir sua vontade deve ser, mesmo, considerada apenas relativamente incapaz?)

Isso, conjuntamente à preocupação com a dignidade e a promoção da igualdade e não discriminação da pessoa com deficiência, fez com que o EPD trouxesse, em seu art. 6º, que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa.

Fica bastante claro, portanto, com a nova disciplina legal, que a deficiência (física, sensorial, mental ou intelectual), por si só, não é suficiente para afetar a capacidade de fato da pessoa, e que por isso deve ser permitida a prática de atos da vida civil, principalmente os de natureza existencial.

Com esse novo panorama do regime das capacidades, pode-se identificar uma série de reflexos relevantes em todo o ordenamento jurídico. Têm especial importância aqueles que impactaram diretamente nos mecanismos de apoio previstos no Código Civil e no Código de Processo Civil, pois guardam relação intrínseca com o exercício da liberdade e autonomia da pessoa com deficiência.

A curatela, que anteriormente era tida como regra em casos de pessoas com discernimento reduzido, a partir do EPD passou a ser medida excepcional, que continuará sendo decretada em procedimento judicial de jurisdição voluntária.⁷

O EPD estabelece que a curatela poderá afetar tão somente questões relativas ao patrimônio da pessoa com deficiência (artigo 85), não podendo ter ingerência em questões de natureza existencial. Essa limitação converge com a liberdade e a valorização da vontade que se pretende dar à pessoa com deficiência.

Existem situações, no entanto, em que a pessoa com deficiência não tem condições, sequer minimamente, de se expressar, sobre qualquer aspecto, seja de ordem patrimonial, seja de ordem existencial. Como proceder nesses casos, então, em sendo necessária a tomada de alguma decisão relativa à saúde dessa pessoa, considerando a limitação da curatela imposta pelo EPD?

A limitação da curatela a atos patrimoniais e a validade do consentimento substitutivo do curador

A capacidade é, talvez, um dos pontos mais delicados no que se refere aos elementos do consentimento livre e esclarecido, e que influencia o desempenho dos demais. Dentre os requisitos para a caracterização do consentimento livre e esclarecido, está o que exige que este seja dado por quem seja capaz. Mas será que o regime das capacidades seria suficiente para delimitar quem seria capaz ou não para consentir sobre aspectos inerentes à sua saúde?

Antes mesmo das alterações promovidas pelo EPD, muito já se questionava sobre a adequação do regime das capacidades previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil, a resoluções de questões atinentes à esfera existencial.⁸

Isso porque todo o Código Civil foi idealizado a partir de uma visão patrimonialista, não tendo sido diferente com o regime das capacidades, que foi elaborado com o intuito de regular e conferir segurança a negócios jurídicos envolvendo o patrimônio das pessoas.

A capacidade para a prática de atos de natureza existencial pauta-se, no entanto, por uma lógica diversa. A compreensão necessária à tomada de decisão no âmbito da saúde não pode ser colocada em categoria estanque como se dá na regulamentação jurídica da capacidade.

É preciso que se analise o grau de vulnerabilidade da pessoa e o seu grau de compreensão. No âmbito da Bioética, dificilmente se considerará um adulto completamente inapto para tomar decisões. A capacidade deve ser aferida em cada ato que será praticado, e não como um atributo geral que acomete todas as esferas de decisão da pessoa. Alguém que pode não ter o discernimento para a prática de transações patrimoniais, por exemplo, pode ter condições de compreender e decidir sobre a sua saúde.

Percebe-se, portanto, que nem sempre o exercício da autonomia está em consonância com as limitações impostas pelo regime das capacidades.

E foi nessa linha que o EPD em muito avançou na promoção do exercício da autonomia e da inclusão da pessoa com deficiência. Além de ter alterado o regime das capacidades previsto no Código Civil para que deficiência não seja mais sinônimo de incapacidade, o EPD consignou que a capacidade civil da pessoa com deficiência para a prática de atos de natureza existencial não será afetada.

Dentro dessa ideia, independentemente de eventual restrição do pleno exercício da capacidade pela pessoa com deficiência na esfera patrimonial, a capacidade para a prática de questões existenciais permanece. Assim, sendo a saúde questão de natureza eminentemente existencial, a capacidade necessária para externar consentimento livre e esclarecido existe.

Corroborando o incentivo ao exercício da autonomia da pessoa com deficiência, o artigo 85 do EPD dispõe de maneira expressa que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Em seu parágrafo primeiro, aponta que a “definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

Da leitura desses dispositivos depreende-se que a curatela não pode exceder direitos de natureza patrimonial e negocial, logo, não tem o condão de interferir sobre pontos atinentes à esfera existencial da pessoa.

Contudo, o EPD contém, em seu texto, algumas incongruências. Embora incisivo na limitação da curatela e na promoção da autonomia da pessoa com

deficiência, ao tratar da saúde permite, em alguma medida, que as funções do curador extrapolem àquelas estritamente relacionadas a negócios e patrimônio.

A necessidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido é abordada quando o EPD trata dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, no capítulo dedicado ao direito à vida. O artigo 12 dispõe que “o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica”.

Extrai-se, dessa regra, que a imprescindibilidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido nas relações de saúde estende-se também a pessoas com deficiência mental/intelectual. E por ser o consentimento a concretização do exercício da autonomia, deve ser dado pela própria pessoa com deficiência. Para tanto, deverão ser empenhados todos os esforços necessários para integrá-la no processo de tomada de decisão, fornecendo todos os meios necessários para garantir a sua compreensão.

A despeito da limitação da curatela a atos de natureza negocial e patrimonial, o referido artigo 12 abre espaço para que a curatela interfira também em questões de natureza existencial. Consta, em seu §1º, 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”.

Se em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela deve ser assegurada a sua participação no maior grau possível para a obtenção de consentimento, conclui-se que é possível que o consentimento seja externado pelo seu curador.

Logo, a limitação da curatela a direitos de natureza negocial e patrimonial comporta exceções, já que o EPD permite a atuação do curador relativamente a direitos de natureza existencial em alguns pontos, como naquele que se refere ao consentimento livre e esclarecido nas relações de saúde.

Tudo indica que a exceção é acertada. Ao limitar a curatela a questões de natureza negocial e patrimonial, a intenção do EPD foi privilegiar o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência e evitar ingerências indevidas por parte de seu representante legal. Essa limitação converge com a liberdade e a valorização da vontade que se pretende dar à pessoa com deficiência mental.

É preciso considerar, no entanto, que o que se pretende evitar é a ingerência indevida na liberdade da pessoa com deficiência. Deve-se ter presente que o intuito da curatela é proteger a pessoa do curatelado. Pautando-se por essa ideia de proteção, pode-se pensar na extensão da curatela para direitos de natureza extrapatrimonial, quando esta se fizer necessária para exercer a proteção de forma plena.

Ademais, embora nada conste no EPD nesse sentido, há que considerar que existem níveis de deficiência mental/intelectual, sendo que algumas pessoas não possuem condições mínimas de compreensão e expressão. Para essas, a restrição da curatela a direitos de natureza negocial e patrimonial significaria o seu

desamparo para todas as outras questões, já que não teriam como agir senão por meio de seu eventual curador. Não parece ser essa, contudo, a intenção do EPD.

Nessa ordem de ideias, considerando-se as disposições do EPD sobre o direito à vida e o caráter protetivo dos mecanismos de apoio, é possível entender pela admissibilidade de obtenção do consentimento substitutivo, pelo qual o curador externa em prol do curatelado o consentimento livre e esclarecido necessário nas relações de saúde.

Para que esse entendimento esteja em consonância com os objetivos do EPD no que se refere à autonomia e à liberdade da pessoa com deficiência, é imprescindível que haja a tentativa constante de inclusão da pessoa com deficiência mental/intelectual no processo de tomada de decisão, considerando-se as suas limitações de compreensão e sua vulnerabilidade para, sempre que possível, buscarem-se meios para superá-las na busca pelo seu consentimento.

Conclusão

O consentimento é elemento essencial na prática médica, pois representa a materialização da autonomia do paciente e o respeito à sua dignidade.

A partir do consentimento é que o paciente pode se autodeterminar e optar por submeter-se, ou não, a determinada intervenção. Superado o momento em que se evidenciava o paternalismo do profissional da saúde, não se pode mais conceber a prática médica dissociada da integração do paciente no processo de tomada de decisão sobre questões atinentes à sua saúde.

Para que o consentimento seja válido, é preciso que seja livre e esclarecido, ou seja, é preciso que seja decorrente de um processo voluntário de diálogo travado entre médico e paciente a ponto de permitir a este compreensão suficiente para que possa optar por submeter-se ou não a determinado tratamento ou pesquisa.

Ainda dentro dos requisitos de validade, o consentimento precisa ser dado por pessoa capaz. A algumas pessoas, no entanto, o exercício da capacidade plena é negado.

O EPD repaginou o regime das capacidades previsto nos art. 3º e 4º do Código Civil. Essas alterações se deram com o objetivo de garantir à pessoa com deficiência o exercício autônomo dos seus direitos e liberdades fundamentais.

Para assegurar esses objetivos, o EPD restringiu a liberdade de atuação dos eventuais curadores nos mecanismos de apoio voltados à pessoa com deficiência mental/intelectual. A curatela, a partir das alterações promovidas, passou a ser medida excepcional, e limitada a questões de natureza patrimonial e negocial.

No entanto, a despeito dos notáveis avanços do EPD direcionados à inclusão e à valorização da liberdade e da autonomia da pessoa com deficiência, a legislação deixou algumas lacunas que precisam ser supridas, especialmente no que se refere àquelas pessoas que não têm condições, sequer minimamente, de se expressar.

Nesses casos, limitar a curatela à prática tão somente de natureza negocial e patrimonial representaria o desamparo da pessoa com deficiência para todas as outras questões.

Ao tratar do direito à vida, o EPD estabelece a imprescindibilidade de se obter o consentimento prévio, livre e esclarecido no âmbito das relações de saúde. Evidente que a obtenção do consentimento externado pela própria pessoa com deficiência é o ideal a ser buscado nas relações de saúde. Mas, embora o EPD não tenha aprofundado essas diferenças, é preciso considerar que existem níveis de deficiência mental/intelectual, e que pessoas com deficiência mental/intelectual severa possuem relevantes limitações no âmbito da sua compreensão, não tendo, em razão disso, mínimas condições para fazer escolhas, ainda que sobre a sua própria saúde.

Da leitura do EPD quanto à limitação da curatela às questões de natureza patrimonial e negocial, seria possível concluir que o curador não estaria autorizado a tomar decisões relativas à esfera existencial do curatelado, independentemente das condições que este possuísse para tomá-las autonomamente.

Assim, sendo o consentimento para a prática médica um ato de natureza existencial, não estaria o curador autorizado a externá-lo, mesmo que o assistido não tivesse condições de assim proceder. Essa, no entanto, não parece ser a solução que melhor atende à proteção que se pretende conceder por meio da curatela.

Nesses casos, do presente estudo conclui-se ser possível a obtenção do consentimento substitutivo, externado pelo curador, a despeito das limitações da curatela dispostas no EPD. Isso porque, o que se pretendeu, com a limitação da curatela, foi evitar ingerências indevidas na esfera existencial da pessoa com deficiência, mesmo nas hipóteses de deficiência mental/intelectual. É, portanto, uma maneira de se proteger a sua autonomia e a sua dignidade. Contudo, essa preocupação com a autonomia da pessoa com deficiência não pode ser utilizada como instrumento para prejudicá-la quando essa autonomia não puder ser por ela exercida, colocando em risco questões igualmente relevantes, como a sua saúde.

Conclui-se, com base no que foi ponderado neste breve estudo, pela possibilidade de consentimento substitutivo no âmbito da saúde em casos de pessoas com deficiência mental/intelectual. Por evidente, nos estritos limites do decidir em relação à curatela, deverá o julgador ponderar sobre a extrema vulnerabilidade da pessoa com deficiência, no caso concreto, e permitir ao curador decidir também sobre alguns aspectos existenciais, sempre que a pessoa do curatelado não puder autonomamente assim proceder.

Notas

- 1 Sobre o papel do médico como verdadeiro salvador, ver Andrade Jr. (2000, p.21-9).
- 2 Sobre essa infantilização do paciente, ver Nalini (2000, p.60).
- 3 De acordo com o artigo 107 da Lei n.10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.
- 4 Em casos de analfabetismo, a lei civil costuma exigir, nas negociações em geral efetuadas mediante escritura pública, a assinatura a rogo, ou seja, que outra pessoa assine pelo analfabeto ali presente (artigo 215, § 2º, da Lei n.10.406/2002 – Código Civil Brasileiro). Mas essa exigência formal não parece solucionar o problema da efetiva compreensão.
- 5 As incapacidades estabelecidas na lei civil brasileira decorrem da noção clássica de pessoa, da qual se esperava discernimento suficiente para cumprir sua função de sujeito de relações jurídicas patrimoniais, mero instrumento do Direito Civil, em apoio ao fortalecimento dos objetos do Direito (Hattenhauer, 1987, p.19).
- 6 A Recomendação 1/2016 do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre o consentimento livre e esclarecido na prática médica e traz, em seu item 4.1, as hipóteses em que se busca a obtenção do assentimento do paciente: “o assentimento livre e esclarecido consiste no exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar”.
- 7 Fredie Didier Jr. (2013, p.134) explica que “a jurisdição voluntária é uma atividade estatal de integração e fiscalização. Busca-se do Poder Judiciário a integração da vontade, para torná-la apta a produzir determinada situação jurídica. Há certos efeitos jurídicos decorrentes da vontade humana, que somente podem ser obtidos após a integração dessa vontade perante o Estado-juiz, o que faz após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado”.
- 8 Sobre a inadequação da teoria das incapacidades para a resolução de aspectos relacionados à esfera existencial, ver Aguiar e Barboza (2017) e Albuquerque (2018).

Referências

- AGUIAR, M.; BARBOZA, A. S. *Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido*. 2017. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22942>>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- ALBUQUERQUE, A. *Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico-normativo*. 2018. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/jatsRepo/783/78355810014/html/index.html>>. Acesso em: 27 nov. 2019.
- ALMEIDA, E. H. R. de. *Dignidade, autonomia do paciente e doença mental*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/571/543>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- ANDRADE JUNIOR, M. A. M. Marcadores atuais da relação médico-paciente: o palco atual onde transcorre o trabalho médico. Determinantes da deflagração dos processos judiciais pacientes x médicos. In: TEIXEIRA, S. de F. (Coord.) *Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.21-9.

- BIONDO-SIMÕES, M. de L. P.; MARTYNETZ, J.; UEDA, F. M. K.; OLANDOSKI, M. *Compreensão do termo de consentimento informado*. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912007000300009>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- COHEN, C.; SALGADO, M. T. M. *Reflexão sobre a autonomia civil das pessoas portadoras de transtornos mentais*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/163>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- COSAC, D. C. dos S. *Autonomia, consentimento e vulnerabilidade do participante de pesquisa clínica*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1066>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- DANELUZZI, M. H. M. B.; MATHIAS, M. L. C. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.66, 2016.
- DIDIER JUNIOR, F. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15.ed. Salvador: JusPodvim, 2013. p.134.
- FORTES, P. A. de C. *Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido*. 1994. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/458>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- GAGLIANO, P. S. É o fim da interdição? Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- GUZ, G. *O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros*. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13197>>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- HATTENHAUER, H. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel, 1987. p.19.
- KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- LÓBO, P. L. N. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- MATOS, A. C. H.; OLIVEIRA, L. Z. de. Além da convenção de Nova Iorque; além do estatuto da pessoa com deficiência: reflexões a partir de uma compreensão crítica dos direitos humanos. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, v.16, p.11-29, 2016.
- MEIRELLES, J. M. L. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: MENEZES, J. B. de. (Org.) *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.
- NALINI, J. R. Reflexões sobre a ética médica. In: TEIXEIRA, S. de F. (Coord.) *Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.60.
- _____. *A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente*. Disponível em: <<http://revistaiber.responsabilidadecivil.org/iber/article/view/18>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

RESUMO – O presente trabalho aborda a possibilidade de consentimento substitutivo no âmbito da saúde em casos de pessoas em situação de curatela, para averiguar se seria permitido ao representante legal da pessoa com deficiência decidir também sobre aspectos existenciais. Para tanto, apresenta-se uma análise do consentimento livre e esclarecido como materialização do respeito à autonomia do paciente, e dos seus requisitos de validade, especialmente no que se refere à capacidade. São analisadas, também, as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para promover a inclusão e a autonomia da pessoa com deficiência, especialmente no que se refere aos limites da curatela.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento livre e esclarecido, Autonomia, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Curatela.

ABSTRACT – The present work will address the possibility of substitutive health consent in cases of people in situation of guardianship, to ascertain whether the legal representative of the person with disabilities would be allowed to decide also on existential aspects. Therefore, an analysis of free and informed consent will be made as materialization of respect for the patient's autonomy, and their validity requirements, especially regarding capacity. The changes promoted by the Statute of Persons with Disabilities to promote the inclusion and autonomy of persons with disabilities, especially regarding the limits of guardianship, will also be analyzed.

KEYWORDS: Informed consent, Autonomy, Statute of Persons with Disabilities, Guardianship.

Jussara Maria Leal de Meirelles é mestra e doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, e pós-doutorada no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procuradora Federal aposentada. @ – jumeirelles29@gmail.com / <https://orcid.org/0000-0003-3755-603X>.

Ana Paula Vasconcelos é especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Bacellar. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Capes-Proex. Advogada. @ – anapaula@vasconcelosadvocacia.adv.br / <https://orcid.org/0000-0002-7715-1929>.

Recebido em 6.12.2019 e aceito em 4.4.2020.

^{1,11} Universidade Católica do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, Paraná, Brasil.