O Consentimento Informado e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Escolha das Pessoas com Deficiência Psíquica na Relação Jurídica Médico-Paciente

RAFAEL RAPOSO DA CÂMARA AULER

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (PPGD-UFAM); Advogado; e-mail: rafael.auler@hotmail.com.

RODRIGO OLIVEIRA ACIOLI LINS

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM); Advogado; Mestrando em Letras e Artes pelo Programa de Pós-Graduação em Letras e Artes da Universidade do Estado do Amazonas (PPGLA-UEA); Especialista em Direito Civil pela PUC Minas; Professor de Direito da Universidade Nilton Lins; e-mail: samaro36@hotmail.com.

JULIANO RALO MONTEIRO

Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013); Coordenador do Curso de Direito da Universidade Nilton Lins; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas; Professor da Faculdade Martha Falcão | Wyden; Associado ao Instituto de Direito Privado; Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo; e-mail: ralojuliano@gmail.com.

RESUMO: O Brasil se tornou signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência realizada em Nova Iorque no ano de 2007, sendo incorporado ao Direito interno mediante o quórum constitucional do art. 5º, § 3º, o que lhe garante *status* de emenda constitucional, sendo aplicável ao direito brasileiro mediante a Lei Brasileira de Inclusão. Inobstante o intento fosse uma autonomia maior sem perda na proteção, tal mudança retirou algumas proteções das pessoas com deficiência, o que causa discussão da doutrina se isso não fere a dignidade humana com a maior vulnerabilidade, sobretudo, em questões existenciais inseridas na relação jurídica médico-paciente e no consentimento informado. Por essa razão, por meio do método dialógico verificar-se-á qual o real impacto da inovação legislativa através da análise de autores que já se debruçaram sobre a temática, ainda que de maneira lateral.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei Brasileira de Inclusão. Relação Jurídica Médico-Paciente. Consentimento Informado. Autonomia.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Convenção de Nova Iorque: a Capacidade Civil das Pessoas com Deficiência e as Salvaguardas Possíveis. 3 O Consentimento Informado no Direito Brasileiro e a Necessidade de Proteção da Pessoa com Deficiência na Relação Jurídica Médico-Paciente. 4 Aplicação de Salvaguarda quanto à Questão Existencial: a Questão do Consentimento Informado da Pessoa com Deficiência. 5 Considerações Finais. 6 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

O consentimento é a chave para que um negócio jurídico seja realizado na medida em que configura o sustentáculo da autonomia privada, consistente na liberdade de poder se aquiescer com o que se deseja fazer.

Além disso, uma importante característica para que o referido consentimento seja validado é a necessidade de que ele seja obtido por uma pessoa que tem total discernimento dos impactos presentes e futuros dos atos praticados. Em outras palavras, quem aquiesce com algo deve estar informado das consequências factuais e jurídicas que isso eventualmente venha gerar.

Da justaposição do consentimento com a devida informação, vem o chamado consentimento informado que regula a relação jurídica médico-paciente, por exemplo, bem como outros negócios jurídicos que dele demandem como requisito de validade para sua constituição.

Contudo, surge uma problemática advinda do Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual seja, como fica o consentimento informado das pessoas que possuem acentuado grau de deficiência psíquica/intelectual? Ora, malgrado terem sido tornados plenamente capazes – ou relativamente incapazes em alguns casos – em razão da edição da Lei Brasileira de Inclusão, de que maneira podem emitir vontade, bem como estarem plenamente informados dos riscos de determinado tratamento.

Por essa razão, de maneira dialógica entre os autores que refletiram sobre as temáticas centrais e tangenciais da presente temática, deve-se investigar de que forma pode-se obter o Consentimento Informado das pessoas com deficiência psíquica em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, buscar-se-á investigar quais foram os direitos e garantias oriundos da Convenção de Nova York sobre Pessoa com Deficiência, observando seus impactos e real alcance, a fim de se estabelecer o que as pessoas com deficiência no Brasil possuem como garantias, haja vista o caráter constitucional da referida norma, por ter sido a primeira norma aprovada seguindo os preceitos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Além disso, discorrer-se-á sobre o real significado de consentimento informado à luz do ordenamento jurídico brasileiro; isto é, onde se pode aplicar o referido instituto na relação jurídica médico-paciente.

Em caráter derradeiro, buscando esclarecer o cerne do problema, será investigado de que forma ocorre o Consentimento Informado da pessoa com relevante deficiência psíquica, se este é possível de existir e como se faz para a sua obtenção, tendo em vista que por expressa previsão legal, a curadoria não se aplica a atos existenciais.

2 Convenção de Nova Iorque: a Capacidade Civil das Pessoas com Deficiência e as Salvaguardas Possíveis

Em 30 de março de 2007, foi assinada em Nova Iorque a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Tal acordo internacional teve a sua ratificação feita em território pátrio através do Decreto Legislativo nº 186 em 9 de julho de 2008, regulamentado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, e representou o primeiro tratado internacional que versava sobre direitos humanos aprovado pelo quórum qualificado descrito no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, conferindo-lhe o *status* de norma constitucional.

Uma das principais preocupações da Convenção era com a igualdade, o que pode ser observado tão logo no Artigo 12 da referida Convenção:

“Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. 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, apliquem-se 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.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.” (BRASIL, 2009)

Da leitura do item dois do dispositivo supracitado, observa-se a necessidade de alteração de como era vista a capacidade das pessoas com deficiência no Brasil. Coube ao legislador pátrio, então, rever o conceito outrora consolidado de capacidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que motivou a edição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Em consonância com o parâmetro normativo internacional, a lei pátria veio assegurar a toda pessoa com deficiência a igualdade de oportunidade com as demais pessoas, vedando qualquer espécie de discriminação, restrição ou exclusão, por ação ou omissão que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência (art. 4º, § 1º).

Trata-se, pois, de uma lei que busca a igualdade e que, em seu art. 6º, expressamente, afirma que a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (BRASIL, 2015).

Com efeito, como bem destacam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017, p. 338), atendida na proteção internacional pactuada pelo Brasil, a nova redação imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência impôs significativas inovações no regime das incapacidades, absoluta e relativa. Houve uma revisão da teoria das incapacidades.

Inobstante as pessoas com deficiência passem a ser, como regra, plenamente capazes, nos termos do item 4 do Artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, facultou-se aos Estados-Partes o estabelecimento de “salvaguardas apropriadas e efetivas a prevenir abusos” em face delas.

Na visão de Luíza Resende Guimarães (2019, p. 35), ao reinterpretar texto de Francisco Bariffi (2014, p. 497-498), o entendimento a ser dado

ao documento internacional é no sentido de que os Estados não estariam proibidos de implementar algum sistema ou procedimento para declarar uma pessoa incompetente (qualquer pessoa, independente de deficiência), desde que observados três elementos: legitimidade, proporcionalidade e não discriminação.

Analisando o parâmetro legal internacional, por seu turno, Ludmila Junqueira Duarte Oliveira (2019, p. 84) de maneira bastante interessante observa:

“Do próprio texto da CDPD é possível colher a necessidade de se instituírem salvaguardas para assegurar: (a) observância a direitos, vontade e preferência das pessoas e não o que se suponha seja seu “melhor interesse”; (b) ausência de conflito de interesses e de influência indevida; (c) proporcionalidade e compatibilidade as circunstâncias do indivíduo; (d) aplicação pelo período mais curto possível; (e) revisão regular por autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.”

Em nosso caso, as salvaguardas trazidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência consistem na Tomada de Decisão Apoiada ou Curatela, especialmente em seu art. 84¹.

Como se observa, ao prever as mencionadas salvaguardas na disposição acima, especificamente no pertinente à curatela, acabou não só por limitá-la aos atos patrimoniais e negociais, mas expressamente excluiu alguns direitos existenciais do espectro de sua aplicação (*v.g.*, disposição sobre o próprio corpo, sexualidade, matrimônio, privacidade, educação, saúde, trabalho e voto).

Nesse particular, suscitam nos operadores do direito algumas dúvidas e questionamentos, principalmente, porque a atribuição genérica da capacidade civil plena somada à impossibilidade de aplicação da curatela a atos existenciais pode, em determinadas situações, ocasionar a desproteção da pessoa deficiente, indo de encontro ao intuito da legislação e da própria Convenção².

Com efeito, a ausência de previsão em relação à aplicação da salvaguarda da curatela para atos existências consiste num ponto que reclama solução, mormente se considerarmos a máxima hermenêutica segundo a qual as normas restritivas de direito não comportam interpretação extensiva.

1 “No ordenamento jurídico brasileiro, as salvaguardas podem se dar, em casos mais graves, por meio do instituto da curatela ou do mais recente procedimento de tomada de decisão apoiada.” (MENDONÇA, 2017, p. 37)

2 “Apesar dos avanços significativos na defesa dos direitos da pessoa com deficiência, a Lei nº 13.146/2015, parece não preservar a dignidade humana com deficiência mental ou intelectual, quando ele não tem a possibilidade de livre consentir. O texto legal simplesmente autoriza que esta pessoa case validamente, não havendo a mínima previsão de que seu matrimônio possa ser tornado nulo. (...) Enfim, a intenção do legislador, de garantir segurança e proteção efetiva à pessoa com deficiência, que só deveria exercer sua autonomia existencial, se tivesse condições mentais para isso, poderá restar frustrada, se a lei não prever a incapacidade absoluta para aquelas pessoas que não tenham condições de discernimento.” (GOZZO; MONTEIRO, 2019)

Especificamente no que interessa à proposta do presente trabalho, faremos o exame das dificuldades práticas geradas por essa previsão no que tange ao exercício por pessoas com deficiência psíquica/intelectual de direito existencial ligado à saúde, qual seja, a prestação do consentimento informado.

3 O Consentimento Informado no Direito Brasileiro e a Necessidade de Proteção da Pessoa com Deficiência na Relação Jurídica Médico-Paciente

O Consentimento Informado como temos hoje surgiu da evolução histórica do que se entende como relação jurídica médico-paciente. Oriundo do termo em inglês, *informed consent* (GOZZO; LIGIERA, 2012, p. 94), a referida expressão tem como objetivo demonstrar que o paciente deve estar ciente de todos os tratamentos que possa vir a ter, podendo assim consentir de maneira adequada.

Historicamente, esse conceito tem sido desenvolvido desde a primeira vez em que se apareceu. Dado os horrores da Segunda Guerra Mundial, foi-se elaborado o Código de Nuremberg em 1947, sendo este o primeiro local em que se aparece o referido direito aos pacientes, visando evitar que se novamente efetuasse experimentos em humanos sem o consentimento destes, como ocorreu, infelizmente, no holocausto judaico.

Posteriormente, foi inserido novamente, na Declaração de Helsinque e na Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, local em que atingiu o *status* de direitos humanos.

O que se pode observar, no âmbito internacional, portanto, é o galgar do referido direito ao *status* de direito humano. Por outro lado, no âmbito interno, pode-se encontrar sua presença no Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/09), sendo, portanto, reconhecido como um direito do paciente.

Na visão de Débora Gozzo (2011, p. 85), o consentimento informado “consiste num negócio jurídico bilateral, no qual consta a que procedimentos médicos o paciente poderá ser submetido ao longo do tratamento”, bem como decorre do direito à informação:

“Para que esse negócio jurídico possa ser considerado válido, o paciente deve estar em seu perfeito juízo, ciente de todo o teor do documento, no sentido de que a informação que dele consta seja clara e compreensível ao consumidor, evitando-se com isso não só questionamentos sobre sua capacidade de exercício, o que teoricamente poderia tornar o instrumento inválido por vício do consentimento, mas também quanto a seu consentimento para a validade do procedimento médico ao qual se sujeitou.

A declaração do paciente, portanto, é essencial para que o médico, que integra a outra ponta desse negócio jurídico, possa agir assim sem receio de infringir a vontade daquele. Para tanto, ele precisará ter as informações necessárias para poder tomar a sua decisão, informações estas que deverão conter os elementos objetivo (clareza) e subjetivo (compreensão), integrantes do princípio da transparência. Se o paciente não estiver em condições de manifestar-se, de forma que não se questione sua capacidade, o melhor é que seu responsável legal assuma a responsabilidade pela decisão a ser tomada.” (GOZZO, 2011, p. 87-88)

O que se tem aqui é a necessidade de uma compreensão total do paciente do que contém no documento de consentimento informado que este presta; isto é, ao se fornecer o consentimento informado, o paciente não está apenas assinando um papel, mas, sim, declarando que está ciente de todos os trâmites do procedimento a ser submetido e com ele concorda.

Em outras palavras, é dever do médico garantir que o paciente entendeu de maneira clara – com palavras acessíveis, evitando-se do linguajar médico desconhecido de grande parte da população – e compreensível – aplicando palavras à realidade do paciente – o que consta no termo de consentimento informado, sendo ciente dos riscos e desdobramentos eventuais do tratamento médico.

É preciso, pois, extrair do paciente sua capacidade de consentir.

Nessa senda, importante salientar que essa capacidade não se confunde com a aptidão de fato, de agir ou negocial, como bem observa Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2020, p. 845-846):

“A capacidade para consentir possui caráter instrumental. Sua finalidade é distinguir aquelas pessoas que emitem decisões autênticas sobre cuidados e aquelas cujas decisões precisam ser supervisionadas ou substituídas por outra pessoa. Se o paciente não possui capacidade para consentir, seu assentimento não constitui uma autorização idônea para a execução de intervenção diagnóstica ou terapêutica, assim como seu dissentimento não é suficiente para obstar a legítima atuação do médico.”

Ora, diante disso, imperioso reconhecer que em se tratando de uma pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, ganha relevo a discussão acerca da capacidade específica de consentir.

Conforme destaca Pedro Bastos Lobo Martins (2019, p. 146), o ordenamento jurídico brasileiro apresenta então um desafio:

“como conjugar normas protetivas de pessoas com deficiência que se encontram em situação de vulnerabilidade e experenciam, de fato, alguma barreira na formação de uma vontade complexa e, no entanto, são plenamente capazes para todos os atos da vida civil.”

Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carolina Brochado Teixeira (2019), por exemplo, observam que não é porque o Estatuto determina que as pessoas com deficiência gozam de plena capacidade quanto a certos atos existenciais que eles realmente serão capazes de exercê-los por si só. A depender do grau da deficiência, do comprometimento da sua funcionalidade, do ponto de vista prático, a pessoa não conseguirá exercer tais atos autonomamente, e o direito precisará reconhecer essa situação, a fim de promover sua adequada proteção.

A indistinção adotada pelo Estatuto e a insuficiência na concepção das relações jurídicas capazes de envolver os portadores de deficiência se mostra, nesse particular, capaz de impactar o próprio princípio da dignidade humana, porquanto ele deve levar em conta a vulnerabilidade inerente às pessoas e as diferenças existente entre elas, para realizar, no possível, a igualdade substancial (TEPEDINO, 2004, p. 47-58).

4 Aplicação de Salvaguarda quanto à Questão Existencial: a Questão do Consentimento Informado da Pessoa com Deficiência

Em sendo a pessoa com deficiência alguém vulnerável, vale ressaltar a necessidade de saber como esse consentimento informado será realizado. Em suma, a Lei Brasileira de Inclusão prevê em seu art. 11, parágrafo único, a possibilidade de se supri-lo, sobre isso, comentam Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 64):

“O suprimento de consentimento. Quando necessária uma atuação médica em pessoa com deficiência, com curatela já estabelecida judicialmente, não sendo obtido o seu regular consentimento, permite-se o suprimento judicial, através de um procedimento de jurisdição voluntária (CPC, arts. 721 e seguintes).”

De início, mister destacar que a aplicação da supressão judicial nessa hipótese não encontra amparo nos incisos do art. 725 do CPC como um dos procedimentos de jurisdição voluntária a serem regulados pelos arts. 721 e seguintes da legislação processual.

Outrossim, a transferência do suprimento do consentimento à via judicial vai requerer uma atuação massiva do Poder Judiciário, onde, basicamente, estar-se-á judicializando a vida³.

3 Georges Abboud comenta que, nesse contexto, parcela de nossa liberdade tem se esvaído por meio da judicialização de todas as esferas de nosso ambiente privado que dificilmente se pode imaginar algum tema que não possa ser objeto de demanda judicial. O outro lado dessa perspectiva é que passa a não existir nenhuma esfera de nossa liberdade que não possa ser substituída pela vontade judicial. E continua o autor mencionando que “quando admitimos que tudo

Com um judiciário tão engessado, de que forma tornar isso factível? Como permitir que a dinâmica da vida se ajuste a uma prestação jurisdicional cada vez mais assoberbada? E as pessoas que não estão sob curatela, os familiares deverão ingressar recorrentemente com ação judicial a fim de dirimir as seguintes questões? E mais, como aplicar a curatela ao consentimento informado se o EPD limita sua aplicação aos atos de natureza patrimonial e negocial?

Cediço que a ampla maioria dos pacientes em uma relação jurídica médico-paciente está em posição de vulnerabilidade técnica, em razão de desconhecimento da área da saúde, sendo salutar sua proteção a fim de que seja resguardado todos os seus direitos da personalidade, não por outro motivo que existe a figura do consentimento informado tratada no tópico precedente.

Outrossim, há de reconhecer que a pessoa com deficiência psíquica/intelectual, além das condições de hipossuficiência técnica, pode se encontrar em situação de ainda mais vulnerabilidade em razão da enfermidade que lhe acomete, especialmente, quando este se encontra incapaz de exprimir sua vontade.

No entanto, há de reconhecer que essas condições não podem representar isoladamente motivo suficiente para que se afastar os comandos legais existentes. É preciso buscar-se uma solução dentro dos instrumentos e princípios jurídicos adequados.

Em situações como essas, naturalmente, parece-nos claro que a proteção requerida deveria, obrigatoriamente, ser de maior envergadura, conforme amparo na própria Convenção de Nova Iorque (item 4, art. 12), ao prever que os Estados-Partes devem criar salvaguardas proporcionais, apropriadas e efetivas a prevenir abusos.

Nas palavras de Luíza Resende Guimarães (2019, p. 37-38):

“(...) cabe aos Estados, mais do que proibir a discriminação em sentido negativo, assegurar a igualdade com medidas positivas, a chamada igualdade material.

pode ser judicializado eliminamos qualquer discussão acerca de self-restraint – considerado um espaço imune à invasão judicial”. E tudo isso passa justamente pelo correto entendimento e aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo que ele não rompa com os parâmetros idealizados pela separação de poderes. Isso, porque, como bem salienta Abboud (2016, p. 520): “No afã de efetivarmos direitos constitucionais, quando respaldamos a judicialização de toda esfera individual, a partir de parâmetros ativistas, em verdade, contribuímos para demolir os alicerces de nossa democracia constitucional. No local do nosso edifício democrático erigimos um regime de Juris-tocracia”. A essa busca cega de judicializar-se tudo, Ingeborg Maus designou de “infantilismo na crença da justiça” (MAUS, 2000, p. 190).

Pregar igualdade formal significa obstaculizar a proteção que o Estado deve conferir aos vulneráveis. O papel deve ser o oposto, em especial dentro do modelo social da deficiência, ou seja, remover as barreiras ou fornecer os meios para que os indivíduos afetados possam ultrapassá-las. Partindo desse pressuposto, não há sentido em tratar exatamente da mesma forma todas as pessoas com deficiência, dada a complexidade do fenômeno e o fato de existirem sujeitos cuja deficiência mental ou intelectual reduz em nível grave ou anula seu discernimento. No caso destes, o exercício de atos da vida civil está comprometido. O papel dos Estados deve ser justamente fornecer mecanismos aptos a fazê-los alcançar a igualdade de fato.”

Vale destacar a opinião de Ludmila Junqueira Duarte Oliveira (2019, p. 78), a qual entende que a Convenção Internacional visa maximizar o exercício da autonomia das pessoas com deficiência e, para tanto, propõe a criação do que cognomina apoios, consistentes em um conjunto de políticas públicas, bem como redes e instrumentos de auxílio formais e informais voltados a proporcionar a assistência necessária para pessoas com deficiência em todos os âmbitos da vida.

E ainda, na visão de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (2020, p. 303), cuida-se, assim, de assegurar mecanismos para que aqueles que não possuem pleno discernimento sejam protegidos e para que o exercício das situações existenciais seja expandido ao máximo possível, adotando-se como parâmetro o concreto discernimento, não já padrões abstratos. Em uma palavra, a incapacidade, como mecanismo protetivo, precisa se ajustar às necessidades do incapaz, o que se mostra especialmente relevante nas questões existenciais.

Ora, por certo, era dever da legislação interna prever mecanismos nos quais seriam garantidos os direitos das pessoas com deficiência.

Ocorre que em caminho diametralmente oposto, a legislação pátria, ao prever as salvaguardas, mais especificamente no caso da curatela⁴, acabou por limitar sua aplicação unicamente aos atos de natureza patrimonial e expressamente excluiu a atuação do curador quanto ao direito à saúde, ao próprio corpo e à sexualidade, pontos esses interessam ao objeto do presente trabalho.

4 Sobre a tomada de decisão apoiada em situações existenciais ensinam Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida (2020, p. 339): “Questão que a lei deixou de tratar e que se torna instigante em razão das possíveis repercussões é se o instituto da tomada de decisão apoiada se estende às situações existenciais ou se somente se restringe aos atos de natureza patrimonial e negocial, como revela o novo perfil da curatela. Com efeito, embora a lei tenha previsto alguns dispositivos especificamente em relação a atos negociais, a exemplo do §§ 5º e 6º, nada impede, inclusive, que no termo do acordo entre apoiado e apoiadores os mesmos convençionem os limites da tomada de decisão apoiada para as situações existenciais, além de, em alguns casos mais graves e mais urgentes, como em situações irreversíveis, os apoiadores possam recorrer ao juiz para dirimir eventual conflito de interesses, sempre atentando para o melhor interesse da pessoa apoiada, que se traduz na promoção de sua autonomia e dignidade”.

Esse aspecto é igualmente lembrado por Pedro Bastos Lobo Martins (2019, p. 158):

“É importante destacar que o Estatuto estabelece que a curatela afetará apenas atos de natureza patrimonial, não alcançando o direito ao próprio corpo, Isso significa que, em tese, mesmo a pessoa com deficiência curatela poderia praticar esse ato.”

Dessarte, chega-se à hipótese paradoxal pela qual a pessoa poderia livremente dispor de seus órgãos, submeter-se a procedimentos cirúrgicos altamente invasivos, mas não teria a sua autonomia garantida no que tange a, por exemplo, comprar um automóvel.

Em suma, pelo que prevê o ordenamento jurídico interno atual, é possível haver uma pessoa relativamente incapaz para os atos da vida civil que é capaz de decidir sobre a sua própria saúde.

Diante disso, indaga-se: como uma pessoa que sequer pode exprimir sua própria vontade teria condições de ser atuante na relação jurídica médico-paciente? Teria ela a capacidade de consentir?

A doutrina pátria civilista tem debatido muito sobre o tema e, mesmo que não tenha havido até o momento uma modificação legal, a ampla maioria perfilha do entendimento de Luciano Campos de Albuquerque (apud TE-PEDINO; OLIVA, 2020, p. 303) no sentido de que “a proteção não pode ser averiguada somente nos valores patrimoniais”.

Utilizando uma fundamentação principiológica, Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida (2020, p. 332), por exemplo, destacam que a afirmativa de que os direitos existenciais da pessoa curatelada são intangíveis, há de ser entendida nos limites da razoabilidade, pois haverá situações em que o curador deverá tomar providências que impliquem interferências no corpo do curatelado, por exemplo, cuidar da própria saúde.

Excepcionalmente, o curador poderá ser convocado para suprir o consentimento do paciente com deficiência, desde que este não tenha demonstrado, em episódio concreto, a capacidade de consentir requerida. Nesse caso, será salvaguardada, no maior grau possível, a participação do paciente no processo decisório, observando, ainda na decisão substituta, os seus melhores interesses. É o que se pode depreender dos arts. 11 e 12 da Lei nº 13.146/2015 (RIBEIRO, 2020, p. 834).

Embora se concorde com a possibilidade de atuação do curador em benefício da pessoa com deficiência que não seja capaz de consentir para questões

existenciais, o fundamento atuação quanto ao consentimento informado com base nos arts. 11 e 12 do EPD⁵ nos parece de todo equivocado.

Isso, porque o parágrafo único do art. 11, por exemplo, estabelece “que o consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei”.

Dessarte, embora seja verdade que existe a possibilidade do consentimento ser suprido na forma da lei, igualmente é verdade que a lei não prevê a forma de sua supressão, pelo contrário, ela expressamente proíbe a aplicação de curatela a atos existenciais, incluindo aí o direito à saúde e ao próprio corpo, ambos diretamente relacionados com o consentimento informado.

Tampouco o art. 12 do EPD estabelece a forma de supressão do consentimento, porquanto a previsão de garantir a maior participação possível da pessoa com deficiência na obtenção do consentimento não tem o condão de fixar a forma de supressão da mencionada concordância.

Para Célia Barbosa Abreu (2020, p. 626), ocorrendo a incapacidade de fato, não se pode esquecer que a curatela também tem seu viés protetivo e, por tal deverá ser declarada a quem dela necessita sob pena de deixar em risco a personalidade do incapaz, mesmo que a situação do indivíduo não esteja prevista em lei.

Data máxima vênia, a nós não parece o mais adequado fundamentar a possibilidade de aplicação da curatela à questão existencial ainda *contra legem*.

Joyceane Bezerra de Menezes (2020, p. 597), demonstrando evolução em seu entendimento, igualmente defende a atuação do curador em situações existenciais:

“Conquanto se reconheça à pessoa com deficiência a titularidade de situações existenciais e a importância do seu exercício para o desenvolvimento da personalidade, é preciso atinar para os casos em que o sujeito for totalmente faltoso de discernimento ou carente do entendimento necessário para certas atividades não patrimoniais. Nesses casos, caberia ao curador os poderes de representação? Seria legítima sua intervenção na seara dos interesses existenciais?”

5 “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento. § 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados.” (BRASIL, 2015)

Na primeira edição deste livro, opinamos que não seria possível uma representação legal. De fato, a representação legal pautada na substituição da vontade já não era possível, mas a depender da gravidade dos impedimentos da pessoa, o curador poderá exercer poderes de representação, vinculando suas decisões à realização do melhor interesse da pessoa, à sua vontade tácita ou biográfica. Na linguagem que vem sendo adotada pelo PLS nº 757, a curatela deve observar a vontade potencial do curatelado.”

Obtemperando a problemática, Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carolina Brochado Teixeira (2019, p. 19), diante de situações em que a mitigação da capacidade civil da pessoa com deficiência relativamente a atos existenciais seja o único instrumento para concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, poderá o curador buscar a tutela jurisdicional:

“O que se sustenta, em suma, é que o § 1º do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que proíbe a curatela para os direitos nele referidos, e o art. 6º, que proíbe a restrição da capacidade civil para o exercício dos direitos que elenca, podem ser afastados para permitir, por exemplo, que, em relação a uma situação específica, para a prática de um certo ato ou negócio existencial, o curador deve submeter a questão ao juiz, que decidirá se a pessoa com deficiência pode ou não o praticar. Não se trata, portanto, de dar um cheque em branco para o curador decidir, ele mesmo, sobre referidos direitos existenciais. Trata-se, sim, de lhe conferir o dever de levar ao conhecimento do juiz o desejo da pessoa com deficiência de exercer certo e determinado direito existencial, para que o juiz decida se ele pode ou não o praticar, em decisão fundamentada de acordo com a racionalidade da CDPD. Nesse caso, obviamente, o magistrado deve se desincumbir de seu ônus argumentativo, definindo a questão casuisticamente à luz dos parâmetros definidos pela Convenção.”

Embora se reconheça como interessante a solução proposta, mister reconhecer que ela esbarra em grande dificuldade prática, tendo em vista que o Poder Judiciário se encontra cada vez mais sobrecarregado, sendo-lhe impossível acompanhar a dinâmica da vida social, mormente aquelas que, dada a matéria que envolvem, não podem ser simplesmente decididas sem a devida instrução do feito.

Vale ainda trazer a opinião de Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2020, p. 855), o qual demonstra quão complexo é estabelecer os parâmetros e limites do consentimento informado:

“O desafio que se impõe é incluir as pessoas com deficiência, inclusive aquelas acometidas por doenças e transtornos mentais, nas mais diversas

situações do cotidiano, valorizando sua autonomia e estimulando o exercício de seus direitos fundamentais, com o apoio que se fizer necessário.

No que se diz respeito aos cuidados de saúde, torna-se indispensável a obtenção do consentimento informado da pessoa com deficiência antes de qualquer intervenção diagnóstica ou terapêutica. Hoje, o consentimento informado determina os limites e a legitimidade da atuação do médico sobre a integridade psicofísica do paciente.”

Tamanha a relevância do tema, que na VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, editou-se enunciado permitindo a atuação de curador em questões de cunho existencial, a despeito da previsão legal proibitiva, se não, vejamos:

“ENUNCIADO 637 – Art. 1.767: Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.” (BRASIL, 2018)

Diante de fundamentos diversos como os aqui apontados para se buscar um caminho comum, qual seja, a aplicação da curatela a determinados atos existenciais quando o grau de discernimento do deficiente psíquico/intelectual estiver bastante prejudicado, particularmente, parece-nos mais acertado – ao invés de se inovar a legislação via enunciado; defender a aplicação mesmo diante de previsão legal; fundamentar em dispositivo que não prevê a forma de supressão do consentimento; adotar-se fundamentação principiológica; submeter-se a solução ao ajuizamento oportuno de demandas – simplesmente verificar a compatibilidade material do ordenamento jurídico nacional – EPD – com o parâmetro internacional – Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Nesse particular, ao confrontar-se os itens 3 e 4 do art. 12 da Convenção com o art. 85 do EPD, questiona-se: a exclusão absoluta da curatela quanto aos atos existenciais e mais destacadamente ao direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, constitui uma salvaguarda apropriada e efetiva a prevenir abusos? Seria essa solução mais proporcional e apropriada às circunstâncias da pessoa com deficiência? Estaria o estado brasileiro tomando as medidas apropriadas para prover o acesso da pessoa com deficiência ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal?

A nós parece que não, tendo o legislador pátrio ido além do que permitido e orientado pelo diploma internacional, o qual, aliás, repise-se, tem *status* de norma constitucional.

Noutras palavras, a atual sistemática inculpada em nosso ordenamento jurídico está, a nosso ver, em confronto a comando de *status* constitucional e sua aplicação deveria ser afastada pela necessidade de a legislação ordinária se coadunar aos mandamentos constitucionais ou equiparados.

Desse modo, há de se manifestar de maneira semelhante Luíza Resende Guimarães (2019, p. 41):

“O melhor arranjo possível para as pessoas com deficiência é aquele apto a atender as necessidades distintas causadas pelos diferentes tipos e graus de deficiência. Ou seja, devem estar à disposição do sujeito ferramentas de apoio, de promoção da autonomia e também de exercício da autonomia por intermédio de outrem. É no caso concreto que o mecanismo mais apropriado deve ser apontado.”

Pode-se dizer que a necessidade das pessoas com deficiência é não de um modelo fechado para a todos os casos, mas, sim, ferramentas para que a vontade e o melhor interesse da pessoa auxiliada seja garantido em todos os casos.

Esse é, inclusive, o intento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência ao prever que os Estados signatários deveriam providenciar o apoio às pessoas com deficiência no exercício da sua capacidade legal (item 3, art. 12).

Chega ao ponto de se questionar se de fato o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem efetivamente protegido a quem ele intentou defender. Ao menos, na relação jurídica médico-paciente, o que se observa é uma verdadeira afronta a sua dignidade e igualdade.

Por certo, o que se observa é uma supressão de garantias das pessoas com deficiência e, mesmo que a Lei Brasileira de Inclusão preveja o suprimento do consentimento informado do paciente, isso gerará um verdadeiro entrave no Poder Judiciário, o qual totalmente abarrotado hoje, não tem condições de suportar mais demandas.

Em suma, o Brasil, buscando proteger as pessoas com Deficiência, ao conceder capacidade civil plena e limitar a curatela aos atos patrimoniais e negociais, acabou por descumprir o que dizia a Convenção; isto é, conceder autonomia, bem como o apoio necessário para que esta pudesse existir sem ferir a dignidade dos beneficiários da Lei Brasileira de Inclusão.

5 Considerações Finais

Decerto, pode-se dizer que houve uma grande mudança de paradigma no mundo jurídico no que tange às pessoas com deficiência – inclusive as psíquicas – em razão do advento da Convenção de Nova Iorque sobre Pessoas com Deficiência e, no âmbito interno, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sabe-se que a Convenção de Nova Iorque sobre Pessoas com Deficiência trouxe vários direitos e garantias às pessoas com deficiência. Pode-se dizer que o intuito do referido tratado internacional era, sobretudo, protetivo, embora também visasse uma autonomia maior da pessoa com deficiência.

Malgrado este fato, a maior autonomia deveria ser exercida de maneira responsável, isto é, os Estados signatários deveriam fornecer meios para que as pessoas com deficiência pudessem exercer de maneira plena a sua autonomia sem que isso importasse em redução da proteção devida a este tipo de pessoa na órbita jurídica.

Isso leva a uma reflexão na seara médica, sobre como deveria ser o consentimento informado, um negócio jurídico no qual se estabelece os tratamentos em que uma pessoa seria submetida, cujas características encontram-se bem delineadas pela legislação e doutrina nacionais.

Contudo, referente às pessoas com deficiência, sobretudo psíquicas, cabe uma digressão, de que forma elas podem consentir? Por certo, resta prejudicado e à luz do sistema anterior, seria através da curatela, mas e nos dias atuais, no sistema vigente? Em verdade, isso só demonstra a necessidade de se haver proteção das pessoas com deficiência no âmbito da relação jurídica médico-paciente.

Especialmente, ao consentimento informado, pode-se dizer que embora seja um ato existencial, se a pessoa com deficiência, sobretudo psíquica, é incapaz de consentir, logo alguém o pode fazê-lo por ela. Em outras palavras, a pessoa com deficiência só pode exprimir o consentimento informado quando possível compreender sobre o tratamento que venha se submeter e puder expressar o aceite ou a recusa. Caso contrário, outra pessoa no pleno gozo de suas capacidades mentais deve fazê-lo a fim de resguardar a integridade do paciente.

Embora tal interpretação possa parecer *contra legem*, há de se convir que a Convenção invocava uma proteção à Pessoa com Deficiência e que a autonomia para se decidir deveria trazer garantias e meios protetivos às pessoas, sob pena de violação ao texto convencional.

Em suma, quando a autonomia põe em risco a vida e saúde de alguém que outrora era incapaz de decidir em razão de doença incapacitante, prevalece-se, à luz da Convenção, um dever protetivo acima de uma autonomia. Portanto, o consentimento informado pode sim ser concedido por outra pessoa que não a pessoa com deficiência, sobretudo psíquica, quando esta não for capaz de exprimir sua vontade.

TITLE: The informed consent and the statute of persons with disabilities: The choice of people with mental disabilities in the legal medical doctor-patient relationship.

ABSTRACT: Brazil became a signatory to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities held in New York in 2007, being incorporated into domestic law through the constitutional quorum of art. 5, § 3, including constitutional amendment status, being applicable to Brazilian law through the Brazilian Inclusion Law. However, although the intent was greater autonomy without loss of protection, this change removed some protections for the disabled, which causes discussion of the doctrine if it does not hurt human dignity with the greatest vulnerability, especially in the medical doctor-patient legal relationship and with the patient. informed consent. For this reason, through the dialogic method, it will be verified the real impact of legislative innovation through the analysis of authors who have already worked on the theme, albeit in a lateral way.

KEYWORDS: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Brazilian Inclusion Law. Medical Doctor-Patient Legal Relationship. Informed Consent. Autonomy.

6 Referências Bibliográficas

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra 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, 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade 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 da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

BARIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2014.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 637 da VIII Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1176>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 6 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOZZO, Débora. Transparência, informação e a relação médico paciente. In: GOZZO, Débora (Org.). *Informações e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOZZO, Débora; MONTEIRO, Juliano Ralo. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-da-autonomia-existencial/>. Acesso em: 04 ago. 2020.

GUIMARÃES, Luíza Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontade. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Org.). *Deficiência & direito privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

MARTINS, Pedro Bastos Lobo. Diretivas antecipadas de vontade da pessoa com deficiência intelectual e valoração de seus interesses e preferências. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Org.). *Deficiência & direito privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

MENDONÇA, Bruna Lima de. Proteção liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológica-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição da curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o 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 da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

OLIVEIRA, Ludmila Junqueira Duarte. Sistema de apoios, tomada de decisão apoiada e influência indevida no direito brasileiro. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Org.). *Deficiência & direito privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra 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, 2020.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Christiano Chaves de. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra 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, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/c-possivel-mitigar-a-capacidade/>. Acesso em: 06 ago. 2020.

Recebido em: 13.01.2023

Aprovado em: 10.03.2023