

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tiago Vieira Bomtempo

**CONSENTIMENTO INFORMADO DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E
DEFICIÊNCIAS MENTAIS À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA: DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS NA RELAÇÃO MÉDICO-
PACIENTE**

Belo Horizonte
2021

Tiago Vieira Bomtempo

**CONSENTIMENTO INFORMADO DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E
DEFICIÊNCIAS MENTAIS À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA: DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS NA RELAÇÃO MÉDICO-
PACIENTE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,
como requisito parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Helena Damasceno e
Silva Megale

Coorientador: Prof. Dr. Leonardo Cruz de Souza

Belo Horizonte
2021

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

B696c Bomtempo, Tiago Vieira

Consentimento informado das pessoas com transtornos e deficiências mentais à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência [manuscrito]: diálogos hermenêuticos na relação médico-paciente / Tiago Vieira Bomtempo.-- 2021.

254 f.: il.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 224-246.

1. Direito civil - Teses. 2. Deficientes mentais.
3. Bioética - Aspectos jurídicos. 4. Médico e paciente.
5. Consentimento (Direito) I. Megale, Maria Helena Damasceno e Silva. II. Souza, Leonardo Cruz de. III. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito.
IV. Título.

CDU: 347.121.1



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

FOLHA DE APROVAÇÃO

CONSENTIMENTO INFORMADO DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E DEFICIÊNCIAS MENTAIS À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

TIAGO VIEIRA BOMTEMPO

Tese de Doutorado defendida e aprovada no dia vinte e três de agosto do ano de dois mil e vinte e um pela Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais constituída pelos seguintes professores:

Maria Helena Damasceno e Silva Megale - UFMG - (Doutora) - Orientadora do Discente

Leonardo Cruz de Souza - UFMG - (Doutor)

Monica Sette Lopes - UFMG - (Doutora)

Carla Vasconcelos Carvalho - UFMG - (Doutora)

Paula Vilaça Bastos - OAB/MG - (Doutora)

Juliana de Alencar Auler Madeira - Faculdade Milton Campos - (Doutora)

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2021.

Professor Doutor Emilio Peluso Neder Meyer

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG



Documento assinado eletronicamente por **Emilio Peluso Neder Meyer, Coordenador(a) de curso de pós-graduação**, em 29/11/2021, às 12:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1112964** e o código CRC **9E881AF5**.

Ao “meu querido irmão” Samuel, fonte inspiradora do tema desta tese, quem me faz ressignificar todos os dias o sentido de autonomia.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é reconhecer que não é possível caminhar sozinho. Entender que ao longo da jornada da vida temos, tivemos e teremos pessoas que de alguma forma fazem parte de nós.

E, nessa etapa, ao longo destes quatro anos de estudos, não seria diferente.

Assim, inicialmente agradeço a Deus, pela minha vida e existência, por me permitir este desafio e me dar forças para não desistir e seguir em frente, mesmo em um momento tão difícil com essa pandemia da COVID-19.

À minha família, pelo acolhimento e incentivo. Meus pais, por me ajudarem nessa (re) construção do caminhar da vida; minha mãe Marjane, pela sua perseverança e determinação, por me ensinar a lutar pelos meus propósitos e persistir nos momentos difíceis; meu pai Jair, pela sua simplicidade e enxergar a vida com leveza. Meus irmãos, Mateus e Samuel; por me ajudarem a persistir e tentar ser exemplo. Ao Celso, pelo companheirismo e incentivo. Minha avó Leda, tias Daniela, Magareth e Vilma, e prima Anna Luisa, pela torcida e incentivo.

Ao Samuel, meu “querido irmão”, agradeço pela sua existência e por ser seu irmão, dando-me a oportunidade de (re) aprender a cada momento que o amor é capaz de superar qualquer deficiência e que cada ser é uma morada, é um universo único.

À Profa. Maria Helena Damasceno e Silva Megale, por me acolher na tão sonhada casa de Afonso Pena, e por confiar na minha proposta desafiadora de romper o tema desta pesquisa para além das cadeiras teóricas e dogmáticas do Direito, ao adentrar os consultórios, na realidade que o tema comporta, na perspectiva da fenomenologia.

À Profa. Mônica Sette Lopes, exemplo de profissional, ao ensinar o direito de forma inovadora e a relação aluno e professor de forma horizontal, amistosa, além de seu papel fundamental para a minha pesquisa de campo.

Ao Prof. Leonardo Cruz de Souza, por aceitar esse desafio sob a ótica interdisciplinar que esse tema exige, e por me permitir vivenciar a realidade da perspectiva médica com a pesquisa de campo no ambulatório Bias Fortes do Hospital das Clínicas na Faculdade de Medicina da UFMG, cuja pesquisa não seria possível também sem o seu apoio.

À Dra. Paula Vilaça Bastos, pelos seus comentários e críticas, cujas contribuições enriqueceram esta tese.

À Profa. Carla Vasconcelos Carvalho e à Profa. Juliana de Alencar Auler Madeira por suas sugestões e críticas ao aprimoramento deste trabalho.

Ao Prof. Paulo Caramelli, Dr. Mauro e todos os médicos residentes do ambulatório Bias Fortes do Hospital das Clínicas na Faculdade de Medicina da UFMG, por me permitirem fazer a minha pesquisa e poder vivenciar um pouco de suas realidades.

Aos pacientes do ambulatório Bias Fortes do Hospital das Clínicas na Faculdade de Medicina da UFMG, pela confiança depositada ao meu trabalho e por me permitirem tentar compreender um pouco das suas possibilidades de ser no mundo, de que deficiência e enfermidade mental vão muito além de sinais, sintomas e resultados de exames.

Ao Prof. João Vinícius, da psiquiatria da Faculdade de Medicina da UFMG, pela cordialidade e me apresentar o Instituto Raul Soares/FHEMIG.

Ao Dr. Marconi Antônio de Rezende Andrade, diretor do Instituto Raul Soares/FHEMIG, pela sua disponibilidade e abertura para que a pesquisa de campo pudesse abranger pacientes desse instituto.

Ao Prof. Fernando Horta Tavares, quem teve papel fundamental no meu ingresso ao doutorado, pois foi por meio de seu grupo de pesquisa que minha vida acadêmica se iniciou.

À Profa. Maria de Fátima Freire de Sá, minha guia nos estudos biojurídicos e corresponsável pelo tema desta pesquisa, cujos estudos se iniciaram como ouvinte em sua disciplina de Biodireito no PPGD da PUC Minas, onde sou egresso e tenho orgulho de fazer parte.

À colega Patrícia Gazire, pela amizade e apoio nessa jornada do doutorado, ao compartilharmos estudos afins.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma me ajudaram nesse caminhar difícil, em meio a uma crise sanitária mundial, mas que graças a Deus consegui concluir essa etapa final.

MEU MUITO OBRIGADO!

O homem é essencialmente necessitado de ajuda, por estar sempre em perigo de se perder, de não conseguir lidar consigo. Este perigo é ligado à liberdade do homem. Toda a questão do poder-ser-doente está ligada à imperfeição de sua essência. Toda doença é uma perda de liberdade, uma limitação da possibilidade de viver.
(HEIDEGGER, 2009a, p.197-198).

RESUMO

A Lei n. 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou de forma expressiva o regime das incapacidades no Código Civil de 2002. Entre as suas alterações, deixaram de ser absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e não são mais considerados relativamente incapazes os que tiverem o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Assim, o anterior critério legal para a proteção do vulnerável, como as pessoas com transtornos e deficiências mentais, passa para a promoção do exercício de sua autonomia, como a obrigatoriedade do consentimento prévio, livre e esclarecido do deficiente para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. Nesse contexto, cumpre a esta pesquisa demonstrar a efetividade do consentimento livre e esclarecido (CLE) para os pacientes com comprometimento neurocognitivo e psiquiátrico, agora considerados capazes com a redação da referida lei. Para tanto, utilizar-se-á, com base em pesquisa de campo e na hermenêutica fenomenológica, apoiada na bioética, se na prática é possível o exercício da autonomia destes indivíduos na relação entre médico e paciente. Inicialmente, será abordado o regime das capacidades jurídicas no Brasil e em outros países de origem latina; após, o entendimento das diversas ciências acerca das deficiências e doenças mentais; para, em seguida, discutir a autonomia e o termo de consentimento, e sua aplicação na atualidade; ao final, trazer análise de pesquisa de campo, sob o enfoque na hermenêutica fenomenológica, sobretudo com a linguagem; e apresentar críticas e possíveis caminhos com essa lei. Conclui-se, a princípio, que é necessária a interlocução do Direito com as outras ciências, de forma a superar as barreiras do preconceito em relação às pessoas com transtornos e deficiências mentais, e que haja intensa reformulação no tratamento do médico com o paciente, para que este seja agente de sua vontade, quando for possível haver discernimento. Afinal, uma lei não resolve a autonomia de alguém diante de inúmeras patologias e deficiências que cada pessoa possa apresentar, pelo que só é possível definir a partir da redução fenomenológica no caso concreto.

Palavras-chave: *Autonomia. Transtornos e deficiências mentais. Linguagem. Consentimento informado livre e esclarecido. Bioética.*

ABSTRACT

Law no. 13.146 / 2015, known as the Disabled Person Statute, changed significantly the disability regime in the Civil Code of 2002. Among its amendments, those who, due to illness or mental disability, do not have the necessary discernment for the practice, are no longer absolutely incapable of the acts of civil life, and those with reduced discernment and exceptional ones without complete mental development are no longer considered relatively incapable. Thus, the previous legal criterion for the protection of the vulnerable, such as people with mental disorders and disabilities, passes to the promotion of the exercise of their autonomy, such as the mandatory prior, free and informed consent of the disabled person to undergo treatment, procedure, hospitalization and scientific research. In this context, this research must demonstrate the effectiveness of free and informed consent (CLE) for patients with neurocognitive and psychiatric impairment, now considered capable with the wording of the aforementioned law. For this purpose, it will be used based on field research and phenomenological hermeneutics, supported by bioethics, if in practice it is possible to exercise the autonomy of these individuals in the relationship between doctor and patient. Initially, the legal capacity regime in Brazil and other countries of latin origin will be addressed; then, the understanding of the different sciences about mental disabilities and diseases; to then discuss autonomy and the term consent and its application today; at the end, bring analysis of field research, focusing on phenomenological hermeneutics, especially with language; and present criticisms and possible paths with this law. It is concluded, in principle, that it is necessary to talk about the Law with other sciences, in order to overcome the barriers of prejudice in relation to people with mental disorders and disabilities, and that there is an intense reformulation in the treatment of the doctor with the patient, so that he may be an agent of his will when discernment is possible. After all, a law does not resolve someone's autonomy in the face of countless pathologies and deficiencies that each person may present, so it is only possible to define it based on the phenomenological reduction in the specific case.

Keywords: *Autonomy. Mental disorders and disabilities. Language. Free and informed consent. Bioethics.*

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Sala de consultório	183
FIGURA 2 – Sala de discussão e reunião de médicos residentes com preceptores	184
FIGURA 3 - Mini exame do estado mental	204

LISTA DE SIGLAS

a.C.	antes de Cristo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APA	Associação de Psiquiatria Americana
ART	Artigo
AVC	Acidente Vascular Cerebral
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
CID	Classificação Internacional de Doenças
CIF	Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde
CLE	Consentimento Livre e Esclarecido
COEP	Comitê de Ética e Pesquisa
CPC	Código de Processo Civil
DAP	Diretiva de Avanço Psiquiátrico
DAV	Diretiva Antecipada de Vontade
DFT	Demência Fronto Temporal
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
EUA	Estados Unidos da América
INC	Inciso
LGS	Ley General de Saude
LIBRAS	Língua Brasileira de Sinais
JR.	Júnior
MP	Ministério Público
N.	Número
OGM	Organismo Geneticamente Modificado
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PSDA	Patient Self-Determination Act
RENTEV	Registro Nacional do Testamento Vital
SNC	Sistema Nervoso Central
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCLE	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido
TDA	Tomada de Decisão Apoiada
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UPA	Unidade de Pronto Atendimento

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 REGIME DAS (IN) CAPACIDADES JURÍDICAS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E DEFICIÊNCIAS MENTAIS NO BRASIL	18
2.1 Antes do Código Civil de 1916	19
2.2 Código Civil de 1916.....	21
2.3 Código Civil de 2002.....	25
2.4 Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	29
3 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COM A CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 2006	37
3.1 Portugal	37
3.2 Argentina.....	44
3.3 Espanha	51
3.4 Itália.....	61
4 DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E DEFICIÊNCIAS MENTAIS	69
4.1 Na visão da medicina	70
4.2 Na visão da psicologia	80
4.3 Na visão jurídica	83
4.4 A importância da interdisciplinaridade: a Bioética e o Biodireito	92
4.4.1 A <i>Bioética</i>	93
4.4.2 O <i>Biodireito</i>	97
5 AUTONOMIA PRIVADA E (IN) CAPACIDADE	103
5.1 Liberdade e autonomia	103
5.2 Da autonomia da vontade à autonomia privada	106
5.3 Autonomia privada, direitos de personalidade e dignidade	111
6 CONSENTIMENTO INFORMADO LIVRE E ESCLARECIDO (CLE)	118
6.1 Relação médico-paciente	119
6.2 Natureza jurídica do CLE e seus requisitos	122
6.3 Consentimento livre e esclarecido e Estatuto da Pessoa com Deficiência	131
7 O CLE DOS PACIENTES NEUROPSIQUIÁTRICOS À LUZ DO NOVO REGIME DE CAPACIDADE JURÍDICA – AVANÇO OU RETROCESSO?	138
7.1 A aplicação da fenomenologia: um novo olhar na (des) construção da relação médico-paciente	147
8 LINGUAGEM E HERMENÊUTICA: O DIÁLOGO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE PARA UM NOVO VIÉS NA CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E DEFICIÊNCIAS MENTAIS	162
8.1 Linguagem e hermenêutica	164
8.2 A linguagem na relação médico-paciente	167
9 PESQUISA DE CAMPO	178
9.1 Método de pesquisa.....	179
9.2 Discussão de resultados.....	182
9.3 Para além do prontuário médico – a experiência fenomenológica da pesquisa..	203
10 PROPOSTA LEGISLATIVA: REVISÃO DOS REGRAMENTOS LEGAIS DA CAPACIDADE DOS PACIENTES NEUROPSIQUIÁTRICOS PARA O CLE EM TRATAMENTOS MÉDICOS	210
11 CONCLUSÃO	220
REFERÊNCIAS	224
ANEXOS	247

1 INTRODUÇÃO

Há dezessete anos nasceu uma pessoa especial em todos os sentidos. Presenciei seus primeiros passos, as suas primeiras palavras ditas.

Com sempre um sorriso no rosto e um abraço afetuoso encanta a todos. Tem o seu próprio tempo, o seu desenvolvimento devagar, mas sempre progredindo, porque tem uma família e uma mãe que, sobretudo, dedica-lhe a vida por esse menino tão querido.

E todo esse amor e carinho contribuem para que ele jamais tenha vontade de desistir. Mesmo com sua evolução mais atrasada que os demais são notórias a importância e a necessidade de alguém para cuidar e ajudar na sua tomada de decisões, dada a sua pureza e inocência que esse mundo tão perverso se esconde à margem de seus pequenos olhos.

Destaca-se ainda o preconceito a ser enfrentado na sociedade que infelizmente enxerga o excepcional, o deficiente e a pessoa com transtorno mental, como pessoas agressivas, impossibilitadas de terem qualquer tipo de vida social e a terem acesso aos bens e aos direitos, como qualquer indivíduo. A falta de informação e a compaixão ao próximo distanciam a população do universo pouco explorado e desprezado dos deficientes.

Nesse sentido, imprescindível que o Direito assegure a proteção de sua vida existencial e patrimonial, sobretudo, ao atingir a maioridade. Instrumentos jurídicos que possam permitir que a sua vontade possa ser exercida devem ser construídos, dado que o seu discernimento não é completo e precisa de mais atenção e cuidado.

Questões como decisões sobre o próprio corpo, tratamentos de saúde e emissão de consentimento na relação médico-paciente carecem de maior zelo, a fim de se evitar o paternalismo médico, sem deixar de observar os desejos e vontades dos pacientes deficientes e com transtornos mentais.

Com o propósito de se garantir a autonomia dessas pessoas, a partir de dois de janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei n. 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), para se adequar à Convenção de Nova York de 2006, a qual o Brasil é signatário. Com essa lei, mudou-se expressivamente o regime das incapacidades no Código Civil.

Passaram a ser absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos e relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, bem como os pródigos, como previsto antes, incluindo agora aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Com essa

alteração, na leitura e no objetivo da lei, passaram a ser capazes as pessoas com enfermidade ou deficiência mental que não tiverem o necessário discernimento e os excepcionais, conforme o art. 114 da Lei n. 13.146/2015¹.

Ponto inovador e polêmico foi que a curatela somente será exercida para os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, como dispõe o art.85 do EPD (BRASIL, 2015). Observa-se que com a nova lei não se fala mais em interdição e somente em curatela, medida excepcional e de conteúdo econômico e financeiro do curatelado.

Assim, situações como exercício do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao casamento e união estável, à privacidade, à educação, ao trabalho, ao voto e à saúde não estão sujeitas à anuência de terceiros (BRASIL, 2015).

O anterior critério legal, por meio do discernimento, para a proteção do vulnerável, como as pessoas com transtornos e deficiências mentais; com a nova lei, mudou para a promoção do exercício da autonomia, como a obrigatoriedade do consentimento prévio, livre e esclarecido do deficiente para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica (BRASIL, 2015), cuja capacidade de entendimento na medicina é definida pelo médico, chamada de competência.

Assim, insere-se o problema deste trabalho, pois, com a nova lei, de que forma é aferida a competência do deficiente e pessoa com transtorno mental² para emitir sua vontade, e, quais recursos, sobretudo a linguagem, que o médico utiliza a fim de estabelecer diálogo com o paciente para trazer efetividade³ ao termo de consentimento livre e esclarecido?

¹ Art. 114. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

I - (Revogado);

II - (Revogado);

III - (Revogado).” (NR)

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

.....

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

.....

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” (NR) [...] (BRASIL, 2015).

² A concepção “doentes mentais” abarca todos os indivíduos os quais se enquadravam no art.3º inc. II e art.4º inc. III do Código Civil, anterior à modificação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao considerar os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tinham o necessário discernimento para a prática desses atos e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, antes considerados como absolutamente e relativamente incapazes, respectivamente, e, agora, com a nova lei, considerados capazes para todos os atos da vida civil. Contudo, ressalta-se que o termo mais adequado, objeto de estudo no capítulo 4, é pessoa com transtorno ou deficiência mental, e, na pesquisa clínica, paciente neuropsiquiátrico.

³ Utiliza-se a ideia de efetividade com base em Sander (2007) e Gustin e Dias (2012), para quem entendem que efetividade abarca o conceito de eficácia e eficiência, na medida em que se propõe com a presente pesquisa não só investigar a eficácia do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como verificar o cumprimento de seus

Portanto, a fim de se verificar se esse menino de 17 anos ao completar 18 anos será capaz de ter condições de emitir seu consentimento na relação médico-paciente, objetiva-se nesta tese demonstrar se é efetivo o consentimento informado das pessoas com transtornos e deficiências mentais com o advento da Lei n. 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência e, com os resultados obtidos, junto a uma análise fenomenológica, apresentar críticas e propor possíveis soluções e/ou interpretações que apresentem as reais necessidades desses indivíduos para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

Outro ponto é identificar se e como os médicos se adaptaram à nova lei, sobretudo, no que diz respeito à abordagem e à linguagem a serem empregadas a esse paciente.

Nesse caminho, estes estudos trazem como marco teórico a filosofia fenomenológica, com enfoque nas ideias de Husserl e Heidegger, no sentido de que a partir do desvelamento e compreensão, cujo método consiste na descrição do modo e como dos objetos, e não o que significam, afastam-se de conceitos teóricos (HEIDEGGER, 2009b), porém, sem desprezá-los, para que a partir da crítica de tais conceitos se (re) construam novos entendimentos.

Na medida em que cada pessoa é um ser-aí (HEIDEGGER, 2005), tem a sua própria história de vida, não é possível tratar todos os deficientes e pessoas com transtornos mentais em uma mesma lei. Daí o papel da fenomenologia, de buscar compreender a essência do ser, despindo-o de qualquer tipo de pré-compreensão (HUSSERL, 2008).

Para se investigar o problema proposto foram utilizados os métodos a seguir, tendo como processo de estudo principal além do hermenêutico-fenomenológico, também o exploratório:

1. Revisão bibliográfica: análise das legislações e atos normativos pertinentes ao estudo e relacionadas a este, os principais autores que estudaram ou estudam a capacidade das pessoas deficientes mentais e com transtornos mentais, e as correntes teóricas presentes no direito civil, biodireito e bioética, psiquiatria e neurologia, além de autores de hermenêutica fenomenológica que trabalham com a linguagem.

2. Estudo jurisprudencial acerca do entendimento dos tribunais, sobretudo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e tribunais estaduais, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), relacionados à aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3. Pesquisa de campo no ambulatório Bias Fortes da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), para se investigar a forma de abordagem e linguagem empregada pelo médico junto ao paciente deficiente e com transtorno mental.

Nesse sentido, imprescindível a pesquisa de campo, cuja metodologia se baseou na observação e questionário estruturado avaliado por este pesquisador nas consultas médicas de pacientes com alguma dificuldade ou enfermidade neurocognitiva assistidos no ambulatório Bias Fortes da Faculdade de Medicina da UFMG.

Daí a importância da hermenêutica, sobretudo com o olhar da fenomenologia, de forma a “despir” os preconceitos e os tabus enfrentados com as pessoas com transtornos e deficiências mentais, para torná-los agentes de seus próprios interesses e vontades, desde que haja a possibilidade de compreensão e entendimento desses indivíduos na relação médico-paciente.

Faz-se necessária, assim, a atenção da sociedade em acolher os “novos capazes” emancipados com o EPD no sentido de vencer as barreiras de sempre serem tratados como vulneráveis, coitados, à deriva e a margem da sociedade, e buscar formas de entendimento e compreensão para que essa suposta autonomia, criada com a nova lei, não os tornem ainda mais desprotegidos e desprezados, com “vozes sem som”.

Nesse sentido, a construção da teoria das capacidades não pode ser concretizada de forma rígida e dogmática, pois, se estamos falando de pessoas, a aplicação da lei no caso concreto jamais pode ser a mesma em todas as situações. “Deve ser permanentemente construída e reconstruída, sendo informada por opções de valor e infiltrada por percepções sociais”. (MARTINS-COSTA, 2009, p.305).

Dessa forma, só assim será possível desvelar e revelar em si mesmo o outro, inclusive o deficiente e a pessoa com transtorno mental, que tanto precisam de nossa compreensão e entendimento para enxergar a si próprios, e se estarem no mundo.

Assim, com esta tese busca-se trazer um novo olhar para a sempre discutida teoria das incapacidades, com o enfoque no consentimento livre e esclarecido das pessoas com transtornos e deficiências mentais, trazendo novas possibilidades e formas de pensar. A pesquisa jurídica nas palavras de Lopes (2018, p.111), “é fina teia de tecido inconcluso”, isto é, há sempre um novo caminho a seguir e novas ideias a serem aplicadas na construção do conhecimento.

O direito só se realiza na vida, ele faz parte da vida, e por isso precisa fazer sentido (LOPES, 2018), daí a razão de se buscar respostas que sejam mais adequadas para que o

Estatuto da Pessoa com Deficiência não se torne uma lei que mais desproteja do que proteja esses indivíduos vulneráveis.

Partindo dessa premissa, no capítulo 2 cumpre investigar a origem e a evolução da capacidade civil brasileira e sua incidência no que tange às pessoas com transtornos e deficiências mentais, com base na legislação, doutrina jurídica e entendimento dos tribunais brasileiros. Isso se fará necessário de forma a compreender ao longo do tempo como a capacidade dessas pessoas foi restringida no Brasil, para se entender a possibilidade do exercício da autonomia em tratamentos médicos.

Com o capítulo 3, explicitar a adequação dos ordenamentos jurídicos de alguns países que ratificaram a Convenção de Nova York de 2006, para que ao final se possa comparar com o Brasil e verificar de que forma essas leis estrangeiras podem contribuir para o aprimoramento da legislação brasileira, sobretudo no que tange à autonomia das pessoas com transtornos e deficiências mentais na relação médico-paciente. Considerando a proximidade com a língua latina e a semelhança cultural, optou-se por analisar Portugal, Argentina, Espanha e Itália, a serem abordados nesta ordem.

No capítulo 4 visa-se a abordar a (in) capacidade desses indivíduos sob o enfoque interdisciplinar, com a visão da literatura médica, da psicologia e do direito, além de explicitar os princípios constitucionais e de biodireito e de bioética aplicáveis, principalmente na relação médico-paciente. Diante de o tema ser essencialmente interdisciplinar, não é possível uma análise restrita ao Direito, na medida em que a busca de soluções adequadas exigem o olhar de todas as ciências que este estudo comporta.

Já no capítulo 5 será abordada a relação entre autonomia e incapacidade, trazendo a evolução do conceito de autonomia, bem como seu entendimento junto aos direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana. Afinal, o consentimento do paciente parte do exercício da manifestação da vontade, um dos pilares do Direito Privado, sendo imprescindível abarcar nestes estudos.

Com o capítulo 6, objetiva-se contextualizar o consentimento livre e esclarecido, bem seus requisitos e sua aplicação na relação médico-paciente, e sua evolução como exercício da autonomia; para que, no capítulo 7, seja discutida a aplicação do termo de consentimento livre e esclarecido com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, também são relevantes as críticas ao paternalismo médico, de forma que a vontade do paciente seja soberana, e, à medicina defensiva, pois o médico deve atuar em favor do enfermo e não de si próprio.

No capítulo 8 propõe-se discutir um novo olhar para a autonomia dos pacientes neuropsiquiátricos com o consentimento informado, a partir da correlação entre linguagem e hermenêutica. Afinal, considerando a crítica que esta tese apresenta para o exercício da autonomia desses indivíduos, a comunicação e a interpretação tornam-se caminhos para tentar compreender em que medida essa vontade pode ser legítima. Assim, com o apoio da fenomenologia busca-se afastar de preconceitos para se adentrar na compreensão de mundo dessas pessoas.

Ao final, apresentar-se-á possíveis soluções e caminhos para a incessante discussão que permeia a autonomia do paciente, sobretudo àquele com transtorno e deficiência mental, a partir da pesquisa de campo realizada e discutida no capítulo 9, com a propositura de um esboço de projeto de lei no capítulo 10 que possa ser mais adequado à realidade brasileira. Diante de uma temática tão sensível, não se pode limitar a estudos jurídicos teóricos, sendo primordial adentrar-se ao “mundo” que abarcam essas pessoas; além de “provocar” uma proposta legislativa, ainda que incipiente, na medida em que é o papel de um pesquisador que se propõe ir além de uma pesquisa teórica em uma tese de doutorado.

Isso porque, visualiza-se, a priori, um problema estrutural, tanto na elaboração como na aplicação das leis, ou seja, os critérios de capacidade precisam de um intenso diálogo entre legisladores, juízes, médicos, pacientes e sociedade, o que muito carece desse estado que se diz democrático de direito.

É neste sentido que se justifica o tema desta pesquisa, para se verificar a efetividade do consentimento livre e esclarecido das pessoas com transtorno e deficiência mental, no sentido de discutir e propor ajustes ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, para se garantir a dignidade destes indivíduos, junto a uma análise hermenêutico-filosófica.

2 REGIME DAS (IN) CAPACIDADES JURÍDICAS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E DEFICIÊNCIAS MENTAIS NO BRASIL

A autonomia, desde a Grécia Antiga, sempre foi um dos pilares do Direito, sob o auspício da liberdade, na construção da dignidade e personalidade do indivíduo. Nesse sentido, a manifestação da vontade desde então é regulada nos ordenamentos jurídicos, para preservar os próprios interesses de quem emana, quanto de quem recepciona essa vontade, tanto em aspectos existenciais, como em patrimoniais.

As enfermidades, principalmente as de ordem neuropsíquicas, podem comprometer o discernimento, e, por consequência, prejudicar a autodeterminação da pessoa. Além disso, o contato com substâncias entorpecentes e a ingestão excessiva de álcool, como também a maturidade, comprometem a qualidade da vontade.

Dessa forma, o regime das incapacidades se tornou mola propulsora para a teoria das nulidades de atos e negócios jurídicos, de forma a trazer segurança jurídica nas relações em sociedade, ao determinar quem não pode exercer plenamente sua autonomia.

Considerando que o tema deste trabalho envolve o consentimento das pessoas com transtornos e deficiências mentais, quem possui o comprometimento de suas capacidades neuropsíquicas, é salutar discorrer neste capítulo o regime das (in) capacidades jurídicas no Brasil e a sua evolução antes da vigência do Código Civil de 1916 até os dias atuais, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para tanto, inicialmente, abordar-se-á o entendimento antes do Código Civil de 1916, após, a disposição do Código Civil de 1916, em seguida o Código Civil de 2002, para, ao final, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Independentemente do marco legal, o instituto das incapacidades sempre teve sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, seja para garantir a proteção aos vulneráveis, seja para propiciar uma suposta autonomia.

Assim, verificar-se-á ao longo deste capítulo, que a extensão do exercício da personalidade, o que se denomina de capacidade jurídica⁴, sofreu grandes mudanças, de um extremo amordaçador, para outro libertador.

⁴ “A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito (também dita de aquisição ou de gozo), reconhecida indistintamente a toda e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica; e capacidade de fato (ou de exercício), que é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil. [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.326).

2.1 Antes do Código Civil de 1916

Até a vigência do Código Civil de 1916, a capacidade jurídica das pessoas com doenças e deficiências neuropsiquiátricas era regida pelas leis portuguesas, as chamadas ordenações, como se tratará adiante.

Naquela época o termo loucura era comumente utilizado para qualquer tipo de desvio comportamental (ROSENVALD, 2014) e não se cogitava qualquer possibilidade do paciente incapaz ter direito de exprimir sua vontade para qualquer tipo de tratamento médico.

Regido pelas ordenações portuguesas, era incapaz o chamado “furioso” ou mentecapto, o que por enfermidade ou deficiência mental não tinha a capacidade e discernimento para o exercício dos atos de sua vida civil. Observa Carvalho (2013) que naquela época não é possível concluir que houvesse a consolidação de uma teoria das capacidades, pois a expressão capacidade e discernimento eram expressões empregadas de forma individualizada. O termo empregado “firme consciência de si” era o mais próximo do que seria o discernimento com a vigência do Código Civil de 2002.

A Ordenação Afonsina remetia a curadoria do desasisado (termo empregado a quem sofria de algum transtorno mental) maior de 25 anos ao pai, à mãe, ou à esposa e, na falta deles, ao avô paterno, irmão maior de 25 anos, ou alguém designado pelo juiz. Caso tivesse intervalos lúcidos, poderia administrar os bens, mesmo com curador (PORTUGAL, 2021). Na possibilidade de estar curado, restituir-se-iam os bens (PORTUGAL, 2021).

Nas Ordenações Manuelinas, os loucos, chamados sandeus e desasisados, eram representados através da curadoria, entregue ao pai ou à esposa, responsáveis pelos bens e civilmente pelos atos causados por eles em caso de dano a outrem. Cessada a sandice, os bens eram restituídos ao curado, inclusive com a prestação de contas da administração dos bens (PORTUGAL, 2020). Na ausência do pai, da esposa, ou de outro parente maior de 25 anos, a curadoria era designada a alguém idôneo pelo juiz (PORTUGAL, 2020).

As Ordenações Filipinas, vigentes antes do Código Civil de 1916, previam a curatela aos maiores de vinte e cinco anos, quando considerado mentecapto ou pródigo. Incluíam-se os desasisados e os desmemoriados, termo empregado naquela época para aqueles que sofriam de alguma demência. Distinguiam-se os dementes, como aqueles que tinham a ausência total de raciocínio, fracos e débeis de nascença, enquanto os loucos seriam aqueles com acesso de furor, daí o nome de furiosos, de paixão exaltada, de excessos ao entusiasmo (PORTUGAL,

1870). Em suma, eram considerados incapazes os que não regiam suas pessoas e bens (CARVALHO, 2013).

Com a independência do Brasil em 1822, as Ordenações Filipinas continuaram vigentes, mesmo após a promulgação do Código Civil Português em 1867, diante de uma lei do governo imperial de 1823. Somente com a Constituição de 1824, com base no artigo 179, inciso XVIII, que houve determinação para a elaboração de um Código Civil (SOUZA, 2015).

Até a vigência do primeiro código civil, de 1916, alguns documentos normativos foram criados, como o Decreto Imperial n. 82 de 18 de julho de 1841, com a fundação do Hospício Pedro II no Rio de Janeiro, inaugurado em 1853, após o Decreto n. 1.077 de 4 de dezembro de 1852. Em 1903, com o Decreto n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903, disciplinava que o portador de moléstia mental que compromettesse a ordem pública ou segurança das pessoas, deveria ser recolhido a estabelecimento de alienados (SOUZA, 2015).

Somente em 1858, com a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, é que passa a ser introduzido o vocábulo capacidade, sem precisão técnica, pelo que não podia se afirmar na construção de uma teoria das incapacidades. No que tange aos pacientes neuropsiquiátricos, Teixeira de Freitas adota o termo loucos de todo gênero, empregado no Código Criminal de 1830 (CARVALHO, 2013).

O artigo 315 das Consolidações estabelecia que o curador fosse responsável pelo patrimônio do louco e deveria providenciar o tratamento médico que ele necessitasse, além de responsabilizar-se caso o demente causasse dano a outrem, uma das razões em que lhe era permitido prendê-lo (artigos 319 e 320). O artigo 322 previa que no caso de intervalos lúcidos ou de loucura não cessaria a curatela, mas o demente poderia administrar seus bens, e se recuperasse o perfeito juízo, cessaria a curatela (artigo 321) (SOUZA, 2015).

Já com o Esboço do Código Civil, Teixeira de Freitas adotou o termo alienado ao invés de “loucos de todo o gênero” para designar os doentes mentais (FREITAS, 1952). Foi no Esboço que se teve notícia da clara definição do que se trataria de incapacidade civil, ao se referir a estado de capacidade e ao trazer os conceitos de capacidade de direito e capacidade de fato (FREITAS, 1952).

Cabe ressaltar a inovação trazida por Teixeira de Freitas com o termo incapacidade de direito, normas de ordem pública, como os pais não poderem dispor mais que um terço de seu patrimônio em testamento, o que não se confundia com capacidade de direito ou de fato, pois impedia o exercício de direito limitado em lei, independente de a pessoa ser capaz (FREITAS, 1952).

A representação dos alienados, considerados absolutamente incapazes, se daria aos pais e, na falta destes, por um curador (FREITAS, 1952). Os atos jurídicos com a decretação da incapacidade seriam dados por meio de sentença ou em exceção de nulidade se o ato não fosse praticado no intervalo de lucidez (FREITAS, 1952), o que subentende que Freitas adotaria como critério o discernimento.

A designação alienados também foi adotada no projeto inicial de Clovis Beviláqua em outubro de 1899, com a expressão alienados de qualquer espécie, modificada para loucos de todo o gênero, pela comissão revisora do Projeto, em 1900, a qual foi adotada no Código Civil de 1916 (CARVALHO, 2013).

2.2 Código Civil de 1916

As pessoas com transtornos e deficiências mentais no Código Civil de 1916 se enquadravam como absolutamente incapazes, designados como loucos de todo o gênero, conforme art.5º, inc. II da referida lei⁵.

Ressalta Rosenvald (2014) que à época em que o código foi promulgado a medicina ainda não era capaz de catalogar o rol de transtornos mentais, adotando-se essa expressão que transmite estigma e imprecisão.

Dessa forma, foi taxado de louco desde o chamado furioso até aqueles que em razão de um acidente tivessem uma lesão que comprometesse sua cognição neuropsíquica. Nas palavras de Pereira (1971, p.167), “[...] a incapacidade por alienação comporta, afora os loucos pròpriamente dito, todos os pacientes de anomalias ou deficiências que colocam o indivíduo em condições inferiores quanto à acuidade de espírito. [...]”.

Diante de tantas situações que poderiam abarcar o comprometimento do discernimento e o estado mental dos indivíduos, gerou uma infundável discussão pelo legislador, adotando o termo “loucos de todo o gênero” (PEREIRA, 1971).

Ademais, ao taxar todos os transtornos e deficiências mentais como estados de incapacidade civil absoluta, deixou o legislador, à época, de considerar os momentos de lucidez ou sintomas transitórios de transtornos psíquicos, não se cogitando naquele momento mitigação da incapacidade (CARVALHO, 1957).

⁵ Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. (BRASIL, 1916).

Assim, quaisquer atos praticados pelo incapaz, mesmo em intervalos de lucidez seriam declarados nulos. Nesse sentido, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) na apelação cível de n. 1.0000.00.183484-5/000 do processo n.1834845-74.2000.8.13.0000:

Assim, em que pese não ser a deficiência física, por si só, capaz de motivar a interdição, casos há, como o dos autos, em que, subtraída a capacidade de manifestação da vontade de seu portador, com o comprometimento da verbalização oral, agravado com a dificuldade motora para a escrita e o baixo nível de instrução, impõe-se, no interesse do próprio incapaz, dar-lhe curador que o represente, nos comezinhos atos de percepção de benefício previdenciário, expedientes bancários e outros da cada vez mais complexa vida civil diária (MINAS GERAIS, 2000).

No referido caso, o TJMG enquadrou o interditado na hipótese do louco de todo gênero, ainda que não comprovada a deficiência ou doença mental, pelo simples fato da mudez e do baixo nível de instrução, junto à dificuldade motora.

Da mesma forma, julgou o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, no processo n. 0010341-52.2001.8.19.0000, ao entender que a doença mental caracteriza a incapacidade, e, o laudo pericial, mostrou-se satisfatório para caracterizar a interdição total:

Direito Civil. Interdição promovida pelo cônjuge. Comprovação pericial da incapacidade do interditando. Loucos de todo gênero denominação ilimitada aos casos de distúrbio mental. Alcance da enfermidade decorrente de acidente. Decretação da interdição plena. Inconformismo do Ministério Público interveniente na lide sob alegação de tratar-se de incapacidade relativa. Curatela relativa. Insustentabilidade das razões. Fato não configurado diante da prova produzida. Recurso não provido. Decisão confirmada. (RIO DE JANEIRO, 2002).

O louco do Código Civil de 1916 estava sujeito à curatela, conforme previsto no art.446, inc.I. Eram titulares para promover a interdição, conforme art.447, no inc. I, o pai, a mãe ou o tutor; ao adquirir a maioridade, no inc. II, pelo cônjuge ou algum parente próximo; e no inc. III pelo Ministério Público, só intervindo este último no caso de loucura furiosa, que seriam aqueles pacientes que poderiam causar algum dano a si ou a outrem, ou, se não existisse, e, não promovesse a interdição, aqueles citados no inc. II, ou, se existirem, forem menores incapazes, previsão contida no art. 448 (BRASIL, 1916).

Determinava o art.450 que, antes do juiz se pronunciar acerca da interdição, ele deveria arguir o paciente, ouvindo profissionais (BRASIL, 1916), o que não foi muito diferente do Código Civil de 2002 até a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e o EPD, ao introduzir a equipe interdisciplinar e a produção de prova em contrário do próprio curatelado, como se verá adiante.

A sentença que declarasse a interdição produziria seus efeitos desde logo, ou seja, *ex nunc*, estando sujeita a recurso, conforme art.452, sem prejuízo da aplicação imediata da curatela, como dispunha o art.453 (BRASIL, 1916).

Ponto que demonstra o preconceito naquela época foi a redação do art.457, ao determinar que os loucos, sempre que parecerem inconvenientes, deveriam ficar em casa, e, se exigido o seu tratamento, seriam também recolhidos em estabelecimento adequado (BRASIL, 1916).

Observa-se, assim, que naquela época, os pacientes neuropsiquiátricos ainda eram tratados com repugnância e desprezo, nem mesmo podendo sair de suas residências.

A incapacidade civil absoluta para o louco de todo o gênero só veio a se relativizar com o Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934, quando se determinou que a incapacidade civil do psicopata poderia ser absoluta ou relativa para os atos da vida civil (BRASIL, 1934). O referido decreto, que tratava da assistência aos *psicopatas*, passou a permitir que o juiz, no processo de interdição, fixasse os limites da curatela, podendo considerar o “louco” relativamente incapaz, desde que houvesse perícia médica prévia, condição necessária para avaliar a capacidade do paciente (GONÇALVES, 2013).

Ressalta-se que a incapacidade relativa adotada no decreto dita que o enfermo pode exercer determinados atos da vida civil de acordo com a perícia médica, ao passo que, na absoluta, são todos atos da vida civil. Ou seja, em um ou outro caso a curatela e a administração de bens ocorria para todos ou alguns atos da vida civil. Não se falava em assistência (BRASIL, 1934).

Na busca de reformular a política de saúde mental, outros documentos normativos foram criados, como a Lei n. 2.312, de 3 de setembro de 1954, ao estabelecer Normas Gerais sobre Defesa e Proteção da Saúde, e o Decreto n. 49.974A, de 21 de janeiro de 1961, que deu origem ao Código Nacional de Saúde, visando a dar uma assistência mais ampla ao enfermo mental (MOUREIRA, 2013).

Tais documentos procuraram efetivar mais a dignidade do paciente neuropsiquiátrico, como a extensão da assistência psiquiátrica pela família do psicopata, a prevenção de no mínimo possível de internações nosocomiais, e a competência do Ministério da Saúde para organizar e estimular a criação de serviços psiquiátricos de assistência (MOUREIRA, 2013).

Com a vigência do Código de Processo Civil de 1939 adotou-se o termo insanidade mental para aqueles submetidos à curatela, deixando de acompanhar a expressão “loucos de todo gênero” do Código Civil de 1916. Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1973,

optou por nenhuma designação, voltando a prevalecer o Código Civil de 1916 (SOUZA, 2015).

Outro marco importante, até a vigência do Código Civil de 2002, foi a Lei Antimanicomial, Lei n. 10.216/2001, a qual redirecionou o modelo assistencial na saúde mental e alterou o termo mais apropriado para pessoas portadoras de transtornos mentais. De acordo com o art.2º, parágrafo único:

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. (BRASIL, 2001)

Evidencia-se, com referido dispositivo legal, a garantia de direitos fundamentais da pessoa com transtornos mentais, como direito à saúde, integração social, informação, privacidade e comunicação, em observância à dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição da República de 1988.

Chama-se especial atenção à citada lei, ao dar importância ao consentimento do portador de transtorno mental, objeto de estudo desta pesquisa, como se observa no art. 6º, parágrafo único, inc. I, na obrigatoriedade do consentimento para a internação voluntária, e para as pesquisas científicas para fins terapêuticos ou de diagnósticos, que não poderiam ser realizadas sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, conforme o art. 11 (BRASIL, 2001).

Ademais, a Lei Antimanicomial estabeleceu que qualquer tipo de internação deverá ser indicada somente quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, sendo realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Quando se tratar de internação voluntária, deverá ser autorizada por um médico registrado no Conselho Regional de Medicina do estado onde se localiza o estabelecimento (BRASIL, 2001).

Com a referida lei, não houve qualquer alteração quanto ao critério para definir a incapacidade, restringindo-se ao exame médico pericial, mudança que só ocorreu com o advento do Código Civil de 2002, com base no discernimento.

2.3 Código Civil de 2002

As disposições do Código Civil de 1916 vigoraram até o ano de 2003, quando substituídas pelo projeto encaminhado desde o ano de 1973, consolidado em 2002 e em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003 (SOUZA, 2015). Trata-se da Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002.

O Código Civil de 2002, Lei n.10.406/2002, trouxe inovação ao instituto da capacidade civil ao utilizar o discernimento como parâmetro na incapacidade civil absoluta e relativa para o paciente neuropsiquiátrico.

No entanto, não trouxe qualquer disposição acerca do consentimento livre e esclarecido do paciente, o que poderia ser uma inovação no capítulo II referente aos direitos de personalidade, ainda que não houvesse sua exigência, em razão de tais direitos não serem cláusulas fechadas, pois se derivam da dignidade, na cláusula geral de tutela (BOMTEMPO, 2015), questão que será retomada no capítulo 4.

As hipóteses de incapacidade absoluta foram previstas no art. 3º e as da incapacidade relativa no art. 4º do Código⁶. No artigo 3º foram previstos os casos em que o indivíduo enfermo ou deficiente mental não tem o necessário discernimento para os atos da vida civil e aqueles que, mesmo por causa transitória, não são capazes de exprimir sua vontade. Já no art. 4º, os casos em que haveria apenas redução do discernimento, como os deficientes mentais e os excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo.

A lei distinguiu enfermo e deficiente mental, pois, a enfermidade pode ser transitória e, a deficiência, além de não ser doença, em regra, é de longo prazo. Dessa forma, graduou-se a deficiência mental, sendo, o privado de discernimento total, absolutamente incapaz, e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, ou seja, com o discernimento reduzido, como relativamente incapaz. Excepcionais seriam como exemplo as pessoas com Síndrome

⁶ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).

de Down, não se enquadrando os surdos-mudos como defendia alguns autores, como Gonçalves (2013), na medida em que estes indivíduos possuem deficiência física, e não mental ou intelectual.

Ao mesmo tempo, pactua-se com referido autor na medida em que “[...] Só os que não têm desenvolvimento mental completo são considerados relativamente incapazes. A larga acepção do vocábulo, que abrange a deficiência mental, poderia dispensar a alusão a esta, feita no inciso II do art. 4º, afastando o *bis in idem*.” (GONÇALVES, 2013, p.125).

Assim como o Código Civil de 1916, no art. 5º inc. II, que utilizou o vocábulo louco de todo gênero, no Código Civil de 2002, nos arts. 3º e 4º, a enfermidade mental aplicava-se a qualquer tipo de enfermidade que impeça o exercício dos atos da vida civil em razão do comprometimento do discernimento. Da mesma forma, a acepção deficiência mental nos arts. 3º inc. II, e no art. 4º inc. II, em razão da ausência e redução do discernimento, respectivamente. Já o termo excepcionais, para aqueles que não têm o desenvolvimento mental completo.

Critica Souza (2015) que com base nos estudos médicos na época da promulgação do Código Civil de 2002, o termo mais adequado⁷ seria transtornos mentais, na medida em que trazer o gênero da linguagem da psicologia e da medicina torna o tratamento jurídico das pessoas mais adequado, pelo que se pactua com referida autora.

“Enquadrados” em tais hipóteses os enfermos ou deficientes mentais eram submetidos à curatela, conforme previsão que era contida no art. 1.767 do Código Civil⁸, por meio do processo de interdição, cujo procedimento era previsto no Código de Processo Civil de 1973, nos arts.1.177 a 1.198, vigente até 15 de março de 2016⁹. A diferenciação é que nos casos de incapacidade absoluta, em que por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para os atos da vida civil e aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade, a pessoa era privada de exercer todos os atos da vida civil, sob pena de nulidade, e já na incapacidade relativa, como os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, além dos excepcionais, sem completo desenvolvimento mental, somente a determinados atos “deveriam” ser privados de exercer, sob pena de anulabilidade.

⁷ No capítulo 4 será retomada a discussão do termo mais adequado ao objeto destes estudos.

⁸ Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V - os pródigos. (BRASIL, 2002).

⁹ A partir de 16 de março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n.13.105 de 16 de março de 2015, o qual será objeto de análise no item 2.4.

Deveriam, porque na prática os processos de interdição em sua grande maioria interditavam os incapazes em praticamente todos os atos da vida civil. Os juízes preferiam “amordaçar” o interditando a lhe garantir o direito de exercer sua autonomia, mesmo se tivesse certo grau de discernimento em determinadas situações.

É o caso, por exemplo, da apelação cível n. 1.0024.04.501124-4/001 do processo n. 5011244-87.2004.8.13.0024 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

FAMÍLIA - INTERDIÇÃO E CURATELA - TRANSTORNO AFETIVO BIPOLAR - INCAPACIDADE - INTERVALOS DE LUCIDEZ QUE NÃO OBSTAM A INTERDIÇÃO. INTERDIÇÃO LIMITADA - POSSIBILIDADE. Demonstrado e comprovado diagnóstico de doença mental crônica, caracterizada por estágios cíclicos de perturbação, com inegável prejuízo cognitivo nestes períodos e insegurança psíquica nos intervalos de lucidez, prudente se faz a interdição e curatela para proteção do enfermo nos atos da vida civil de natureza negocial. (MINAS GERAIS, 2008).

Mesmo em razão de transtorno afetivo bipolar, os quais o curatelado apresentava intervalos de lucidez, comprovado por perícia nos autos, o tribunal entendeu aplicar a curatela para todos os atos de natureza negocial, ao invés de estudar a possibilidade de se aplicar a assistência para determinados atos.

Ora, se a curatela é um instrumento de proteção dos incapazes, de zelar pelos interesses patrimoniais e pessoais da pessoa, que não pode reger determinados, ou todos os interesses pessoais e patrimoniais (LOUREIRO, 2010), certo que o juiz tem o dever de garantir a autonomia privada¹⁰ desse indivíduo.

No processo de interdição mencionado, não foi possível identificar que o juiz, e muito menos o tribunal examinassem pessoalmente a paciente com arguições para que se pudesse ao menos verificar se ela detinha algum grau de discernimento, como estabelecia o art. 1.771 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Com a decretação da interdição, após a produção da prova pericial, o juiz designava o curador, conforme previa o art.1.183 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973).

Nesse caso, a prova pericial não foi precisa de que deveria a paciente ser impedida de exercer todos os atos de natureza patrimonial e negocial, conforme trecho abaixo extraído da apelação cível mencionada:

Percebe-se desse diagnóstico e laudo pericial, portanto, que a capacidade de reger a sua própria pessoa e administrar seus bens ficam afetados, somente, durante os denominados períodos de crise. Não pode ser descartado, entretanto, que em tais

¹⁰ O termo autonomia privada, adotado nestes estudos, será objeto de análise no capítulo 5.

momentos, cuja reiteração não é possível de ser prevista, o enfermo perde consideravelmente a capacidade de tomar decisões. Seu poder de concentração fica prejudicado e o juízo parece desordenado, refletindo em certa inaptidão para concluir seus pensamentos. (MINAS GERAIS, 2008).

No mesmo sentido, a apelação cível n. 70054088208 do processo de n. 0133447-26.2013.8.21.7000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em que a apelante sofria de esquizofrenia e depressão:

APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. INTERDITANDA COM DIAGNÓSTICO DE TRANSTORNO ESQUIZOFRÊNICO, COM SINTOMAS DEPRESSIVOS. LAUDOS PERICIAIS PSIQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO QUE CONCLUEM PELA INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O EXERCÍCIO DOS ATOS DA VIDA CIVIL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1.Sopesados todos os elementos de provas constantes dos autos, em especial a perícia médica psiquiátrica e a perícia psicológica realizadas pelo Departamento Médico Judiciário deste Tribunal, resta cabalmente comprovada a incapacidade definitiva da interditanda para os atos da vida civil, em decorrência do transtorno esquizofrênico, com sintomas depressivos, que a acomete, pois de todas as provas constantes do feito, apenas um único laudo psicológico concluiu pela capacidade da interditanda. 2. Nesse contexto, considerando que o inciso I do art. 1.767 do Código Civil dispõe que estão sujeitos à curatela "aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil", não merece reparos a sentença que decretou a interdição da requerida. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

A interditada ao fazer uso da medicação correta tinha intervalos de lucidez, no entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que seria aplicável a curatela para todos os atos da vida civil.

Assim como no Código Civil de 1916, o Código de 2002 não considerou os intervalos de lucidez, ao taxar a enfermidade e deficiência mental como estado permanente e contínuo. Isso porque, sobretudo em relações patrimoniais poderia se levar a infundáveis questionamentos se naquele momento o indivíduo tinha discernimento ou não para praticar aquele ato (GONÇALVES, 2013).

Mais absurdo o julgamento na apelação cível de n.º 0000033-84.1997.8.05.0032 da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia. O Ministério Público interpôs o recurso, pois a juíza não requereu perícia médica complementar, com base em laudo insuficiente e inconclusivo acerca da sanidade mental do paciente, porém, foi negado, com base no convencimento da própria julgadora, conforme fundamenta o acórdão:

Como as provas do processo prestam-se ao convencimento do Julgador e a ele são estas direcionadas, se pode ele ser convencido pela simples análise presencial, esta inquestionavelmente necessária, nada obsta que decrete a intervenção, com a

dispensa de respostas aos quesitos formulados pelas partes pelo profissional médico designado para a realização da perícia. (BAHIA, 2015).

Ora, com base nesse trecho acima, fica clara a atitude paternalista do tribunal, ao deferir a “morte civil” do paciente com base na “simples análise presencial”, sem levar em consideração toda a biografia do indivíduo, como se somente aquele momento fosse suficiente para interdité-lo para todos os atos da vida civil.

Dessa forma, percebe-se o evidente caráter patrimonialista que o Código de 2002 herdou do Código de 1916, visando à proteção do bem (coisa) e não do ser.

No entendimento divergente, no intuito de propiciar a autonomia dessas pessoas, em 2016 entrou em vigor a Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), ao modificar consideravelmente o regime das incapacidades do Código Civil de 2002.

2.4 Estatuto da Pessoa com Deficiência

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), houve mudanças profundas no regime das (in) capacidades do Código Civil de 2002.

A partir de 02 de janeiro de 2016 passaram a ser absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos, e relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, bem como os pródigos, como previsto antes, incluindo agora aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Com essa alteração, na leitura e objetivo do EPD, passaram a ser capazes as pessoas com enfermidade ou deficiência mental que não tiverem o necessário discernimento e os excepcionais, conforme o art. 114 da Lei n. 13.146/2015.

Tais mudanças ocorreram, pois, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi criado para se adequar à Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência¹¹, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2006, marco normativo mundial para a promoção da autonomia e o desenvolvimento da personalidade dos deficientes, sobretudo, os mentais.

Nesse sentido, a Convenção de 2006 estabeleceu no art. 12 que “os Estados Partes deverão reconhecer que as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de

¹¹ Referida Convenção foi assinada pelo Brasil em 30 de março de 2007, incorporando-se ao ordenamento jurídico nacional com força de emenda constitucional, por meio do Decreto n. 6.949/2009, em 25 de agosto de 2009 (MOUREIRA, 2013).

condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).

A intenção desse artigo foi disposta no art. 84 da Lei n.13.146/2015, ao prever que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Diante disso, a regra para qualquer deficiente, inclusive os mentais, é a capacidade, e a curatela, a exceção, conforme prevêem os parágrafos do mesmo artigo, medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (BRASIL, 2015).

Diante desse novo contexto, formaram-se duas correntes doutrinárias ainda em fase de discussão, a da dignidade-vulnerabilidade, como expoente Fernando Simão, a qual critica as modificações do EPD na medida em que a vulnerabilidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais deveria ser protegida; e a da dignidade-liberdade, liderada por Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald e Flávio Tartuce, dando-se primazia, portanto, à autonomia desses indivíduos, adotada no EPD (TARTUCE, 2016).

Conforme Madaleno (2013), a vulnerabilidade está relacionada à ou às condições que determinada pessoa ou grupo de pessoas se encontra (m), o que requer um tratamento diferenciado de forma a garantir-lhe (s) maior proteção legal, como ocorre com a criança e o adolescente, os idosos e o consumidor. O que não era diferente com as pessoas com transtornos e deficiências mentais, pois, agora considerados capazes na leitura do EPD, como assegurar-lhes sua integral proteção?

Filia-se o autor destes estudos à corrente dignidade-vulnerabilidade, na medida em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência mudou expressivamente a proteção desses até então incapazes, dando-lhes instrumentos de suporte pouco convincentes, se previamente pode-se dizer, como a tomada de decisão apoiada (TDA), prevista no art. 116 do referido diploma legal.

Na tentativa de dar suporte ao deficiente, o EPD inovou com a criação do instituto da tomada de decisão apoiada (TDA), que é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade (BRASIL, 2015).

A TDA apesar de ser um instituto que pode ajudar a pessoa com transtorno ou deficiência mental a estar menos desprotegida, é um tanto questionável, pois ao mesmo tempo

cabe ao próprio indivíduo decidir se quer que alguém lhe auxilie na manifestação de sua vontade, e quem seriam essas pessoas. Ora, se há uma redução do discernimento é possível que essas pessoas podem ser enganadas por seus apoiadores, mesmo com a condição de passar pela chancela judicial.

Contudo, autores como Nogueira e Silva (2018), defendem que “a tomada de decisão apoiada corrobora o escopo da efetivação da vontade da pessoa em maior medida, haja vista que não perpassa pela interdição, mas consegue dar algum suporte à pessoa para atuação nos espaços de liberdade que lhes são próprios.” (NOGUEIRA; SILVA, 2018, p.113).

Ponto inovador do Estatuto foi a autocuratela¹², com a alteração do art. 1.768, no inc. IV do Código Civil de 2002, a qual foi revogada com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a Lei n.13.105/2015. O art. 1.768. inc. IV permitia que o próprio interessado pudesse promover a sua interdição e nomear curador para lhe representar.

Destaca-se a possibilidade da curatela compartilhada, da Lei n. 13.146/2015 ao incluir o art.1775-A no Código Civil de 2002, de forma a resguardar ainda mais os interesses do curatelado.

No que tange a estes estudos, e que será objeto de análise ao longo desta tese, foi a previsão expressa do Estatuto do direito ao consentimento livre e esclarecido no art. 12, ao impor que é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

Ponto também inovador e polêmico foi que a curatela somente será exercida para os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, como dispõe o art. 85 do EPD. Com a nova lei não se fala mais em interdição e somente em curatela, medida excepcional e de conteúdo econômico e financeiro do curatelado.

Nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou no Recurso Especial n. 1.694.984:

8. Nos termos do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146 de 2015, pessoa com deficiência é a que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º), não devendo ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (conforme os arts. 6º e 84).

9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir. (BRASIL, 2017).

¹² A autocuratela será objeto de mais estudos no capítulo 6.3.

Assim, situações como exercício do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao casamento e união estável, à privacidade, à educação, ao trabalho, ao voto e à saúde, não estão sujeitas à anuência de terceiros, conforme prevê o art. 85, §1º da Lei n.13.146/2015 (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, é possível afirmar que com a nova lei não existe mais o critério de discernimento no que tange à capacidade civil, retirando a proteção anterior para atos patrimoniais.

Dessa forma, com o EPD todos deficientes passaram a ser tratados iguais do ponto de vista formal, deixando de observar que cada tipo de deficiência possui suas especificidades e necessidades diferentes, não sendo possível tratar da mesma maneira um deficiente físico com um deficiente mental, assim como um deficiente mental com síndrome de down com um deficiente mental com autismo, ou um indivíduo com síndrome de down com grau mais avançado com outro de grau mais leve.

Pacientes com esquizofrenia, por exemplo, quando estão na fase aguda da doença apresentam quadros psicóticos que impossibilitam sua capacidade de discernimento. São frequentes déficits cognitivos que dificultam a tomada de decisões (POZÓN, 2015).

Valverde e Inchauspe (2014) apresentam estudos cujos resultados da competência para decidir dos pacientes psicóticos se mostram ambíguos, todavia, nunca uma incapacidade generalizada. Com base em Amador, os autores informam que a incompetência está associada à falta de consciência da enfermidade em 60% dos casos (VALVERDE; INCHAUSPE, 2014). Em outro estudo, 48% teriam capacidade para consentir, mas outros mostram diferenças claras na compreensão relacionada à população de controle, bem como alguns estudos apontam que a capacidade de compreender e consentir não está relacionada com a sintomatologia psicótica, e outros são ambíguos (VALVERDE; INCHAUSPE, 2014).

Com a vigência do novo Código de Processo Civil (CPC), Lei n.13.105/2015 a partir de 18 de março de 2016, criou-se divergência na doutrina, na medida em que os arts.747 a 758 da referida lei tratam do processo de interdição, entrando em conflito com o EPD. Autores como Tartuce (2016) defendem que seria necessária a criação de uma nova lei, pois, com a edição de nova norma, o novo CPC deveria ser reestruturado, abortando-se a ideia de interdição nos moldes previstos anteriormente. Já Lôbo (2015) argumenta que o novo CPC deve ser interpretado em conformidade com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já que tal lei retrata o disposto na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos,

o qual o Brasil é signatário, e, que, portanto, tem força de Emenda Constitucional, prevalecendo sobre a nova lei processual.

Entende-se que o EPD deve ser interpretado junto ao novo CPC, no processo da curatela. Não se verifica conflito entre os dois diplomas legais, na medida em que a nova lei processual também busca promover a autonomia do paciente, como dispõe o art.751¹³, ao tratar da entrevista do curatelado, o art.755¹⁴, ao definir na sentença os limites da curatela em alcançar somente os atos que realmente o paciente não seja capaz de exercer, o art.758¹⁵, ao determinar que seja obrigação do curador promover o apoio e o tratamento adequado para a autonomia do curatelado, e o art.756 §4º, ao permitir o levantamento parcial da curatela, quando comprovado que o curatelado consegue realizar determinado ato, antes declarado incapaz.

A curatela para atos existenciais é excepcionalíssima para os casos em que a pessoa com transtorno e deficiência mental não tenha qualquer condição de exercer sua autonomia, na falta total de discernimento, à luz de uma interpretação constitucional-civil no caso concreto, conjugada ao CPC de 2015, na medida em que o EPD autoriza somente atos de natureza patrimonial e negocial. Já para atos patrimoniais e negociais o próprio Estatuto traz a previsão da curatela, a ser aplicada também conforme a alteração do Código Civil de 2002 e do próprio CPC. Assim, não se verifica contradição ou conflito entre o CPC e o EPD.

¹³ Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

§ 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver.

§ 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.

§ 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.

§ 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas. (BRASIL, 2015).

¹⁴ Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

§ 2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.

§ 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente. (BRASIL, 2015).

¹⁵ Art. 758. O curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito. (BRASIL, 2015).

Como destacam Stancioli e Pereira (2016), o diploma civil, em sua disposição anterior, no art. 1.767¹⁶, não presumia a incapacidade do deficiente ou pessoa com transtorno mental, que somente era estabelecida no processo de interdição quando havia ausência ou redução do discernimento, afetando o exercício dos atos da vida civil, na qualidade da vontade¹⁷.

Nesse aspecto, com o EPD, alguns tribunais têm entendido que a ausência dessa qualidade de vontade, ou uma impossibilidade de manifestar vontade, enquadraria na hipótese de incapacidade relativa, com a nova redação do art.4º, inc. III do Código Civil de 2002 alterado pelo EPD, como o julgamento da apelação cível n. 0004852-38.2012.8.16.0095 da 12ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná:

É certo que o Estatuto das Pessoas com Deficiência trouxe nova perspectiva legal, de modo que os deficientes não mais são absolutamente incapazes, mas relativamente capazes. Entretanto, o instituto da interdição, e, conseqüentemente, na curatela, continua vigente no ordenamento, e não se resume a interesse de gestão patrimonial. Vai além. Serve à defesa do melhor interesse do interditando, bem como também a viabilizar seus cuidados adequadamente pelo curador, e de modo amplo obviamente que na medida das reais necessidades daquele. Serve ainda para prevenir terceiros. Impende salientar que o art. 84, § 1º, do Estatuto das Pessoas com Deficiência expressamente prevê a submissão à curatela, quando necessário. [...] Assim, em razão da própria doença da qual o interditando é portador (Esquizofrenia Paranoide – CID 10:F20.0), como relatado pela perícia realizada nestes autos, não há como limitar a curatela tão somente aos atos patrimoniais. Ao contrário do que entendeu o julgador singular, a doença da qual o interditando é portador justifica a ampliação dos efeitos da curatela a todos atos da vida civil, pois os motivos pelos quais não é ele capaz de realizá-los são facilmente extraídos das considerações do perito, em razão da incapacidade de realizar juízos de valor, fazer escolhas e julgamentos. (PARANÁ, 2020).

Ocorre que tal interpretação colide com as próprias razões de motivação do Estatuto, ao garantir a capacidade de todo e qualquer deficiente para atos existenciais. Diante disso, revela-se a insegurança jurídica criada, pois, em outro julgado, da apelação cível n. 0000796-31.2018.8.16.0101, o próprio Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), pela 11ª Câmara Cível, entendeu que quando não há qualidade da vontade, o que em outras palavras, quando o paciente não tem o discernimento necessário, em razão da doença ou deficiência

¹⁶ Redação original: Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos. (BRASIL, 2002).

¹⁷ Essa discussão ainda será retomada ao longo destes estudos e mais adiante no item 4.3.

neuropsiquiátrica, se enquadraria na hipótese da nova redação do art. 4º, inc. III do Código Civil, mas somente para atos de natureza patrimonial e negocial, como prevê o Estatuto:

Importante esclarecer que a impossibilidade transitória ou permanente de exprimir vontade, diferentemente do que sustenta a Recorrente, é causa de incapacidade relativa, segundo o artigo 4º, inciso III, do Código Civil, e não mais absoluta, desde que promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Não obstante isso, a genitora, na qualidade de curadora do filho, é responsável por zelar pelos interesses dele, e nos termos do artigo 758 do CPC, deverá “buscar tratamento e apoio apropriados”, independentemente dos limites estabelecidos para os efeitos da curatela. Deste modo, os efeitos da curatela devem ser mantidos apenas para os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. (PARANÁ, 2020).

No referido julgamento ficou demonstrado que o curatelado nem sequer sabia dizer o seu nome e o da cidade a qual reside, e, mesmo assim o tribunal paranaense entendeu que a curatela não poderia se estender a atos existenciais (PARANÁ, 2020), em razão da disposição expressa no Estatuto de que a curatela não alcançaria atos de natureza existencial.

Destaca-se que os dois julgados do Tribunal de Justiça do Paraná tiveram um intervalo de uma semana de um julgamento para o outro, com posicionamentos tão distintos e casos diferentes. No primeiro caso, o curatelado tinha comportamento agressivo, mas não tinha um transtorno mental tão grave como o do segundo caso, cujo curatelado nem sequer sabia o seu nome, e, mesmo assim, não foi privado de exercer atos existenciais, ao passo que, o curatelado do primeiro caso foi privado de exercer todos os atos da vida civil.

No que tange à perícia, conforme a redação do CPC de 2015 em seu art.753, a perícia deve ser realizada por equipe multidisciplinar, e o laudo pericial deve indicar especificamente para quais atos a curatela é necessária, e não o juiz (BRASIL, 2015). Dessa forma, a sentença deve observar as potencialidades, habilidades, vontades e preferências do curatelado, como prevê o art. 755 do CPC (BRASIL, 2015), o que não foi observado em nenhum dos dois casos analisados do TJPR.

Frisa-se que não se está defendendo a incapacidade absoluta das pessoas com transtornos e deficiências mentais para todos os atos da vida civil. Contudo, a revolução radical do regime da capacidade civil com a nova lei foi de um extremo ao outro. Em um contexto outrora paternalista, tornou-se liberalista¹⁸.

Partindo-se do pressuposto de que doença mental e deficiência mental são distintas, pode-se afirmar que somente com o Código Civil de 2002 o legislador se preocupou em dar tratamento diferente para tais situações, na medida em que a primeira se revela um estado

¹⁸ Essa discussão será retomada nos capítulos 3 e 4.

patológico, a princípio pelo estado atual da ciência, e a segunda um traço permanente da pessoa que impede o pleno exercício de suas faculdades mentais e cognitivas (RAMOS CHAPARRO, 1995).

Contudo, como se pontuou até aqui, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, enfermidade e deficiência mental passaram a ser catalogadas da mesma forma, como se todos esses indivíduos tivessem condições de se autodeterminarem, ainda que se trate de transtornos mentais ou neuropsiquiátricos.

Sejam furiosos, mentecaptos, loucos de todo o gênero, os que não possuem discernimento necessário, enfermos mentais, excepcionais, deficientes, transtornos mentais ou neuropsiquiátricos, uma única lei a tratar todas as variedades e especificidades dos transtornos mentais e deficiências cognitivas não traz efetividade ao exercício da autonomia de tais pessoas, pois cada um tem sua própria história, daí a importância da hermenêutica fenomenológica, a ser tratada mais adiante nos capítulos 7 e seguintes.

Dessa forma, não é possível limitar a construção biográfica de um indivíduo com base em uma letra fria da lei, sem se atentar que isto envolve para além do direito, o que requer a sua análise sob o prisma interdisciplinar, perpassado pelo discurso bioético, a partir do entendimento das ciências que compõem o objeto de estudo desta tese, como se propõe abordar no capítulo 4.

Porém, antes disso, far-se-á necessária a análise de como o regime das incapacidades foi modificado com a Convenção de Nova York de 2006 em outros países signatários, de forma a comparar com o Brasil, para se propor, a partir dessa análise, críticas e construção de soluções que sejam mais adequadas à realidade brasileira.

3 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COM A CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 2006

Como fora abordado no capítulo 2, o Brasil tentou se adequar à Convenção de Nova York de 2006 com a Lei n.13.146/2015, o EPD, em razão de ter assinado referido documento internacional.

Tratando-se de uma norma internacional, vários países também foram signatários dessa convenção da ONU.

Dessa forma, objetiva-se neste capítulo explicitar a adequação dos ordenamentos jurídicos de alguns países que ratificaram a Convenção de Nova York, de forma que, ao final, seja possível comparar com o Brasil, e verificar de que maneira esses ordenamentos jurídicos estrangeiros podem contribuir para o aprimoramento da legislação brasileira, sobretudo no que tange à autonomia das pessoas com transtornos e deficiências mentais na relação médico-paciente.

Considerando a proximidade com a língua latina e a semelhança cultural, optou-se por analisar Portugal, Argentina, Espanha e Itália, a serem abordados nesta ordem.

3.1 Portugal

Em 14 de agosto de 2018 entrou em vigor a Lei n.49/2018 em Portugal, a qual revogou os institutos da interdição e da inabilitação, criando o chamando acompanhamento de maiores, modificando o código civil português de 1966.

Com a modificação pela Lei n.49/2018, foi introduzida a Subseção III, Maiores Acompanhados, na lei civil portuguesa.

Alguns autores, como Cunha Lança (2019), elogiam o novo termo, acompanhamento, na medida em que significa seguir a mesma direção que outrem, o que se busca com o novo instituto. Nessa mesma ideia, Cordeiro (2018), diferencia com o modelo anterior, o qual a vontade do incapaz era substituída, e, no acompanhamento, há somente uma espécie de apoio, com a ajuda de alguém que possa defender a autonomia e o interesse do deficiente. Por isso, segue Cordeiro (2018), que o acompanhamento é o que melhor corresponde à intenção normativa e cultural.

O acompanhamento é concedido quando o maior de 18 anos é impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e

conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, conforme art.138 do Código Civil (PORTUGAL, 2018).

Discorre Cunha Lança (2019), com base no referido art. 138 do código civil português, que para determinar uma medida de acompanhamento é necessária duas condições de forma cumulativa: que o indivíduo tenha uma doença, deficiência, ou comportamento que exija a adoção de tal medida; e que esteja impossibilitado de exercer seus direitos de forma plena, pessoal, e conscientemente, o que demonstra que o discernimento também é critério para o deferimento do acompanhamento, ao contrário da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Nesse sentido, evidencia-se que a lei portuguesa distinguiu de forma clara deficiência e doença, não se confundindo os dois conceitos, que possuem conotações distintas, e evitam o estigma do deficiente como doente (CUNHA LANÇA, 2019), o que a Lei n. 13.146/2015 brasileira não tratou de distinguir.

Quem decide o acompanhamento é o tribunal, sendo permitidas medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do requerido, conforme o art.139 (PORTUGAL, 2018). No Brasil, a curatela, desde que justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos, conforme o art. 749, parágrafo único do CPC (BRASIL, 2015).

Conforme o art.140, o acompanhamento objetiva assegurar o bem-estar do acompanhado, visando à sua recuperação e o pleno exercício de seus direitos e cumprimento dos deveres, salvo exceções legais ou determinadas em sentença (PORTUGAL, 2018). É semelhante ao Brasil, pelo art. 758 do CPC, que dispõe que o curador deve buscar tratamento e apoio apropriados à autonomia do interdito (BRASIL, 2015).

Observa-se que não se fala mais em interdição e nem inabilitação na nova lei portuguesa, o que seria a incapacidade absoluta e relativa, respectivamente, no Brasil de outrora, antes da vigência do EPD. Cita-se como exemplo, o processo n.909/16.0T8CLD.C1.S1, proferido pela 7ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

II - A anomalia psíquica, enquanto causa incapacitante que fundamenta a interdição, abrange todas as deficiências, não apenas do intelecto, mas também da vontade, afetividade e sensibilidade, devendo ser atual (e não passada ou futura) e permanente (e não meramente acidental ou transitória) e assumir uma gravidade tal que interfira com as faculdades do indivíduo, de modo a tolher a sua capacidade de reger a sua pessoa e bens.

III - Quando essas patologias, embora permanentes, não revistam gravidade que permita declarar a interdição, é de aplicar a inabilitação, tal como sucede quando se

constate que as capacidades da pessoa se encontram diminuídas mas que a interferência no seu discernimento, vontade e querer não a tornam completamente inapta para governar a sua pessoa e bens.

IV - Resultando da factualidade provada que o requerido apresenta deterioração de alguns aspetos cognitivos, que o tornam dependente da ajuda de terceiros para realizar certas tarefas que exijam níveis de abstração e complexidade superiores, mas que o quadro clínico apurado não o impede, atualmente, de fazer a gestão diária da sua pessoa e bens, ficando apenas comprometidas as atividades ou tarefas mais complexas ou exigentes, é adequada a convoção levada a cabo pela Relação que, ao abrigo do art. 905.º, n.º 3, do CPC, decretou a inabilitação, ao invés da interdição. (PORTUGAL, 2019).

A ideia do instituto do acompanhamento é uma forma semelhante à tomada de decisão apoiada no Brasil, prevalecendo sempre o acompanhamento, como uma espécie de apoio ou assistência de forma a assegurar o máximo possível a autonomia do indivíduo (PORTUGAL, 2018).

Aponta Cunha Lança (2019), que essa ideia de assistência deve cumprir o objetivo de dever geral de cooperação e da solidariedade familiar, para que o acompanhamento seja efetivo, sob pena de se tornar “letra morta” no texto legal.

Entende-se que, assim como na tomada de decisão apoiada e curatela no Brasil, que qualquer instituto de assistência deve-se primar pelos deveres de solidariedade e cooperação, basilares nas relações privadas e familiares.

O acompanhamento é requerido pelo próprio interessado ou mediante sua autorização pelo cônjuge, companheiro ou parente sucessível, além do Ministério Público (MP), o qual independente de autorização. Ou seja, é facultado pela parte interessada, como na TDA, porém, como é o único instituto existente para a assistência da pessoa, dependendo do tipo de deficiência, grau da doença ou circunstâncias, o MP pode requerer (PORTUGAL, 2018).

Assim, inovou a lei portuguesa ao permitir que o próprio interessado requeira o acompanhamento, bem como o companheiro ou companheira.

Na segunda parte do art.141, o código civil português autoriza que o acompanhamento seja suprido pelo tribunal, caso o interessado não possa livre e conscientemente dar a autorização para que o seja feito, ou considere existir um fundamento convincente, seja em razão do grave comprometimento do discernimento ou da impossibilidade de manifestar a vontade, como exemplos.

O acompanhante deve ser maior e em pleno exercício dos seus direitos, e, em regra, é escolhido pelo acompanhado, sendo designado judicialmente, assim como na TDA e na curatela no Brasil. Na falta de escolha, o acompanhamento é deferido, no respectivo processo, à pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário,

designadamente: a) Ao cônjuge não separado, judicialmente ou de fato; b) Ao unido de fato; c) A qualquer dos pais; d) À pessoa designada pelos pais ou pela pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou em documento autêntico ou autenticado; e) Aos filhos maiores; f) A qualquer dos avós; g) À pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado; h) Ao mandatário a quem o acompanhado tenha conferido poderes de representação; i) A outra pessoa idônea (PORTUGAL, 2018).

Nesse sentido, entendeu o Tribunal da Relação de Coimbra, no processo de n. 139/18.6T8VLF.C1, ao deferir o acompanhamento à filha mais velha, em detrimento do cônjuge, por ser aquela que teria mais condições de exercer o encargo:

1. - No âmbito do regime de maiores acompanhados, o acompanhamento deve ser deferido, na falta de escolha pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, a quem melhor salvaguardar o interesse imperioso da pessoa do acompanhado, sendo este o critério a atender para a designação, não assumindo relevo outros interesses, que não se centrem na pessoa do acompanhado.
2. - Se o cônjuge do acompanhado já não reúne, pela sua idade avançada, condições físicas e funcionais para o exercício do cargo de acompanhante, não sendo de admitir um exercício do cargo – de feição *intuitu personae* – por interposta pessoa (mesmo que através de algum dos filhos), e existem três filhos em condições de exercerem tal cargo, deve a designação recair sobre um destes.
3. - Tendo a filha mais velha do acompanhado condições pessoais para o exercício do cargo de acompanhante de seu pai e nada se provando em seu desabono, é razoável e equilibrada a sua nomeação, se os outros dois filhos foram designados como vogais do conselho de família, cabendo a um destes o cargo de protutor. (COIMBRA, 2020).

Na legislação brasileira, o CPC de 2015 inovou ao atribuir à curatela quem melhor atenda aos interesses do curatelado, o que entra em conflito com o art.1.775 do Código Civil de 2002, ao atribuir primeiramente ao cônjuge ou companheiro, na sua ausência, o pai ou a mãe, e, não havendo estes, aos descendentes, os mais próximos precedem ao mais remoto, e, caso não haja parentes, compete ao juiz a escolha. Considerando que o CPC de 2015 é a norma posterior, e que o processo de interdição compete à lei processual, entende-se que o sentido da nova norma processual é o mais adequado para a proteção do curatelado, na medida em que nem sempre os parentes mais próximos são quem melhor poderão atender aos interesses do interditando.

Na mesma linha o EPD, no art. 85, §3º, dispôs que, no caso de pessoa em situação de institucionalização, ao ser nomeado curador, deve-se dar preferência à pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado (BRASIL, 2015).

No que tange ao mandatário, este pode ser instituído inclusive antes de o acompanhado perder parcial ou totalmente a possibilidade do exercício de seus direitos, em

razão de doença ou deficiência mental, por meio de uma diretiva antecipada de vontade, regulamentada pela Lei n.25/2012, que “Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV)” (PORTUGAL, 2012).

Isto significa que o futuro acompanhado pode designar previamente seu acompanhante mesmo que não apresente no momento da instituição qualquer problema de saúde. O mandato pode ser registrado em um cartório notarial e pode ser revogado a qualquer momento, não substitui o acompanhamento, mas pode ser aproveitado pelo tribunal em todo ou em parte (PORTUGAL, 2019).

No Brasil, apesar de não existir previsão legal, a Resolução n.1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina admite a instituição de um representante para cuidados e tratamentos médicos, em razão da incapacidade posterior do mandatário, conhecido como mandato duradouro (BOMTEMPO, 2013a).

Ponto inovador no instituto do acompanhamento é que podem ser designados vários acompanhantes, com diferentes funções (PORTUGAL, 2018), assim como na TDA no Brasil. A diferença é que, no Brasil, a lei exige no mínimo dois apoiadores, e, em Portugal, no mínimo um. Ademais, a curatela no Brasil pode ser compartilhada, inovação também trazida pelo EPD.

Assim como no Brasil, com a tomada de decisão apoiada, o acompanhante pode pedir ao tribunal a mudança do acompanhado e de suas funções (PORTUGAL, 2019).

As funções exercidas pelo acompanhante não são remuneradas, devendo o acompanhante ser reembolsado somente das despesas efetuadas e obrigado a prestar contas ao tribunal, assim como no Brasil, com o curador na prestação de contas, que pode ser remunerado. Já na TDA, não há vedação expressa para que o apoiador possa ser remunerado, e aplica-se de forma subsidiária a prestação de contas da curatela (BRASIL, 2015).

Visando se adequar à Convenção de Nova York de 2006, para se garantir o máximo possível de autonomia ao acompanhado, o acompanhamento limita-se ao necessário (PORTUGAL, 2018).

Cunha Lança (2019) denomina de princípio da intervenção mínima, pelo que o conteúdo do acompanhamento deve ser direcionado à solução da alternativa menos restritiva, não devendo o tribunal estar adstrito ao peticionado, como administração total ou parcial de bens; autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; representação geral ou representação especial com indicação expressa dos atos a serem

representados; exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprirem; intervenções de outros tipos, devidamente fundamentadas.

Já no Brasil, ressalta-se que a tomada de decisão apoiada permite somente a assistência para atos de natureza patrimonial e negocial, a partir da leitura da Lei n. 13.146/2015.

Conforme o art.146, no exercício da sua função, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada. O acompanhante mantém um contato permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada (PORTUGAL, 2018).

Destaca-se o termo “bom pai de família”, o que remete a ideia antiga do “homem médio”, sobretudo diante da sociedade plural do mundo moderno com os diversos arranjos familiares atualmente existentes.

Defende Cunha Lança (2019), que o termo está associado aos deveres de cuidado e diligência que o acompanhante deve respeitar na situação concreta.

Novamente de forma a preservar a autodeterminação da pessoa, prevê o art.147 que o exercício de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente pelo acompanhado são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar (PORTUGAL, 2018), assim como prevê também a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência brasileira. A diferença é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não prevê que os atos existenciais possam ser restringidos por decisão judicial, conforme dispõe o art.85.

Assim como no Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, a regra em Portugal é a capacidade absoluta para atos existenciais, como o direito ao consentimento livre esclarecido na relação médico-paciente, de forma a preservar a dignidade humana.

Questão inovadora é que a internação do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal. Em caso de urgência, a internação pode ser imediatamente solicitada pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz (PORTUGAL, 2018).

Com a alteração do Código Civil com o Estatuto da Pessoa com Deficiência no art.1.777, estabeleceu-se que as pessoas que não puderem exprimir sua vontade terão preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o recolhimento a

estabelecimentos que afastem desse convívio. No mesmo sentido, a Lei Antimanicomial, Lei n. 10.216/2001, em seu art.4º, define que a internação em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, de forma a preservar a dignidade e o convívio familiar do paciente (BRASIL, 2001).

Ressalta Cordeiro (2018), que a internação, com a nova lei portuguesa, pode ocorrer, além de um hospital, clínica particular e, também, no próprio lar do acompanhado, de forma a trazer mais autonomia e dignidade.

A cessação do acompanhamento ou sua modificação ocorre somente mediante autorização judicial (PORTUGAL, 2018), assim como ocorre com a curatela no Brasil.

Por fim, ressalta-se que o acompanhamento tem revisão periódica no mínimo de cinco em cinco anos, salvo tempo inferior na sentença (PORTUGAL, 2018), de forma a sempre preservar a autonomia do indivíduo, caso qualquer causa que restringiu o exercício de sua autonomia se atenuar ou se extinga.

Já no Brasil, a TDA e a curatela não têm revisão periódica, e a curatela é levantada sempre que demonstrada a cessação da causa que determinou a interdição total ou parcial (BRASIL, 2015).

Do exposto, conclui-se que o instituto do acompanhamento, criado em Portugal, para se adequar à Convenção de Nova York de 2006, foi bastante ousado ao criar um único instituto de assistência/representação. Observa-se a preocupação do legislador português em buscar mais autonomia à pessoa com deficiência e/ou transtorno mental, contudo, ainda é possível entender que caberá ao juiz definir a extensão do acompanhamento, inclusive para atos existenciais, desde que fundamentado.

Dessa forma, compreende-se que o acompanhamento possui mais avanços que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, na medida em que o exercício de atos existenciais não é absoluto pelo acompanhado, o que poderia comprometer sua própria dignidade, bem como há previsão de mais de um acompanhado e revisão periódica do acompanhamento. Ademais, Portugal observou que doença e deficiência são conceitos distintos, ao contrário do EPD, e que cabe ao juiz, junto a uma equipe multidisciplinar, definir a extensão dos atos do acompanhado, de forma a preservar a sua autonomia sempre que possível, sem desproteger, ao garantir sua dignidade.

Todavia, a forma como a lei será aplicada ainda é bastante incipiente, devido ao tempo de vigência, pelo que se espera tornar-se modelo para outros países, assim como o modelo argentino, também bastante elogiado, conforme será abordado a seguir.

3.2 Argentina

A partir de 1º de agosto de 2015 entrou em vigor o novo Código Civil e Comercial da Argentina, trazendo profundas inovações, sobretudo, no que tange ao regime de capacidade jurídica, para estar em sintonia com a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual é signatária.

O Código da Nação, como é mais conhecido, alterou o anterior Código de Vélez, ao retirar a designação de incapacidade absoluta para pessoas incapazes para o exercício dos atos da vida civil, sendo: pessoas por nascer, como os nascituros; a pessoa que não conta com idade e grau de maturidade suficiente, deixando de existir a anterior designação de menores impúberes e menores adultos, com a chamada capacidade progressiva para crianças e adolescentes; e a pessoa declarada incapaz por sentença judicial, não havendo mais restrição em relação aos surdos e mudos, e os dementes, conforme o art.24 (ARGENTINA, 2014).

A Lei n.26.984 de 26 de outubro de 2014 retirou a incapacidade absoluta dos surdos e mudos que não sabem escrever e os dementes, ou seja, as pessoas com transtornos e deficiências mentais e intelectuais passaram a ter capacidade para o exercício da vida civil. Isso no sentido de que “as limitações da capacidade não podem ser totais ou absolutas, eliminando-se a condição de pessoa - “morte civil” -, negando-se o conceito de sujeito de direito.” (FERNÁNDEZ, 2015, p.2, tradução nossa)¹⁹.

Noticia Fernández (2015) que o Novo Código Civil Argentino além de se alinhar à Convenção Internacional de Nova York incorporada no país pela Lei n. 26.378 que lhe outorgou hierarquia constitucional, ratificou o que já dispunha a Lei n. 26.657 de 2010, a Lei Nacional de Saúde Mental. Referida lei estabelece em seus arts. 3 e 5 a capacidade como regra, independente de sua condição de saúde mental, seus antecedentes de tratamento hospitalar, conflitos familiares, sociais ou culturais²⁰.

¹⁹ las limitaciones a la capacidad no pueden ser totales o absolutas, eliminando la condición de persona -“muerte civil”-, negando el concepto de sujeto de derecho.

²⁰ ARTICULO 3º — En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de:

- a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso;
- b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona;
- c) Elección o identidad sexual;
- d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.

Isto se corrobora no art. 31 do novo Código, o qual estabelece em sua alínea a) que a capacidade geral do exercício da pessoa humana se presume, ainda quando se encontre internada em um estabelecimento assistencial. Além disso, na alínea b) dispõe que as limitações da capacidade são de caráter excepcional e se impõe sempre em benefício da pessoa. Na alínea c) a intervenção estatal tem sempre caráter interdisciplinar, tanto no tratamento como no processo judicial; bem como a pessoa tem direito a receber informação através de meios e tecnologias adequadas a sua compreensão, conforme a alínea d). (ARGENTINA, 2014).

Observa-se, portanto, a preocupação do legislador argentino em promover a autonomia das pessoas com transtornos e deficiências mentais ao assegurar-lhes no Código da Nação a capacidade jurídica, mesmo se tais pessoas estiverem internadas em estabelecimento assistencial. Contudo, é possível que esses indivíduos possam exercer com autonomia os atos da vida civil nessas condições?

Conforme Ghersi (2017), é um absurdo presumir a capacidade de uma pessoa internada, tratando tal regramento de uma falta regulatória, inconstitucional e não convencional. Segue o autor:

A pessoa é internada com base na prestação de assistência médica realizada por um profissional, médico, psiquiatra, etc. e isso porque a pessoa necessita, e mesmo em certas oportunidades é imprescindível, hospitalização, para a qual terá afetado seu nível de intencionalidade e liberdade, com a qual não tem voluntariedade, base da capacidade (18). (GHERSI, 2017, tradução nossa)²¹.

No que tange à sentença judicial, ao determinar a incapacidade, pode o juiz restringir determinados atos de uma pessoa maior de 13 anos que padece de alteração mental permanente ou prolongada, de maior gravidade, sempre que do exercício de sua plena capacidade possa resultar um dano a sua pessoa ou a seus bens, conforme estabelece o art. 32 do Código da Nação (ARGENTINA, 2014).

Já no Brasil, enquanto não existe a maioria progressiva, outro ponto inovador e louvável no Código da Nação, o maior de 18 anos que for interditado, será curatelado de acordo com o seu estado de desenvolvimento mental como prevê o art.755 do CPC, o que

[...] ARTICULO 5° — La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado. (ARGENTINA, 2010).

²¹ La persona es internada a partir de una disposición de una prestación de salud que dispone un profesional, médico, psiquiatra, etc. y lo hace debido a que la persona necesita, e incluso en determinadas oportunidades es imprescindible, la internación, por lo cual aquélla tendrá afectado su nivel de intencionalidad y libertad, con lo cual no posee voluntariedad, base de la capacidad (18).

afasta a prática judicial paternalista de outrora, que interditava todos os atos da vida civil, mesmo porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê somente atos de natureza patrimonial e existencial, conforme art.85.

Dependendo do grau do discernimento, conforme o art.32 do Código da Nação, o juiz pode designar apoios, pessoas que tem a função de auxiliar a pessoa com a capacidade restringida para dirigir atos de sua vida existencial, negocial e patrimonial, facilitando a comunicação, a compreensão e a manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos (ARGENTINA, 2014). De acordo com o art.43, o interessado pode solicitar ao juiz a designação de uma ou mais pessoas para serem seu apoio, desde que não haja conflitos de interesse. Na nomeação são estabelecidas as condições e qualidades da medida de apoio, além de ser inscrita no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas (ARGENTINA, 2014), o que seria no Brasil o Cartório de Registro de Pessoas Naturais.

Nesse sentido, poderia se aplicar o sistema de apoio para pessoas com síndrome de Down que tem um grau moderado ou aqueles em fase inicial de Parkinson e Alzheimer.

O Código Civil e Comercial da Argentina confere ao juiz o poder-dever de nomear apoios ao paciente, enquanto no Brasil a tomada de decisão apoiada é uma faculdade da própria parte, conforme estabelece o art. 84 §2º do Estatuto, sendo requerido pelo interessado ao Juiz, de acordo com o art.116, e exige no mínimo duas pessoas, ao contrário da lei civil argentina, que exige uma, no mínimo.

Na Argentina, inclusive, a regra prática é primeiro nomear um ou mais apoios, e em medida extraordinária, caso não seja suficiente para a proteção da pessoa é que se nomeia o curador (KLEPP, 2015).

Por outro lado, como medida de caráter provisório e excepcional o juiz pode declarar a incapacidade da pessoa com transtorno mental, desde que a pessoa se encontre absolutamente impossibilitada de interagir a sua volta e expressar sua vontade por qualquer meio, modo ou formato adequado, e o sistema de apoio se resulte ineficaz, designando, portanto, um curador, conforme art.32 (ARGENTINA, 2014).

O contrário também é válido, quando a incapacidade pode ser revertida em apoio, como no julgamento da ação de n. CIV 014040/2009/CS001, em que a Corte Suprema de Justiça da Nação entendeu que o paciente era capaz de gerir sua vida com a ajuda de apoio, e não se tratava de incapacidade, na medida em que sua deficiência mental era moderada e podia expressar seus gostos e preferências:

DEFICIÊNCIA - CAPACIDADE RESTRITA - CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DA NAÇÃO - JULGAMENTO ARBITRÁRIO

O pronunciamento que declara a incapacidade do interditando nos termos do art. 32, último parágrafo, do Código Civil e Comercial da Nação é arbitrário por não ter considerado que, de acordo com as provas do processo, o interditando possui retardo mental moderado, mas pode realizar sua vida cotidiana com o auxílio de seus familiares de modo que não se trata de uma pessoa que é absolutamente incapaz de interagir com seu ambiente e expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado e a respeito do qual pode simplesmente afirmar que o sistema de apoio é ineficaz. -O desembargador Rosenkrantz, dissidente, considerou inadmissível o recurso extraordinário (art. 280 do CPCCN) (ARGENTINA, 2019, tradução nossa)²².

Observa-se que na Argentina, tanto a medida de apoio, como a curatela, não vedam a atuação do apoio ou curador nos atos existenciais da pessoa com transtorno e deficiência mental. A atuação deles se restringe a promover a autonomia e favorecer as decisões que respondam as preferências da pessoa protegida, conforme prevê o art.32 (ARGENTINA, 2014).

Para haver a declaração de incapacidade, conforme art. 34 e seguintes, deve haver entrevista pessoal do interessado, quem tem o direito de arrolar todas as provas para sua defesa, presença do Ministério Público e imprescindibilidade de uma equipe multidisciplinar (ARGENTINA, 2014).

Nesse sentido, assim aplicou a Suprema Corte de Justiça da Nação no julgamento da ação de n. CSJ 001872/2016/CS001:

CAPACIDADE - DEFICIÊNCIA - TUTORIA JUDICIAL EFETIVA - CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DA NAÇÃO

Corresponde ao juiz do lugar onde reside o interditando de forma estável intervir no processo de declaração de incapacidade ou restrição de capacidade iniciado há mais de 20 anos, dada a singular relevância que o princípio da tutela jurisdicional efetiva e a doutrina do Supremo Tribunal adquire nesta directiva constitucional, o Código Civil e Comercial da Nação atribui ao juiz a obrigação de rever a respectiva sentença, tarefa que deverá ser exercida com base em novos pareceres interdisciplinares e com audiência pessoal dos interessados. A proximidade física contribui para a realização dos fins normativos e afeta a concentração e outros aspectos práticos característicos deste tipo de realidades que requerem particular rapidez e eficácia (artigo 35.º do Código Civil e Comercial da Nação). -Do parecer

²² **DISCAPACIDAD - CAPACIDAD RESTRINGIDA - CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION - SENTENCIA ARBITRARIA**

El pronunciamiento que declara la incapacidad del causante en los términos del art. 32, último párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación es arbitrario ya que omitió considerar que, según las constancias obrantes en autos, el causante presenta retraso mental moderado pero puede llevar a cabo su vida cotidiana con asistencia de sus familiares de modo que no se trata de una persona que se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y respecto del cual puede afirmar sin más que el sistema de apoyos resulte ineficaz. -El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 CPCCN).

do Procurador-Geral a que se refere o Tribunal-. (ARGENTINA, 2017, tradução nossa)²³.

Nesse sentido, a importância que se deve dar a uma equipe multidisciplinar para atuar junto ao juiz, dando-lhe o suporte técnico necessário, para não restringir atos que as pessoas com transtornos ou deficiências mentais no caso concreto possam realizar. Daí a importância de se aferir se o paciente tem discernimento para o exercício de sua autonomia, como se defende nestes estudos. Assim, louvável esse ponto da nova lei civil argentina, assim como prevê também o CPC/2015 brasileiro no art. 753.

Além disso, a sentença deve determinar a extensão e o alcance da restrição e especificar as funções e atos que se limitam, com o fim de evitar o menor prejuízo possível à autonomia da pessoa, podendo designar mais de um curador ou apoios, assim como prevê o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A sentença deve ser revisada no período máximo de três anos (ARGENTINA, 2014), ao contrário do Brasil, onde não existe previsão, somente que deve ser em caráter excepcional e no menor tempo possível, como prevê o art.85, §2º do EPD.

A internação compulsória, conforme previsto no art.41, somente se cumpre conforme legislação especial e regras gerais, assim como no Brasil, com a Lei Antimanicomial, e, na Argentina, deve observar os seguintes ditames:

- a) Deve basear-se na avaliação de equipe interdisciplinar nos termos do artigo 37.º, que indique os motivos que o justificam e a inexistência de alternativa eficaz e menos restritiva da sua liberdade;
- b) só procede quando existe um risco certo e iminente de dano significativo à pessoa protegida ou a terceiros;
- c) é considerado um recurso terapêutico de caráter restritivo e pelo menor tempo possível; deve ser supervisionado periodicamente;
- d) o devido processo, o imediato controle judicial e o direito de defesa devem ser garantidos por meio de assistência jurídica;
- e) a sentença que aprova a internação deve especificar a finalidade, a duração e a periodicidade da revisão. (ARGENTINA, 2014, tradução nossa)²⁴.

23 CAPACIDAD - INCAPACIDAD - TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Corresponde al juez del lugar donde vive establemente el causante intervenir en el proceso de declaración de incapacidad o restricción de la capacidad iniciado hace más de 20 años pues ante la singular relevancia que adquiere el principio de tutela judicial efectiva y la doctrina de la Corte Suprema sobre esa directiva constitucional, el Código Civil y Comercial de la Nación asigna al juez la obligación de revisar la sentencia respectiva, tarea ésta que habrá de llevarse a cabo sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y con una audiencia personal del interesado, por lo que la cercanía física contribuye a la concreción de las finalidades normativas e incide en la concentración y demás aspectos prácticos característicos de este tipo de realidades que exigen particular celeridad y eficacia (artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación). -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

²⁴ a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;

Mesmo com a internação compulsória, a pessoa com enfermidade mental, goza de seus direitos fundamentais e suas extensões (ARGENTINA, 2014), como também prevê a Lei n.10.216/2001 no Brasil.

Por fim, um último aspecto que envolve a capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais no novo código civil argentino são os chamados inabilitados, que abarca mais especificamente os pródigos. Contudo, conforme dispõe o art. 48, a inabilitação também se aplica aqueles que padecem de uma alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que em relação a sua idade e meio social implica desvantagens consideráveis para integração familiar, social, educacional ou laboral. Com a declaração de inabilitação, o juiz designa um apoio para assistir o inabilitado (ARGENTINA, 2014).

O inabilitado seria uma gradação entre o interditado e o sistema de apoio somente, o que lei brasileira não prevê.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim como o Código da Nação, inovaram ao trazer a obrigatoriedade do consentimento prévio, livre e esclarecido, do paciente deficiente nos procedimentos hospitalares e tratamentos médicos.

O Novo Código Civil e Comercial Argentino estabelece de forma inovadora em seu art.59²⁵ o consentimento informado como direito da pessoa, inclusive a ortotanásia e as diretivas antecipadas de vontade.

b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;

c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;

d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;

e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

²⁵ ARTICULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que

A ortotanásia significa a morte em seu tempo certo, preservando seu curso natural, com a preservação da qualidade de vida do doente e sua dignidade, daí também ser chamada de direito de morrer com dignidade (BOMTEMPO, 2013a), ao contrário da eutanásia, que seria a abreviação da vida, antecipando a morte de um paciente que ainda tem possibilidades terapêuticas de viver de forma digna (DADALTO; CARVALHO, 2016).

Quando a pessoa ficar em condições que impossibilitem ou dificultem a sua manifestação vontade, é possível nomear um curador por meio de uma diretiva antecipada, previsto no art. 139 (ARGENTINA, 2014), conhecido como mandato duradouro²⁶, questão que infelizmente ainda não existe regramento legal a respeito no Brasil²⁷.

Diante desse panorama geral, a capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais no Novo Código Civil e Comercial Argentino pode ser enquadrada como: 1) plenamente capaz, desde que não seja declarado incapaz por sentença judicial; 2) com capacidade restringida, caso um ou alguns atos necessitam de um apoio em razão de alterações mentais que possam causar danos a si ou a seus bens; 3) inabilitação, aplicando-se especificamente aos pródigos ou pessoas com transtornos e deficiências mentais que em razão de sua enfermidade não consigam gerir seu patrimônio, dilapidando-o, ou tenham dificuldade de integração social; e 4) a incapacidade de exercício, pessoa declarada incapaz por sentença judicial para o exercício dos atos da vida civil, com a designação de curador, sendo uma medida em caráter excepcional e provisória (GÁLVEZ, 2015).

Observa-se que na Argentina, ao contrário do Brasil, ao menos há uma espécie de capacidade progressiva, ou o deficiente mental é capaz, ou tem sua capacidade restringida, ou se torna inabilitado, ou incapaz para o exercício de um ou mais atos para a vida civil, por meio de decisão judicial.

Nesse contexto, o Código da Nação trabalha com o regime de capacidade em quatro eixos, se assim pode se afirmar. É possível concluir que o cerne principal da aplicação de qual critério a ser adotado para a pessoa com transtorno ou deficiência mental será o seu grau de

acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. (ARGENTINA, 2014).

²⁶ Com relação ao *durable Power of attorney for health care* ou “mandato duradouro”, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p.85) explicam que se estabelece um representante para decidir e para tomar as providências cabíveis pelo paciente. Trata-se de um instrumento pelo qual a pessoa nomeia um ou mais representantes, que informarão os tratamentos médicos que quem os nomeou optaria em ser submetido, caso não pudesse exprimir a sua vontade.

²⁷ A Medicina à frente do Direito, representada pelo Conselho Federal de Medicina com a Resolução CFM n. 1995/2012, inovou ao permitir aos médicos que autorizem seus pacientes a fazer uso do testamento vital, assegurando-lhes sua autonomia. Ainda que referida resolução não tenha força de lei, por enquanto, é o documento normativo que mais regulamenta as diretivas antecipadas no território brasileiro.

discernimento, ou seja, em que medida o exercício de sua autonomia será efetivo, para haver qualidade na sua vontade. Esse seria o critério mais adequado, que, infelizmente, com o EPD, o Brasil desconsiderou, sob o manto de uma fórmula simplista e formalista de capacidade plena.

Portanto, pode-se afirmar que o Código da Nação é um modelo mais próximo do ideal na construção da autonomia e proteção das pessoas com transtornos e deficiências mentais e cognitivas, ao inovar com seu critério de capacidade progressiva, ao contrário da Espanha, que ainda pouco avançou legalmente, como se tratará a seguir.

3.3 Espanha

Desde maio de 2008 a Convenção de Nova York de 2006 passou a entrar em vigor na Espanha, em razão do disposto nos artigos 10.2 e 96.1 da Constituição espanhola (HERMOSA, 2018). De forma a se adequar ao tratado internacional, foram criadas a Lei n.26/2011, e a Lei n.15/2015, que alterou alguns dispositivos da lei civil espanhola e substituiu o termo incapacidade por pessoa com capacidade judicialmente modificada (CORDEIRO, 2018), como será visto mais adiante.

Mesmo com as referidas leis, a Espanha não alterou significativamente os institutos de incapacidade civil, mantendo a tutela e a curatela, composto pelos mesmos procedimentos. Conforme o Tribunal Supremo Espanhol, o procedimento de incapacitação (interdição) espanhol, vigente em 2008, cumpre todas as exigências do art. 12 da Convenção de Nova York, proferido pela sentença n.282/2009 (HERMOSA, 2018).

Apesar de Hermosa (2018) concordar com a posição do Tribunal Supremo Espanhol, somente os institutos de tutela e curatela são insuficientes para a autonomia do deficiente e da pessoa com transtorno mental que tenha um comprometimento cognitivo leve, e poderia necessitar de um apoio, como previsto no Brasil, Argentina e Itália, por exemplo.

Fato curioso, diferente do Brasil, é que a tutela é aplicada para os casos de incapacitação por sentença judicial, além dos menores de idade, como instituto de representação; e a curatela para os pródigos e emancipados, como instituto de assistência. Há também o instituto da guarda de fato, quando a pessoa é recolhida a uma instituição de proteção e apoio (ESPANHA, 1989).

Nesse contexto, aponta Hermosa (2018) que, com a vigência da Convenção de Nova York de 2006 na Espanha houve uma mudança radical nos tribunais espanhóis, na medida em

que os juízes passaram a deferir somente a tutela em casos extremos, dando-se primazia à curatela, para promover a autonomia do paciente, rompendo-se a cultura paternalista de outrora, sobretudo com a sentença n. 421/2013, ao dispor que a curatela seria o meio idôneo de adaptação ao art.12 da Convenção.

Ora, que autonomia seria essa, se o paciente precisaria ter autorização do curador para convalidação de seus atos?

A partir dos dois julgados abaixo, um no Tribunal Provincial de Madrid, ação n.28.045.00.2-2015/0007527, cujo recurso de apelação n.390/2017 foi julgado em 2018, e o outro no Tribunal Provincial de Galícia, ação n.27.028.42.1-2017/0002009, cujo recurso de apelação foi julgado em 2020, constata-se que não é bem assim.

O Tribunal de Madrid entendeu que a paciente, com doença de Alzheimer moderada, era capaz de gerir sua vida nos aspectos mais básicos da vida civil, modificando o regime da tutela (incapacidade total) deferida na decisão de 1ª instância, para a curatela (incapacidade parcial):

Com tais antecedentes fica claro e, portanto, deve-se concluir que Dona Tatiana pode realizar atividades básicas da vida diária e cuidar de seus cuidados e higiene pessoal e, portanto, é necessário revogar neste ponto a sentença recorrida e estimar, em parte, este motivo de recurso determinando que seja declarada a incapacidade parcial da Sra. Tatiana, que preservará a disposição e manuseio de pequenas quantias de dinheiro, seus cuidados e higiene pessoal, os atos de disposição *mortis causa*, visto que o testamento é uma ato pessoal, e o direito ao sufrágio não afetado, mantendo-se as demais medidas pactuadas. (MADRID, 2018, tradução nossa)²⁸.

Em contrapartida, o Tribunal de Galícia, com decisão mais atual, entendeu que o paciente, que sofre de derioração cognitiva moderada, em razão de alcoolismo, deve ser submetido à tutela:

Tanto a medida de internação na residência DOMUS VI, como a atribuição à FUNGA das funções de tutela e a extensão da modificação da capacidade de agir que foram deferidas na sentença, são adequadas e benéficas para o incapaz, pelo que ditas medidas devem ser mantidas, exceto em relação à supressão do direito de voto. O artigo único da Lei Orgânica 2/2018, de 5 de dezembro, para a Alteração da Lei Orgânica 5/1985, de 19 de junho, do Sistema Geral Eleitoral, para garantir o direito de voto a todas as pessoas com deficiência, eliminou os incisos b e c do primeiro inciso do art. 3º da citada lei e reformulou o segundo inciso, o qual passou a ter a

²⁸ Con tales antecedentes es claro y así hay que concluir que Doña Tatiana puede realizar actividades básicas de la vida diaria y atender a su atención y aseo personal y por ello procede revocar en este punto la sentencia recurrida y estimar, en parte, así este motivo de apelación determinando que se declara la incapacidad parcial de doña Tatiana quien conservará la disposición y manejo de cantidades pequeñas de dinero de bolsillo, su atención y aseo personal, los actos de disposición *mortis causa*, al ser el testamento un acto personalísimo, y el derecho de sufragio que no se ve afectado, manteniendo el resto de las medidas acordadas.

seguinte redação: Todos podem exercer o seu direito de voto, de forma consciente, livre e voluntária, qualquer que seja a forma de comunicá-lo com os meios de apoio que precisar. (GALICIA, 2020, tradução nossa)²⁹.

Fato curioso é que mesmo tendo condições de gerir em alguns aspectos básicos da sua vida, o tribunal interditou o paciente em todos os atos, mas manteve o direito ao voto, o que demonstra clara incongruência, pois se nem para atos existenciais, como consentimento para tratamento médico, ele foi impedido, mas poderia votar?

Hermosa (2018) expõe que na Espanha a Constituição garante que as pessoas com deficiência têm seus direitos políticos garantidos, e que a Lei n.5/1985, que dispõe sobre o Regime Geral Eleitoral, determina que os deficientes declarados incapazes em virtude de sentença judicial, somente ficarão privados de exercerem o direito ao sufrágio se a decisão expressamente determinar. Ao que parece, essa privação ainda deve ser fundamentada pelo juiz. Pontua Hermosa (2018) que uma coisa é não ter condições de gerir o próprio patrimônio, e outra coisa é exercitar o direito ao voto.

Porém, nesse caso do Tribunal de Galícia, o paciente foi impedido de exercer seus atos existenciais, à exceção do direito ao voto, o que não faz qualquer sentido, a não ser um interesse político, apesar desse autor não ser profundo conhecedor do ordenamento jurídico espanhol, mas é o que salta aos olhos inicialmente.

Acerca da lei civil propriamente dita, o Código Civil espanhol de 1989, atualmente vigente, dispõe em seu art.200, que são causas de incapacidade as enfermidades ou deficiências persistentes de caráter físico ou psíquico que impeçam o autogoverno, aplicando-se aos menores de idade, quando seja possível, ao prever que a causa de incapacitação persistirá mesmo após a maioridade, nos termos do art.201 (ESPANHA, 1989).

Ponto de discussão é que a Lei n.41/2003 dispõe que as pessoas com deficiência são aquelas que possuem uma limitação psíquica igual ou superior a 33%, e as afetadas física ou sensorialmente, igual ou superior a 65%. Del Río (2019) aponta que essa definição produz com independência que as pessoas com deficiência podem ser declaradas incapazes.

²⁹ Tanto la medida de internamiento en la residencia DOMUS VI, como la atribución a la FUNGA de las funciones tutelares y la extensión de la modificación de la capacidad de obrar que efectúa la sentencia de instancia, resulta adecuada y beneficiosa para el incapaz, por lo que dichas medidas ha de ser mantenidas, salvo en lo relativo a la supresión del derecho de sufragio. El artículo único de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la Modificación de las Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, suprimió los apartados b y c del punto primero del artículo 3 de la citada ley y dio nueva redacción al punto segundo que quedó redactado de la siguiente forma: Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo con los medios de apoyo que requiera.

Não se pode coadunar com tal assertiva, na medida em que, como se criticou no capítulo anterior, e será amplamente debatido nos próximos capítulos, não é tarefa do legislador ou do Direito definir em lei qual o percentual de deficiência para o indivíduo ser declarado incapaz. Ora, a partir de uma análise hermenêutica e bioética, a pessoa é muito mais que um número, e, cada limitação não representa uma incapacitação necessariamente, é um ser-aí (HEIDEGGER, 2009), que se apresenta ao mundo na sua própria particularidade e não se resume a uma letra de lei.

Discorre Del Río (2009), que, já a Lei n.39/2006, dispõe que a dependência é um estado de caráter permanente em que se encontram as pessoas em razão da idade, doença ou deficiência, ligada à falta de perda de autonomia física, mental, intelectual ou sensorial, e que precisam de outrem para realizar atividades básicas da vida diária.

Assim, observa-se que tanto as pessoas com deficiência previstas na Lei n.41/2003, como as pessoas com dependência, previstas na Lei n.39/2006 podem se enquadrar no art.200 do Código Civil espanhol, para serem tuteladas ou curateladas.

Apesar de Del Río (2019) afirmar que com as mudanças advindas do conceito de deficiência proposto pela Convenção de Nova York de 2006, e incorporado pelo ordenamento jurídico espanhol, de que a incapacitação saiu de um modelo de regulação médico para social, entende-se que este avanço na prática não se mostra de forma absoluta, como se abordou com os dois julgados acima, mesmo porque a Lei n. 41/2003 ainda se encontra vigente.

Por outro lado, no Brasil, nem mesmo há uma diferenciação de deficiências, já que a Lei n. 13.146/2015 tratou todos os deficientes em um mesmo contexto, como se criticou no capítulo 2 e será mais discutido nos capítulos seguintes.

No art. 222, a lei civil espanhola prevê que estão sujeitos à tutela os menores não emancipados, que estejam sob o pátrio poder, o que seria mais adequado, poder familiar; bem como os incapazes, quando a sentença haja estabelecido; e os menores desamparados (ESPANHA, 1989).

Já o art.287 dispõe que estão sujeitos à curatela as pessoas submetidas à sentença de incapacitação, em razão do grau de discernimento, e no art. 289 trata dos efeitos da curatela, a qual terá como objeto a assistência do curador para os atos que a sentença tenha expressamente estabelecido. O art. 290, de forma contraditória, estabelece que, se a sentença não especificar os atos que necessitam da assistência do curador, entende-se que se estende aos mesmos atos que os tutores necessitam. Na leitura que se faz, é que na prática, com o art.

290, a curatela seria a mesma coisa que a tutela, se o juiz não especificar os atos que o curatelado precisa de assistência (ESPANHA, 1989).

Observa-se que o código civil espanhol manteve o discernimento como critério de incapacitação na curatela, ponto elogiável, porém, com critérios objetivos, como se observa na Lei n.41/2003, enquanto que, no Brasil, com a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas com enfermidade mental e os excepcionais, independente do critério de discernimento, e desde que possam manifestar vontade, passaram a ser capazes, ponto de crítica nestes estudos.

O art.234 da lei civil espanhola disciplina a ordem de nomeação dos tutores, dando-se preferência inicialmente para aquele solicitado pelo próprio tutelado, ao cônjuge convivente, aos pais, as pessoas nomeadas por diretivas antecipadas de vontade, aos descendentes, ascendentes ou irmãos. O juiz pode também alterar a ordem de preferência, desde que fundamente o melhor interesse do tutelado (ESPANHA, 1989).

Questão inovadora e que foi incluída pela Lei n.41/2002, são as diretivas antecipadas de vontade na Espanha, cujo nome é instruções prévias, traduzido ao português. As instruções prévias são meios idôneos para que o paciente, em momento anterior à perda do discernimento ou na incapacidade de se manifestar, nomeia por documento particular ou público, um procurador, para cuidar de todos os atos da sua vida civil, sobretudo para questões médicas e de saúde.

Além da ordem indicada no art.234, pode o juiz, conforme o art.235, designar outra pessoa com quem se comprove que o tutelado tinha relações mais próximas e se mostre em benefício deste, como um amigo mais íntimo, e, inclusive, conforme previsão do art.242, podem ser tutores pessoas jurídicas sem fins lucrativos e cujos fins sejam a proteção de menores e pessoas incapacitadas (ESPANHA, 1989).

Na decisão discutida acima, do Tribunal Provincial de Galícia, ação n.27.028.42.1-2017/0002009, foi deferida a tutela a uma instituição, denominada FUNGA, pois o tribunal entendeu que ela melhor atendia aos interesses do tutelado.

No Brasil, além de não haver previsão legal de instituição de nomeação prévia de um curador por meio de uma diretiva antecipada de vontade³⁰, também não há previsão de que uma pessoa jurídica seja designada como curadora. Todavia, desde que atenda ao melhor interesse do curatelado e haja ausência das pessoas indicadas no art. 1.775 do Código Civil brasileiro, entende-se que não há proibição para nomear uma pessoa jurídica como curadora,

³⁰ Até o momento o único documento vigente é a Resolução n.1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, documentos normativo que rege a classe médica.

inclusive com base na leitura do art.747, inc. III³¹ cominado com o art.755, inc.I³² do CPC/2015.

Assim como no Brasil, pela inovação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com a curatela compartilhada, ao incluir o art. 1.775-A, a Espanha prevê também no art.236 o instituto da tutela compartilhada, desde que fundamentada pelo juiz e com a distinção dos encargos de cada tutor (ESPANHA, 1989).

Acerca da extinção da tutela, preconiza o art.227 do código civil espanhol que o feito ocorre quando se recupera o pátrio poder e, ao que interessa nestes estudos, por meio de decisão judicial que ponha fim à incapacitação, ou que substitua a tutela pela curatela (ESPANHA, 1989).

Observa-se que, assim como no Brasil, não existe previsão de revisão periódica da tutela ou curatela, como prevê a lei civil argentina e portuguesa.

No que tange à lei processual, a Ley de Enjuiciamiento Civil n.1/2000, o código de processo civil espanhol, disciplina nos artigos 756 e seguintes, no capítulo 2, o processo de incapacitação.

O art. 756 rege que o juiz competente para julgar o processo de incapacitação é o juiz de primeira instância do lugar onde reside a pessoa, ou seja, o domicílio (ESPANHA, 2000), assim como no Brasil.

São legitimados, conforme art. 757, o próprio indivíduo a ser submetido à incapacitação, cônjuge ou companheiro (a), descendentes, ascendentes, irmãos e Ministério Público. No caso de incapacitação de menor, somente é legitimado os pais ou quem exerce a tutela. Já em relação aos pródigos, somente quem depende do presumível incapaz ou os representantes legais, que, se não o fizerem, deve ser promovido pelo Ministério Público (ESPANHA, 2000).

Os legitimados não são muito diferentes do que dispõe o art.747 do CPC brasileiro, à exceção do próprio indivíduo, que foi revogado, pela vigência do CPC de 2015, havendo sido incluído anteriormente pelo EPD, como se abordou no capítulo 2.4.

Sendo o indivíduo legitimado a pedir a própria tutela na Espanha, convencionou-se chamar de “autotutela”, introduzindo-se um novo conceito para a autonomia do indivíduo, a

³¹ “Art. 747. A interdição pode ser promovida: [...] III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; [...]” (BRASIL, 2015).

³² “Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; [...]” (BRASIL, 2015).

partir de três dimensões: 1ª) a patrimonial, na independência socioeconômica; 2ª) adaptativa e interpessoal, para enfrentar os problemas do cotidiano da forma e maneira que se espera da idade e do contexto sociocultural; 3ª) e a pessoal, de forma a manter independência em relação às atividades mais básicas, como alimentação, higiene e autocuidado (BRETON-DIEZ *et al.*, 2017). Ressalta-se que essa autotutela é a possibilidade do próprio paciente gerir a sua vida existencial e patrimonial, no que for possível, não se confundindo com a possibilidade de ser legitimado para nomear alguém para ser seu curador.

No que tange à prova da incapacidade, a Espanha ainda não avançou no que diz respeito à obrigatoriedade de uma equipe multidisciplinar, como Brasil e Argentina, valendo-se somente da perícia médica, conforme o art.759 (ESPANHA, 2000).

A sentença de incapacitação prevista no art. 760 determinará a extensão desta e seus limites, assim como o regime de curatela, que eles denominam de tutela, ou guarda, a que será submetido o incapaz, além da necessidade de internação. No caso de prodigalidade, a sentença nomeará o assistente que representará o pródigo, bem como determinará os atos que possa realizar sem assistência (ESPANHA, 2000), como decisões de sua própria saúde.

Declarada a incapacidade, se sobrevierem novas circunstâncias que cessem uma ou todas as atividades antes declaradas incapacitantes, deve ser realizado um novo processo, inclusive como legitimado o próprio incapaz, nos termos do art.761 da lei processual civil espanhola (ESPANHA, 2000).

Observa-se que a sentença de incapacitação não é muito diferente da redação anterior do Código de Processo Civil de 1973 e do Código Civil de 2002 antes da vigência do Novo CPC de 2015 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil.

A internação involuntária está prevista no art. 763 em razão de transtornos psíquicos, e será sempre que possível precedida de autorização judicial, salvo em caráter excepcional em razão da urgência que se fizer necessária. De todo modo, a oitiva do paciente é obrigatória, sendo que, caso, acatada, o tribunal deve ser periodicamente informado do estado do enfermo para avaliação da necessidade da manutenção da medida. Caso o enfermo tenha alta, o tribunal deve ser comunicado imediatamente (ESPANHA, 2000), como também prevê a Lei Antimanicomial brasileira, n.10.216/2001.

Dado o panorama até então, com a Convenção de Nova York de 2006, a Espanha introduziu o referido diploma normativo internacional ao promulgar a Lei n.26/2011 e a Lei n.15/2015, ao modificar vários artigos da Ley de Enjuiciamiento Civil e do Código Civil.

Entre seus aspectos mais relevantes foi a disposição adicional sétima, para que houvesse uma adaptação normativa para o exercício da capacidade jurídica dos deficientes em igualdade de condições, inclusive aqueles com deficiência mental e intelectual (ESPANHA, 2011).

Todavia, ao contrário do Brasil, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se identificou, até o momento, documento normativo que regulamenta dita capacidade jurídica aos deficientes, inclusive mentais e intelectuais, estando vigentes ainda os regramentos do código civil e processo civil espanhol, conforme se abordou acima, o que significa que muitas vezes o paternalismo jurídico e médico ainda prevalecem (BRETON-DIEZ *et al.*, 2017).

Percebe-se que o legislador espanhol perdeu grande oportunidade ao deixar de regulamentar a capacidade jurídica destes indivíduos, já que criou uma lei própria para se adaptar à Convenção de Nova York, com a Lei n.26/2011.

Contudo, aponta Amayuelas (2019), que apesar da ausência da dita regulação, os juízes vem aplicando a curatela em detrimento da tutela de forma a evitar esta como medida de maior cunho discriminatório, adaptando às circunstâncias particulares do sujeito. Mesmo assim, em determinadas situações, os juízes preferem incapacitar a deixar a pessoa sem nenhum tipo de proteção, ante a passividade do legislador³³ (AMAYUELAS, 2019), como se demonstrou com o julgamento do Tribunal de Galícia.

Ao contrário da Espanha, já a Catalunha, território espanhol com independência política, existe o instituto da assistência, o qual consiste na nomeação de um apoio, que pode ser para atos existenciais e/ou patrimoniais (AMAYUELAS, 2019). É diferente do Brasil, que tem como regra para atos patrimoniais e/ou negociais, conforme o instituto da tomada de decisão apoiada e a curatela, previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, já abordado no capítulo 2.

A assistência na Catalunha está direcionada principalmente para pessoas com diminuição das faculdades físicas ou psíquicas, que não sejam incapacitantes (AMAYUELAS, 2019), de forma a preservar o máximo possível a autonomia do indivíduo.

Da mesma forma que na tomada de decisão apoiada, o interessado solicita ao juiz a nomeação de uma pessoa que possa auxiliá-lo na tomada de decisão. Assim como na prática forense na Argentina, o juiz pode converter a assistência em curatela ou tutela, ou nos pedidos

³³ Pontua Amayuelas (2019) diversas modificações sugeridas no código civil e processual espanhol como uma espécie de anteprojeto para modificar os critérios de incapacidade ante à adaptação da Convenção de Nova York, o que não ocorreu com a Lei n.26/2011.

de curatela ou tutela converter em assistência, conforme a jurisprudência Catalunha (AMAYUELAS, 2019).

No que se refere ao tema destes estudos, a Lei n.26/2011 da Espanha, disciplinou, em um artigo específico, o termo de consentimento livre e esclarecido.

O art.7 modifica a Lei n.41/2002, que regula a autonomia dos pacientes, ao dispor que, o paciente participará, na medida do possível, na tomada de decisão ao longo do tratamento médico. Se o paciente é uma pessoa deficiente, serão fornecidas medidas de apoio necessárias, inclusive a informação em formatos adequados, sendo acessíveis e compreensíveis para que a pessoa possa prestar consentimento (ESPANHA, 2011).

O consentimento livre e esclarecido, e o direito à informação do paciente deficiente e com transtorno mental estão previstos ao longo da Lei n.41/2002.

No art.2, ao tratar dos princípios básicos, a lei espanhola de autonomia dos pacientes confere o respeito à autonomia e à dignidade do paciente, requerendo o consentimento prévio, livre e esclarecido dos pacientes após informação adequada, inclusive o direito a não consentir. O art.4 dispõe sobre o direito a ser informado e não ser informado. No art.9 trata dos limites do consentimento da pessoa interditada, que sempre que possível, deve ser ouvida e assistida. Já o art.10 dispõe acerca do conteúdo mínimo para se prestar o consentimento, como as consequências relevantes, os riscos relacionados com as circunstâncias pessoais e profissionais do paciente, os riscos prováveis em condições normais, conforme a experiência e o estado da ciência ou diretamente relacionados com o tipo de intervenção, e as contraindicações (ESPANHA, 2002).

Na Espanha, há também a disposição do consentimento prévio do paciente, pela Lei Geral de Saúde (LGS – Ley General de Sanidad, de 25/04/1986), inclusive o direito à livre escolha entre as opções apresentadas pelo médico, sendo necessário o consentimento por escrito do doente para qualquer intervenção. Em caso de incapacidade, caberá a decisão aos familiares ou representantes legais (BORGES, 2001), desde que não tenha uma instrução prévia, com a instituição de um procurador para os atos da saúde.

O art.10, mais especificamente no item 2, dispõe que a informação deve se efetuar em formato adequado, sendo acessível e compreensível às pessoas com deficiência. Já o art.20 determina a integração da pessoa com enfermidade mental, devendo-se reduzir ao mínimo a necessidade de hospitalização (ESPANHA, 1986).

Observa-se que, neste aspecto, a Espanha avançou em relação aos direitos dos pacientes, como o consentimento livre e esclarecido, e o direito à informação. Apesar do

Brasil não ter uma lei específica ao tratar do consentimento, objeto dos capítulos 6 e 7, está presente tanto no Estatuto da Pessoa com Deficiência como na Lei Antimanicomial, além de estar regulamentado na Recomendação n.1/2016 do Conselho Federal de Medicina e no Código de Ética Médica, também a serem objeto de estudo mais adiante.

Acerca das diretivas antecipadas de vontade, chamada na Espanha de instruções prévias, dispõe o art.11 da Lei n.41/2002, que se trata de documento, cuja manifestação antecipada de vontade é dada por maior de idade, capaz e livre, e que se destina às circunstâncias em que não seja capaz de expressar pessoalmente em momento posterior, sobre cuidados e tratamentos de sua saúde, ou, em caso de falecimento, o destino do corpo e órgãos. O outorgante pode designar um procurador para que seja seu interlocutor no cumprimento de sua vontade (ESPANHA, 2002).

A instrução prévia deve ser por escrito e pode ser revogada a qualquer momento, não podendo ser contrária ao ordenamento jurídico espanhol (ESPANHA, 2002).

Apesar de não regulamentada a ortotanásia na Espanha, Penalva entende que:

Em linhas gerais, as instruções prévias na Espanha devem conter instruções à equipe médica sobre o desejo de que não se prolongue artificialmente a vida, a não utilização dos chamados tratamentos extraordinários, a suspensão do esforço terapêutico e a utilização de medicamentos para diminuir a dor, entre outras (PENALVA, 2009, p. 92).

No Brasil, apesar de não existir previsão legal, a Resolução n.1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina admite a instituição de um representante para cuidados e tratamentos médicos, em razão da incapacidade posterior do mandatário, conhecido como mandato duradouro, inclusive admitindo a ortotanásia (BOMTEMPO, 2013a), porém, não tem força de lei por se tratar de um documento normativo administrativo (BOMTEMPO, 2013a).

Face o exposto, conclui-se que a Espanha pouco avançou legalmente na promoção da autonomia das pessoas com transtornos e deficiência mentais, ao manter somente os institutos de tutela e curatela, ao contrário do Brasil, que criou o instituto da tomada de decisão apoiada no EPD e determinou no CPC de 2015 que a curatela deve definir quais atos o paciente não pode exercer, mediante análise de uma equipe multidisciplinar. Ao mesmo tempo, possui um aspecto elogiável com a lei de autodeterminação do paciente, a Lei n.41/2002, para a proteção dos direitos do paciente, inclusive os deficientes.

Já em outro contexto, a Itália, com a criação do instituto da administração de apoio, avançou na autonomia dos deficientes mentais e intelectuais, como se abordará a seguir.

3.4 Itália

Aponta Cordeiro (2018), que a Itália, com o Código Civil de 1865, previa a interdição, para casos mais graves, e a inabilitação, para casos menos graves e para os pródigos. Posteriormente, com o Código Civil de 1942, houve a inclusão do “Título XII - Da enfermidade de mente, da interdição e da inabilitação”. Na prática, havia somente os dois institutos, interdição e inabilitação, a diferenciação é que para pessoas com enfermidade da mente (transtornos mentais e deficiências neurocognitivas, além de usuários de substâncias entorpecentes) a lei civil italiana disciplinava de forma mais clara que essas pessoas poderiam ser interdidas (incapacidade absoluta para todos os atos da vida civil), ou inabilitadas (incapacidade relativa para os atos da vida civil).

No entanto, o código civil italiano não determina de forma expressa quais enfermidades ou deficiências mentais poderiam justificar a interdição ou a inabilitação, não houve nenhuma gradação (MOUREIRA, 2013), como ocorreu na redação original do código civil brasileiro de 2002.

Posteriormente, com o surgimento de movimentos para a promoção da autonomia dos deficientes, tendo como expoente Massimo Bianca, buscou-se discutir uma forma mais flexível, uma curatela que substituísse a interdição e a inabilitação (CORDEIRO, 2018), além do grande precursor, Franco Basaglia, psiquiatra italiano, cujos estudos ajudaram a formular a Lei n. 180/1978, conhecida como “Lei Basaglia”. Essa lei visa, sobretudo, a autonomia e a dignidade do paciente, sendo, a internação compulsória traduzida como tratamento sanitário obrigatório (TSO), como último recurso, quando as medidas extra-hospitalares não forem suficientes ou apropriadas, e deve ser fundamentada (ITALIA, 1978).

Referida lei, quanto a este aspecto, é bastante semelhante com a Lei Antimanicomial brasileira, Lei n.10.216/2001, como dispõe o art.4º (BRASIL, 2001), tratada no capítulo 2.

Após a Lei n.180/1978, que dispunha sobre tratamentos sanitários voluntários e obrigatórios, foi publicada, em nove de janeiro de 2004, a Lei n.6/2004, que dispõe sobre a administração de apoio, de forma a romper o paternalismo médico e jurídico superados no atual contexto de promoção da autonomia das pessoas deficientes. Assim, o Título XII do Livro I do Código Civil italiano passou para o nome de “Das medidas de proteção das pessoas privadas de autonomia no todo ou em parte”, dividido em dois capítulos, “Da administração de apoio”, e “Da interdição, da inabilitação e da incapacidade natural” (CORDEIRO, 2018).

A administração de apoio, denominada de “*amministrazione di sostegno*”, com a reforma do código civil italiano, trouxe a possibilidade de a pessoa preservar a capacidade de agir para todos os atos que não requeiram a representação exclusiva ou a assistência do administrador de apoio, preservando a autonomia do indivíduo no que for possível (CORDEIRO, 2018).

Dessa forma, passaram existir três institutos com gradação: 1º) administração de apoio, quando a pessoa tiver discernimento reduzido e precisar de auxílio para determinados atos da vida civil; 2º) inabilitação, em casos menos graves, com a suspensão parcial dos atos civis; 3º) interdição, com a suspensão total do exercício dos atos civis.

Um dos grandes avanços legislativos na Lei n.6/2004 foi a modificação do art.418 do código civil italiano, ao prever que, no curso do processo da interdição ou da inabilitação, o juiz possa de ofício ou a requerimento das partes, recorrer à administração de apoio, assim como ocorre na prática forense na Argentina. Assim, depreende-se que a Lei n.6/2004 busca preservar sempre que possível a autonomia do indivíduo, como também entende Moureira (2013).

Pontua Costa (2009) que o ponto central da lei de administração de apoio, com a modificação do código civil italiano, foi justamente proteger o indivíduo, e, ao mesmo tempo, restringir a sua capacidade o mínimo possível para se integrar na sociedade. Assim, pelo princípio da flexibilidade, a administração de apoio deve ser deferida na medida das necessidades específicas da pessoa.

Essa questão inclusive foi apreciada pela Corte Constitucional italiana, no acórdão n.440 de 2005, quem entendeu que é possível a aplicação da administração de apoio mesmo nos casos de incapacidade total e permanente, ainda que por doença mental. Isso porque o novo instituto deve estar alinhado à efetivação da tutela mais adequada à pessoa, em cada caso concreto, e, simultaneamente, que garanta a restrição mínima da capacidade do indivíduo. Somente quando não for viável a administração de apoio, é que o julgador poderia recorrer à interdição ou inabilitação (ITALIA, 2005).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Cassação italiano, no acórdão n.13584, de 12 de junho de 2006 se pronunciou no sentido de que a interdição possui caráter residual e a administração de apoio deve ser atendida sempre que possível, limitando a capacidade do sujeito o mínimo possível (ITALIA, 2006).

Ademais, pela previsão da nova redação do art.429 da lei civil italiana, também são possíveis, nas hipóteses de pedido de revogação da interdição ou inabilitação, que o juiz

converta em administração de apoio, ao verificar que o paciente ainda não possui pleno discernimento para exercer todos os atos da vida civil (ITALIA, 2004). Referido dispositivo alinha-se à proteção da pessoa e ao mesmo tempo à autonomia do indivíduo.

Nesse sentido, coaduna-se ao posicionamento de Marini (2019), na medida em que o administrador de apoio deve satisfazer as exigências e necessidades do apoiado, atuando somente nos casos em que for necessária a limitação do exercício da capacidade do beneficiário, sempre em observância à promoção da autonomia e da dignidade da pessoa. Dessa forma, tem a missão de agir com imparcialidade e sem qualquer interesse pessoal.

Observa-se, assim, que a Itália foi vanguardista ao desenvolver um instituto que buscasse a autonomia das pessoas com transtornos e deficiências mentais, sem, ao mesmo tempo, deixar de dar-lhes proteção, antes mesmo de ocorrer a Convenção de Nova York de 2006. Ou seja, a Itália ao tornar-se signatária da Convenção, já estava com seu ordenamento jurídico adaptado neste ponto na promoção da autonomia dessas pessoas.

Dessa maneira, pode-se observar que a administração de apoio serviu como modelo para vários países, principalmente o Brasil, ao criar o instituto da tomada de decisão apoiada (TDA), já comentado no capítulo 2. Mas, afinal, em que consiste a administração de apoio?

A definição, prevista no art. 404 do código civil italiano, define que, caso uma pessoa seja acometida de uma enfermidade, acarretando a limitação física ou psíquica, que a impossibilite de promover sua plena autonomia, pode o interessado, ser assistido por um administrador de apoio, nomeado pelo juiz no lugar de sua residência ou domicílio (ITALIA, 2004).

O pedido da administração de apoio pode ser feito pessoalmente na secretaria do tribunal, sem a presença de advogado (MARINI, 2019). Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência não traz essa possibilidade, o que se entende que seria com a assistência de advogado, como também entende Menezes (2016).

Diferentemente da TDA brasileira, que pode ser requerida somente pelo interessado, a administração de apoio pode ser requerida também pelo cônjuge ou companheiro, parentes até quarto grau, afins até segundo grau, além do tutor ou curador e Ministério Público, como prevêm os arts. 406 e 417 (ITALIA, 2004).

Com a introdução do administrador de apoio no código civil italiano, não há distinção de quem possa ser sujeito do referido instituto, na medida em que o art.415 traz o conceito de deficiente de uma forma bem ampla, além das pessoas com transtornos e deficiências mentais, ébrios habituais e toxicômanos, que possam causar prejuízos a si próprios e a terceiros

(inclusive financeiros), e deficientes auditivos e visuais que não receberam uma educação necessária que impossibilitou o exercício da autonomia. Pode-se observar que eram bem próximos do rol das pessoas que eram previstas na redação original dos art. 3º e 4º do Código Civil brasileiro de 2002.

Apesar do Estatuto da Pessoa com Deficiência não trazer expressamente que estas pessoas poderiam requerer a TDA, entende-se, ao contrário de Kelly Cardoso (2018)³⁴, que o conceito de deficiência no art.2º da Lei n. 13.146/2015 pode enquadrar referidas hipóteses, como também entende Menezes (2016), na medida em que a limitação possa causar o impedimento na participação plena e efetiva na sociedade, em longo prazo, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ponto também elogiável na administração de apoio é a nomeação prévia, em eventual incapacidade posterior do paciente, por meio de uma escritura pública ou declaração particular autenticada em cartório, como prevê o art. 408, o que deixa evidente a previsão expressa no ordenamento jurídico italiano do mandato duradouro, forma de diretiva antecipada de vontade, também para cuidados com a saúde. Todavia, em situações graves, pode o juiz nomear outra pessoa, desde que a decisão seja motivada (ITALIA, 2004).

Kelly Cardoso (2018) defende que referido dispositivo seria relevante na legislação brasileira, na medida em que se o beneficiário escolheu determinada pessoa para ser seu apoiador, ainda com certo grau de discernimento, plausível seria esta mesma pessoa ser nomeada curadora em eventual impossibilidade de manifestação da vontade do paciente em momento posterior, como é possível entender com base no art.411 da lei civil italiana (ITALIA, 2004). Já no Brasil, os institutos da TDA e da curatela não possuem essa conexão prevista no código civil italiano, o que é importante para a promoção da autonomia do paciente e a segurança jurídica e celeridade processual, pois permite que o próprio apoiador seja o curador, evitando-se, assim, um novo processo.

Outro ponto que cabe destaque, é que a administração de apoio italiana permite que todos os atos civis possam ser objeto de apoio, como atos existenciais, inclusive na tomada de decisões para tratamentos médicos, consentimento informado, objeto destes estudos. É diferente do Brasil, já que a TDA permite somente atos patrimoniais e negociais, pelo que este autor não coaduna com a posição de Menezes (2016), pois se a lei taxou a autonomia plena para as pessoas deficientes para atos existenciais, evidente que se aplica somente aos atos

³⁴ “Outra característica diversa da lei brasileira permite que, além das pessoas com deficiência, os ébrios habituais, toxicômanos, idosos, estes por conta da senilidade, também requeressem apoiador. Na legislação brasileira, a eleição de apoiador é permitida apenas às pessoas com deficiência, conforme ditames do art. 1.783-A, incluído pela Lei nº 13.146/2015.” (Kelly CARDOSO, 2018, p.98).

patrimoniais e negociais, ainda que não seja a posição deste autor, mas foi o objetivo e a leitura da lei.

No que tange aos requisitos da sentença na administração de apoio, conforme o art.405, o juiz deve indicar: 1º) os dados da pessoa apoiada e do administrador; 2º) a duração do mandato, que pode ser por tempo indeterminado; 3º) o objeto da nomeação e os atos que o administrador de apoio tem o poder de praticar em nome e por conta do apoiado; 4º) os atos que o apoiado só pode realizar com o auxílio do administrador de apoio; 5º) os limites, inclusive periódicos, da despesa que o administrador de apoio pode suportar com a utilização dos valores à disposição do apoiado, ou que possa vir a ter; 6º) a periodicidade da prestação de contas do administrador, para comunicar ao juiz a atividade desenvolvida e as condições de vida pessoal e social do apoiado (ITALIA, 2004).

No Brasil, conforme o §1º do art. 1.783-A, inserido no código civil brasileiro pela Lei n. 13.146/2015, o pedido para a tomada de decisão apoiada deve conter os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo (BRASIL, 2015), ou seja, o juiz se limita ao pedido dos atos discriminados pelo próprio sujeito a ser apoiado, ao contrário da Itália, pois é o juiz quem define os atos.

Para os atos que não requeiram a representação exclusiva ou assistência necessária do administrador de apoio, o beneficiário mantém sua capacidade de agir independente, bem como para realizar as ações necessárias para atender às necessidades do cotidiano, como prevê o art.409 (ITALIA, 2004).

De acordo com o art.408, a escolha do administrador de apoio deve observar o cuidado e os interesses do apoiado, tanto que o próprio beneficiário pode designar o seu possível administrador, ainda que por meio de uma diretiva antecipada de vontade, como se abordou acima. Na falta de indicação, prefere-se o cônjuge ou companheiro, os pais, filhos, irmãos ou familiar até o quarto grau, ou a pessoa designada pelo pai sobrevivente por meio de testamento (ITALIA, 2004).

Já no Brasil, o pedido da TDA deve ter a indicação expressa das pessoas aptas para serem apoiadores, pelo requerente.

Não podem receber o encargo, funcionários públicos ou privados que estejam a cargo do beneficiário (ITALIA, 2004). Na lei brasileira não há restrições de quem possa ser apoiador, pois depende única e exclusivamente da indicação do apoiado.

O Tribunal de Justiça de Milão enumera os atos em que sempre é necessária a autorização do juiz, como: adquirir bens, exceto móveis para uso doméstico e à administração

de bens; levantar capital; permitir a liberação de penhoras ou o cancelamento de hipotecas; aceitar ou renunciar heranças; assumir obrigações; aceitar ou renunciar doações ou legados; promover ações, exceto possessórias ou de medidas cautelares; e celebrar contratos de arrendamento de imóveis com duração superior a nove anos (MILANO, 2016).

No Brasil, a tomada de decisão apoiada tem validade e efeitos perante terceiros, desde que esteja nos limites do apoio acordado (BRASIL, 2015).

Conforme o art. 410, o administrador de apoio não é obrigado a continuar na função após dez anos, salvo se for exercido pelo cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes, o mesmo se aplicando nos casos de interdição e inabilitação, conforme o art.426 (ITALIA, 2004).

Já na TDA, a pessoa apoiada pode solicitar a qualquer tempo o término do acordo, e o apoiador deve solicitar ao juiz a exclusão, sendo o seu desligamento condicionado à manifestação judicial. A lei brasileira não deixa claro, mas subentende-se que, se no acordo for fixado prazo, a TDA se extingue após as devidas prestações de contas do apoiador.

O art. 405 prevê as condições da decisão, chamada de decreto de nomeação, bem como a duração do mandato (ITALIA, 2004).

Segundo o art. 407, o juiz deve ouvir pessoalmente a pessoa a ser apoiada, e, se preciso for, deslocar-se até o local onde ela se encontra, além de poder solicitar informações necessárias para determinar a medida, o que inclui oitiva de pessoas, e pode, de ofício, requerer exames médicos, bem como demais meios de investigação úteis para a tomada da decisão (ITALIA, 2004).

Conforme o §3º do art. 1.783-A, inserido no código civil brasileiro pela Lei n. 13.146/2015, o juiz deve ser assistido por equipe multidisciplinar, com a oitiva do Ministério Público, além de ouvir pessoalmente o requerente e as pessoas indicadas para o apoio, o que demonstra clara similaridade com a lei civil italiana (BRASIL, 2015).

Conforme art. 412, os atos de competência do administrador de apoio ou do beneficiário podem ser anulados, desde que violem a lei ou as determinações do juiz, cuja prescrição é de cinco anos (ITALIA, 2004).

Não existe essa previsão expressa na TDA, porém pela interpretação sistemática do código civil os atos que violem dispositivo legal, a moral, e os bons costumes podem ser anulados. A prescrição segue a regra geral da teoria das nulidades, prevista nos arts. 166 e 171 da lei civil brasileira (BRASIL, 2002).

A revogação da administração de apoio está prevista no art. 413, podendo ser requerida ao juiz pelo beneficiário, o próprio administrador, o Ministério Público, além das pessoas elencadas no art.406 (ITALIA, 2004). Já no Brasil, somente pode ser requerida pelo apoiado e apoiador.

O juiz competente para julgar é o juiz tutelar, quem decide, revoga ou altera a administração de apoio (ITALIA, 2004). Já no Brasil, para a TDA, seria o juiz cível da vara de família, como defende Menezes (2016), porém, por se tratar de atos de natureza patrimonial e negocial, entende-se que seria cabível na vara cível comum. Ainda, afirma Menezes (2016), que pelo princípio na inafastabilidade da jurisdição (2016), seria cabível que o juiz adequasse a tutela ao direito material, e intimasse o Ministério Público, a fim de converter o pedido de tomada de decisão apoiada em curatela, caso o requerente não tivesse discernimento para tais atos requeridos.

Ocorre que na legislação atual não existe essa previsão legal, contudo, por meio de uma interpretação hermenêutica, fundada na Constituição, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, seria possível essa interpretação, já que está se tratando de uma norma de direito material que nem sequer tem previsão procedimental no CPC de 2015, como mesmo defende Menezes (2016).

No que tange ao aspecto processual, a administração de apoio alterou o Código de Processo Civil italiano com a inclusão do art.720-bis, dispondo que o instituto se aplica no que for possível à curatela e à tutela (SCHAEFER, 2018).

No Brasil, apesar do processo da tomada de decisão apoiada não estar previsto no código de processo civil brasileiro de 2015, é possível sua aplicação subsidiária com o instituto da curatela, assim como entende Schaefer (2018), tendo em vista que o EPD prevê a aplicação subsidiária da prestação de contas com referido instituto.

Do exposto, conclui-se que a lei italiana foi pioneira e modelo ao apresentar um instituto que propiciou maior autonomia às pessoas com transtornos e deficiências mentais, colocando a interdição e a inabilitação em caráter residual, somente quando não for possível a aplicação da administração de apoio.

Ao contrário, o Brasil fez uma importação insuficiente com a tomada de decisão apoiada, não incluindo expressamente os atos existenciais, que também seria de grande importância para objeto de apoio, e, na impossibilidade, quando não houvesse discernimento, a aplicação da curatela, de forma a proteger a pessoa.

No entanto, a doutrina representada por autores, como Menezes (2016) e Rosenvald (2015), entendem que a TDA se aplica a atos existenciais, como forma de auxílio ao deficiente, com base na Convenção de Nova York de 2006, ainda que não haja essa previsão expressa no EPD.

Com base no que fora exposto, observa-se que, cada país, signatário da Convenção de Nova York, de 2006, buscou se adequar para promover a autonomia dos deficientes, sobretudo os mentais.

Pode-se afirmar que o Brasil ainda precisa evoluir e trazer um intenso debate junto à sociedade brasileira, pois o que se defende ao longo destes estudos é que a Lei Brasileira de Inclusão mais desprotegeu do que incluiu as pessoas com transtornos e deficiências mentais. A legislação pátria, no entanto, tenta se desgarrar do paternalismo judicial e médico, ao contrário do que ainda ocorre na Espanha, mas, ao mesmo tempo, necessita de vários ajustes para se chegar próximo da elogiada capacidade progressiva instituída no código civil argentino atual e da administração de apoio italiana; e sem ser tão radical como Portugal, ao abolir a curatela e instituir o acompanhamento de maior, deixando a critério de o juiz instituir o nível de intervenção da autonomia do indivíduo pelo acompanhante.

Deve-se frisar que, diante de todas as análises dos institutos de proteção das pessoas com transtornos e deficiências mentais dos países estrangeiros, é imprescindível o debate interdisciplinar para que suas leis sejam efetivas, o que requer o olhar das ciências que envolvem a discussão, sob prisma da bioética e do biodireito, como se propõe abordar no capítulo a seguir.

4 DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E DEFICIÊNCIAS MENTAIS

Não é possível abordar capacidade jurídica, como se discutiu nos capítulos anteriores, na evolução da incapacidade civil antes do Código Civil de 1916 até a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como ordenamentos jurídicos estrangeiros, sem analisar o aspecto interdisciplinar que o tema envolve.

Ora, o direito trata da regulação da vida em sociedade, e isso envolve os meandros dessas relações que vão muito além de direitos e deveres.

Nesse sentido, impossível tratar de in (capacidade civil) sem trazer o enfoque da medicina e da psicologia, eis que envolve a saúde mental. Por conseguinte, essa interrelação entre direito, medicina, psicologia, e filosofia, como se verá adiante, imiscuem-se em um tema interdisciplinar, o qual se situa no campo da bioética, dentro do microssistema jurídico do biodireito.

Haja vista que referida assertiva abarca o campo biomédico, já que esse estudo é interdisciplinar, propõe-se neste capítulo tratar o entendimento das diversas ciências que comportam a temática desta tese.

Em face disso, inicialmente buscar-se-á desenvolver o histórico dos transtornos mentais na medicina, bem como seus aspectos atuais no diagnóstico de doenças neuropsiquiátricas, além de algumas linhas de entendimento da literatura médica.

Após, na medida em que a psicologia é de extrema importância para o tratamento das enfermidades mentais, serão abordadas as teses de alguns autores e como essa ciência caminha no suporte a promoção da dignidade desses indivíduos, seja para garantir mais autonomia ou proteção.

Em seguida, será retomada a visão jurídica, com enfoque mais aprofundado nas teses criadas até o momento em relação à curatela e a capacidade civil das pessoas com transtornos mentais, além de expor como a medicina e a psicologia podem auxiliar no entendimento dessa mudança legislativa na autonomia desses indivíduos, o que será tratado não somente neste capítulo, mas também nos capítulos seguintes.

Ao final, a importância da bioética e do biodireito nestes estudos, em razão do tema desta tese ser interdisciplinar e envolver necessariamente o diálogo do direito com as ciências da saúde e a filosofia.

4.1 Na visão da literatura médica

Disserta Souza (2015) que a loucura estava ligada a conflitos passionais, com a intervenção dos deuses, cujo entendimento perdurou grande parte da Antiguidade, estando, também, em momento posterior, relacionada a causas afetivas.

Já Wang e outros (2007) noticiam que os primeiros registros de doenças psiquiátricas são de cerca de 2.000 anos a.C, por meio de papiros egípcios, associados à concepção de histeria, cujo termo de origem grega significa matriz ou útero. Isso quer dizer que a ideia de loucura inicialmente estava ligada à sexualidade, no entendimento de que a manifestação da histeria era provocada pelo deslocamento do útero pelo corpo, podendo ir até o cérebro, causando dispnéia, palpitação e desmaios, com base em registros hipocráticos.

A Idade Média foi concebida pela psiquiatria como a “Idade das Trevas”. Abandonou-se a ideia de doença mental como decorrente de causa natural para concepções mágicas e religiosas, exercidas por magos e feiticeiros. A “demonologia” e a Inquisição impediram a ideia de que feiticeiras e possuídos pudessem sofrer de alguma doença neuropsiquiátrica (WANG; LOUZÃ NETO; ELKIS, 2007).

Aqueles que eram acometidos ou contaminados pela loucura, como uma espécie de doença contagiosa ou fruto de alguma “magia” ou “possessão”, eram levados a hospitais, que representavam verdadeiras prisões, como o Hospital-Deus de Paris, o qual tinha camas fechadas, como grandes jaulas para deter os furiosos. A toda a volta, a loucura tinha uma grande extensão, mas sem apoio médico (FOUCAULT, 2008).

Retrata Moureira (2013), que, em 1247, foi fundada a casa religiosa Santa Maria de Belém, na Inglaterra, com o objetivo de acolher e cuidar dos loucos. Este local, conhecido como *Bethlem Hospital*, tornou-se ponto turístico, pois suas dependências eram abertas à visitação de público externo, pois permitia que os enfermos fossem exibidos como animais de um zoológico.

Já na França, em 1656, foi criado o Hospital Geral de Paris, pelo Decreto de 27 de abril de 1656 do Rei Luis XIV, como marco da estatização de locais de institucionalização de recolhimento dos loucos, deixando de ter o propósito moral ou religioso para o dever legal do Estado, como forma de retirar qualquer pessoa que vivesse nas ruas (MOUREIRA, 2013).

Isso quer dizer que, fossem loucos ou não, indivíduos que morassem nas ruas eram recolhidos ao Hospital Geral de Paris, e, em troca, trabalhavam na instituição, sejam em obras, manufaturas ou outros tipos de serviços, com o objetivo de “higienizar” as ruas de Paris

e arredores (MOUREIRA, 2013). “Após a institucionalização pública da “limpeza social”, a loucura foi absolutamente afastada do âmbito da sociabilidade e conduzida a um processo de estigmatização, pois o indivíduo “sem razão” deveria ser recolhido para tratamento e por precaução social.” (MOUREIRA, 2013, p.82).

Pode-se observar que esse período ficou marcado pelo preconceito da pessoa concebida como louca, bem como sua comparação a animal selvagem, submetido a tratamentos desumanos, sem qualquer reconhecimento e liberdade. O fato de serem recolhidos à clausura e o descaso do Estado, ao se importar somente com as ruas “limpas”, deixou essas pessoas à deriva de submissões e a todos os tipos de abusos nas instituições que estavam “abrigados”.

Revela Moureira (2013) que, no Período Renascentista, marcado pelo antropocentrismo, a loucura passa aos poucos a ser tratada como desequilíbrio psíquico, a qual requer tratamento médico, dissociando-se da religião, ao afastar-se das associações com bruxarias e demonização. Isso porque, ao mesmo tempo em que tais pessoas deveriam estar enclausuradas em manicômios, eram estudadas formas de tratamento, passando para uma questão também moral e social.

Nesse contexto, no auge da Revolução Francesa, marcada pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, surge Philippe Pinel, um dos expoentes da Psiquiatria, ao defender o tratamento digno aos loucos e ser contra práticas absurdas e ineficazes, que traziam mais sofrimento (MOUREIRA, 2013).

Pinel teve como uma de suas principais obras, o “Ensaio sobre a Loucura”, em 1794, cujo trabalho desmistificou a loucura e foi precursor nas alternativas de tratamento mais humano (MOUREIRA, 2013), e o “Tratado médico-filosófico sobre alienação mental”, em 1801, ao introduzir o termo alienação, ao invés de loucura (SOUZA, 2015).

Pinel entendia a loucura “como uma crise da disciplina interna e racional de quem a padecia, de modo ser necessário reavivar as faculdades morais e psicológicas do indivíduo até que a coerção externa fosse suplantada pelo autocontrole interno.” (MOUREIRA, 2013, p.84).

Com base nessa definição mais científica, Pinel contribuiu para que o tratamento da loucura fosse realizado por meio de procedimentos médicos e psicológicos, que recuperassem as capacidades mentais do enfermo.

Pinel introduziu a clínica psiquiátrica, a qual consistia em observar e explicar a doença, e não o doente. Era uma observação e análise da patologia, dos fenômenos perceptíveis da doença mental (SOUZA, 2015), ao contrário do cenário atual, defendido nesta

tese, o qual se centra na pessoa, cujo método se apóia na filosofia fenomenológica, como se verá mais adiante.

Pinel subdividiu a loucura nas seguintes entidades mórbidas: a mania propriamente dita, cujo delírio era generalizado, afeta a todos os objetos e comprometia várias funções cognitivas, acompanhada por excitação; a melancolia, cujo delírio era afeto a um objeto ou a uma série peculiar desse objeto, não havia comprometimento cognitivo, porém, o estado afetivo era de tristeza ou alegria exaltada; a demência ou abolição do pensamento, que se caracterizava pela destruição da “função” síntese em estado progressivo, com a desordem e incoerência das habilidades cognitivas; e o idiotismo, pela supressão quase que total das faculdades mentais, colocando o sujeito a um estado praticamente vegetativo, de origem hereditária ou não (SOUZA, 2015).

Outro expoente da psiquiatria foi Jean-Étienne Dominique Esquirol, discípulo de Pinel, para quem “a loucura é uma **afecção cerebral crônica**, sem a presença de febre e que se caracteriza por distúrbios de sensibilidade, inteligência e vontade.” (SOUZA, 2015, p.36).

Percebe-se que, assim como Pinel, Esquirol tentou trazer um conceito científico e médico para a loucura.

Revela Souza (2015) que a contribuição pessoal de Esquirol foi o aprofundamento clínico, com a distinção entre síndromes psicopatológicas. A classificação da loucura por Esquirol evoluiu em relação à Pinel em: mania, como alteração e exaltação das faculdades inteligência, sensibilidade e vontade; monomanias: anormalidade mental que só afetava o espírito parcialmente, sem alterar as faculdades psíquicas, o que era mais próxima da melancolia de Pinel; idiotia: poderia ser congênita ou adquirida ainda criança, e dividida em graus, como imbecilidade, idiotia propriamente dita e cretinismo; e, demência aguda curável e demência crônica incurável.

Dessa forma, observa-se que somente a partir do século XVII que os doentes mentais passaram a ser objeto da psiquiatria, a partir da criação de locais para o cuidado de tais indivíduos, que necessitavam de cuidados médicos (WANG; LOUZÃ NETO; ELKIS, 2007), o que mais tarde resultou na primeira revolução psiquiátrica. Com isso, propiciou-se o desenvolvimento do método psicopatológico e o surgimento de classificação das doenças mentais, promovidas por Pinel e Esquirol.

Assim, no início, a política de atenção à saúde mental era hospitalocêntrica, os hospitais psiquiátricos eram o núcleo da atenção psiquiátrica e onde eram dados os principais investimentos e prioridades. Nesse sentido, para a manutenção desse sistema, a internação

psiquiátrica era a principal e única proposta de tratamento (HIRATA; CORDÁS; SALZANO; FERREIRA JR., 2011).

Com o passar do tempo, o enfermo mental deixa de ser o indivíduo que somente era submetido à internação a passa a ter um tratamento mais condigno com sua patologia. No século XIX, com os avanços das classificações das doenças mentais, identificou-se que nem todos os doentes precisavam estar internados (MOUREIRA, 2013).

Nesse compasso, surge a neuropsiquiatria, entre os séculos XIX e XX. Noticiam Souza e outros (2018) que um dos precursores da neuropsiquiatria foi Wilhem Griesinger, quem se destinava a estudar o órgão em que todas as doenças mentais se manifestariam, o cérebro.

Outros nomes importantes foram Heinrich Von Waldeyer, quem propôs o conceito de neurônio, em 1891, e Emil Kraepelin, quem teve papel central na busca de doenças mentais específicas, para as quais corresponderiam causas de doenças neurológicas próprias (SOUZA *et al*, 2018).

No Brasil, influenciado por Kraepelin, Juliano Moreira fundou a psiquiatria científica e implementou concepções organicistas na neuropsiquiatria brasileira, ao defender que as doenças mentais eram exceções biológicas passíveis de serem observadas no organismo dos indivíduos (SOUZA *et al*, 2018).

No século XX, afasta-se da medicina a concepção de loucura ou alienação para transtornos mentais e do comportamento, com a implementação de novos métodos terapêuticos, rejeitando-se tratamentos com sujeições físicas³⁵. Nesse sentido, os hospitais psiquiátricos passam a reconhecer mais dignidade e os direitos dos pacientes (MOUREIRA, 2013).

Destaca Moureira (2013) os métodos terapêuticos adotados pela Psiquiatria no século XX, como a eletroconvulsoterapia, as psicocirurgias, como a lobotomia, e os psicofármacos.

A eletroconvulsoterapia teve como grande defensor o médico Ugo Cerletti, por volta de 1938, a qual consistia na passagem de um estímulo elétrico de um lado da cabeça para outro, por meio de dois eletrodos. Era indicado para pacientes com depressões graves. Já as

³⁵ Recomenda-se a leitura do livro “Holocausto Brasileiro”, de Daniela Arbex, o qual retrata os horrores cometidos no Hospital Colônia, na cidade de Barbacena, no estado de Minas Gerais. O hospital, inaugurado em 1903, foi conhecido como verdadeiro holocausto no Brasil, cujas atrocidades ocorreram até a década de 1980. Desde superlotação, cerca de cinco mil pacientes para um local projetado para duzentos, até a morte de milhares de pessoas que nem sequer tinham nenhum tipo de transtorno mental, com o fim de eugenismo e comércio ilícito de órgãos (ARBEX, 2013).

psicocirurgias eram intervenções cirúrgicas, defendidas pelo neurólogo Ergas Moniz, indicadas para pacientes obsessivos e depressivos, e, a mais conhecida, lobotomia, consistia na separação cirúrgica das conexões entre o cérebro e os lóbulos frontais (MOUREIRA, 2013).

No que tange aos psicofármacos, com os avanços das indústrias farmacêuticas, desenvolveram-se novas drogas capazes de controlar determinados tipos de transtornos mentais e/ou aliviar alguns sintomas, permitindo-se maior qualidade de vida do paciente. Esse desenvolvimento da tecnologia foi fator importante para a desinstitucionalização do tratamento e a reinserção do paciente na sociedade (MOUREIRA, 2013). Ao mesmo tempo, propiciou a era da sociedade sem dor, do fácil acesso a “remédios” no enfrentamento da dor, ansiedade e depressão. Tornou-se cada vez mais corrente os adeptos de medicamentos ansiolíticos e antidepressivos. Basta escolher qual remédio deseja e o indivíduo terá a sensação querida, mesmo que não esteja doente (BOMTEMPO, 2015).

Anuncia Moureira (2013) que após a Segunda Guerra Mundial, a psiquiatria passou pelas chamadas “reformas psiquiátricas”, dividida em três grupos: a reforma promovida pela comunidade terapêutica e pela psicoterapia institucional, a qual consistiu na implantação de mudanças nos hospitais psiquiátricos, com base na corresponsabilidade do próprio paciente para a atuação conjunta no seu tratamento, a fim de garantir maior eficácia; a reforma da psiquiatria de setor, cujo propósito foi promover a educação social fora dos hospitais, para que os pacientes fossem reinseridos na sociedade, evitando-se novas internações, além da psiquiatria preventiva, desenvolvida por Gerald Caplan, em 1950, ao entender que as doenças mentais poderiam ser detectadas antes de se manifestarem e serem tratadas precocemente. Foi a partir da psiquiatria preventiva que surgiram os movimentos de desinstitucionalização, reduzindo a internação dos pacientes e o tempo destas, ao propiciar as altas hospitalares. Já a última onda reformista, conhecida como antipsiquiatria e psiquiatria democrática, era contra qualquer tipo de pressão contra quem apresentasse algum tipo de transtorno mental. Entendia que a doença mental era determinada pela experiência do indivíduo com o meio social, e não como a doença mental como objeto natural da psiquiatria. Assim, o método terapêutico deveria se direcionar não à doença, mas ao sujeito, no auxílio da superação daquele processo de sofrimento vivenciado.

Somente com a luta antimanicomial e a priorização de serviços comunitários que a internação psiquiátrica passou a ser o último recurso de tratamento. Levando-se em consideração que a minoria dos pacientes necessita de internação em alguma fase do

tratamento, a internação psiquiátrica, sobretudo, a compulsória, contra a vontade do paciente, é sempre a medida menos indicada, mesmo porque casos mais graves e complexos requerem apenas tratamento mais especializado, e outros precisam apenas de abordagens psicológicas e sociais (HIRATA; CORDÁS; SALZANO; FERREIRA JR., 2011).

“O hospital psiquiátrico é apropriado para realizar investigação diagnóstica de casos complexos e tratar pacientes com quadros graves e/ou com importantes debilidades decorrentes de sua saúde mental. [...]” (HIRATA; CORDÁS; SALZANO; FERREIRA JR., 2011, p.1886).

No entanto, não podem acomodar numa mesma enfermaria pacientes com diversas condições clínicas, como esquizofrênicos, dependentes químicos, idosos, psicóticos e deprimidos, como é a realidade do Brasil. Além de que cada grupo requer uma forma de atenção específica, idosos, por exemplo, são mais frágeis, e requer mobiliário adaptado, enfermarias que possuem pacientes psicóticos e dependentes químicos mais agitados precisam de maior proteção e vigilância intensiva (HIRATA; CORDÁS; SALZANO; FERREIRA JR., 2011).

Entende-se a importância de tais reformas de forma a propiciar mais autonomia e dignidade ao paciente, no sentido de que não há doença a ser curada, mas paciente a ser tratado. Na medida em que cada transtorno mental possui sintomas e formas de manifestação distintas, e que cada paciente manifesta a doença das mais diversas maneiras, deve-se propiciar, na medida do possível, o mínimo de internações e a busca pela sua inserção na sociedade dentro das suas limitações.

Outros avanços na medicina, no século XX, auxiliaram a psiquiatria, como a genética, na detecção de genes responsáveis pela manifestação de doenças e deficiências mentais (DINIZ, 2011).

Patologia bastante conhecida é a Doença de Alzheimer, de origem congênita que se manifesta principalmente em idade mais avançada, geralmente após os 65 anos. Estima-se que 40 milhões de pessoas têm Alzheimer em todo o mundo (SCHELTENS *et al*, 2016).

Contudo, ainda que com o auxílio da genética, mesmo sendo possível detectar genes responsáveis por determinadas doenças ou comportamentos, não é possível afirmar que em todos os casos a doença se manifestará, diante das complexas interações intramoleculares no organismo, além da interação entre genótipo e fenótipo³⁶ (BOMTEMPO, 2015).

³⁶ Para mais informações sugere-se a leitura da obra: BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Melhoramento humano no esporte: o *Doping* Genético e suas implicações bioéticas e biojurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

Ademais, as enfermidades mentais podem também ter origem em razão de traumas, infecções, acidentes, uso excessivo de substâncias entorpecentes e álcool (DINIZ, 2011).

Junto a isso, com o estudo da neurobiologia das patologias mentais, reportam Wang e outros (2007) que o momento atual é de consolidação do conhecimento psiquiátrico, após um período de descrença no diagnóstico e na própria psiquiatria como especialidade capaz de tratar o doente mental. A neuroimagem com o estudo do sistema nervoso central e as neurociências também contribuíram de sobremaneira na compreensão do estudo do cérebro e seu funcionamento, sendo considerada a década de 1990 como a “década do cérebro” pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Tais avanços não seriam possíveis se não fossem a inquietude e o desbravamento de médicos pesquisadores, para entender e buscar a cura e o tratamento de doenças neuropsiquiátricas, como Doença de Alzheimer, esquizofrenia, depressão, acidente vascular cerebral, e deficiências intelectuais e mentais, como autismo e síndrome de down.

Assim, foram desenvolvidas novas tecnologias de diagnóstico, como o SCAN, criado para avaliar e classificar transtornos psiquiátricos em adultos por meio de um roteiro semi-estruturado, sendo flexível como forma de tentar reproduzir uma entrevista clínica. Segundo Wang e outros:

O SCAN é acompanhado de “glossário de definições” de itens individuais de psicopatologia e de sua pontuação operacional. Esse glossário representa o núcleo fenomenológico do SCAN, fornecendo uma série refinada de conceitos para itens psicopatológicos. Os sintomas avaliados são registrados em relação à sua existência fenomenológica, com mínima interferência de conceito diagnóstico. Esses dados são processados por programa específico de computador (CATEGO) para resultar em: perfil de sintomas, pontuação do item-grupo, “índice de definição” (ID) para a probabilidade de ser caso e a aplicação de regras diagnósticas de CID-10 e DSM-IV para categorias específicas. (WANG; HUMES; ANDRADE, 2007, p.38).

Em resumo, o SCAN compila o perfil neuropsiquiátrico do paciente, de uma forma precisa e flexível, de forma a identificar grande parte das características daquele paciente, diagnosticando mais precisamente seu quadro clínico e quais formas de intervenção pelo médico são as mais adequadas, além de quais medicamentos e tratamentos são necessários.

Neste contexto, insere-se a semiologia médica, a qual consiste no estudo de sinais e sintomas que permite ao médico identificar alterações físicas e mentais, ordenando os fenômenos observados, para formular diagnósticos e empreender tratamentos adequados. De estudo mais específico, aparece a semiologia psicopatológica, que analisa os sintomas e sinais dos transtornos mentais (DALGALARRONDO, 2008).

Considerando que esta pesquisa abrange tanto os doentes quanto os deficientes mentais, entende-se que a deficiência mental representa o desenvolvimento deficiente das capacidades cognitivas e psíquicas, de origem diversas, por fatores genéticos, alimentares nos primeiros anos de vida, doenças da mãe durante a gestação ou pelo uso de substâncias entorpecentes, ou complicações no parto, acidentes cranioencefálicos, entre outros. Já a doença mental é mais complexa, pois compreende causas além de biológicas, como ambientais, como a esquizofrenia, as psicoses, demências, dentre outros, que também afetam a cognição e a capacidade de interagir em sociedade (MOUREIRA, 2013).

Dessa forma, muito se associa o doente mental ou deficiente mental como delirante ou louco, alguém que não se submete às normas em sociedade. E isso é um erro por considerá-lo doente, pois para caracterizar a doença ou deficiência mental é preciso que haja o comprometimento da capacidade cognitiva, ou seja, a não submissão à norma não é uma escolha do próprio indivíduo, mas porque não é possível agir de outra maneira, ou seja, não há liberdade de escolha ou ao menos seu comprometimento (SONENREICH, 1992).

Corroborando Picchioni (1992) que a doença mental implica uma limitação para o indivíduo, inclusive nas possibilidades de escolha.

De acordo com a OMS, “a saúde mental abrange uma ampla gama de atividades direta ou indiretamente relacionadas ao componente de bem-estar mental incluído na definição de saúde da OMS: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de condições ou doenças.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020). Está relacionada “à promoção do bem-estar, à prevenção de transtornos mentais e ao tratamento e reabilitação das pessoas afetadas por esses transtornos.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Nesse sentido, diante de vários tipos de transtornos mentais existentes, a Associação Americana de Psiquiatria, fundada em 1844, publicou a primeira versão do Manual de diagnóstico e estatística das desordens mentais, em 1918, o *The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* – DSM (SOUZA, 2015).

A primeira versão do DSM dividia as doenças mentais com relação à realidade, como ansiedade e depressão; e as que apresentavam a perda substancial da realidade, como alucinações e delírios (SOUZA, 2015).

Já o DSM-II, publicado em 1952, trouxe a relação de cerca de 180 distúrbios que o Exército dos Estados Unidos da América reconheceu, dividido entre categorias

psicodinâmicas, cuja classificação se pautava em critérios sintomáticos, e, em causas, sendo mantidas as neuroses, psicoses, ansiedade e depressão (SOUZA, 2015).

Aponta Souza (2015) que o DSM-II tinha relação com a Classificação Internacional de Doenças (CID), com o CID-6, o qual carregava o termo deficiência mental como causa biológica e, como causa moral, os distúrbios provenientes de doenças nervosas e mentais.

O DSM-III foi publicado em 1980, com a adoção da designação, desordens mentais. Acompanhou a nomenclatura da CID-9, de 1975, ao invés do termo doença, além de ratificar a clínica psiquiátrica com a pesquisa empírico-experimental. Já a quarta versão possuía 297 desordens, publicada em 1994, e revisada no ano 2000, com o emprego do termo transtorno mental (SOUZA, 2015).

Um ano antes, em 1999, entra em vigor a CID-10, ao relacionar vários problemas ligados à saúde mental, além de adotar, também, a nomenclatura transtorno mental, com a seguinte justificativa:

O termo "transtorno" é utilizado ao longo da classificação, de modo a evitar problemas maiores inerentes ao uso de termos como "doença" e "enfermidade". "Transtorno" não é um termo exato, mas é usado para indicar a existência de um conjunto de sintomas clinicamente reconhecíveis ou comportamentos associados, na maioria dos casos, com sofrimento e com a interferência nas funções pessoais. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2014, p.11, tradução nossa)³⁷.

O DSM-V, publicado em 2013, mantém o termo transtorno e adota a terminologia transtorno intelectual ao invés de retardo mental para deficientes intelectuais, além de incluir o transtorno do espectro autista (APA, 2014).

Em 2018 entra em vigor a CID-11, a qual mantém o termo transtornos mentais e inclui o distúrbio de games ou transtorno do jogo, como um problema de saúde mental (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2018), um distúrbio da era tecnológica.

Ainda que o objetivo da CID e do DSM seja a catalogação dos transtornos mentais para identificar o melhor tratamento a ser dado ao paciente, cabe destacar que o indivíduo não se resume a uma doença, a um estado patológico. Mesmo a deficiência, empregada pela OMS, não define o indivíduo às suas disfunções e perdas estruturais do corpo, limitações de atividades e restrição na participação da pessoa na vida em sociedade (HOSNI, 2016).

³⁷ The term "disorder" is used throughout the classification, so as to avoid even greater problems inherent in the use of terms such as "disease" and "illness". "Disorder" is not an exact term, but it is used here to imply the existence of a clinically recognizable set of symptoms or behaviour associated in most cases with distress and with interference with personal functions. Social deviance or conflict alone, without personal dysfunction, should not be included in mental disorder as defined here.

Daí a importância da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, divulgada pela Organização Mundial da Saúde em 2001, que passou a conjugar, ao modelo médico de deficiência, o modelo social, que considera a questão da deficiência, sobretudo, um problema criado pela sociedade, e, cujo principal desafio, é a integração plena do indivíduo na sociedade (TERRA; TEIXEIRA, 2019).

A CIF possui como estrutura um modelo cuja informação está organizada em três eixos:

- O “Corpo”, compreendendo duas classificações, uma para funções do corpo e uma para estruturas do corpo. Os códigos usados para funções corporais são precedidos da letra “b” (de body functions) e as estruturas corporais pela letra “s” (de structure);
- “Atividade” e “Participação”, que é o que o “corpo” realiza. Representam aspectos da funcionalidade a partir da perspectiva individual e social, incluídas em uma lista única que engloba todas as áreas vitais, das quais fazem parte desde a aprendizagem básica até interações interpessoais ou de trabalho. Os códigos para “atividades e participação são precedidos pela letra “d” (de domain).
- O “contexto”, que é a circunstância em que o “corpo” realiza suas “atividades e participação”. Entre os fatores contextuais estão incluídos os “fatores ambientais”, que representam o ambiente físico, social e de atitudes nos quais as pessoas vivem e conduzem suas vidas e que têm um impacto sobre todos os três componentes. Estes são organizados em uma lista partindo do ambiente mais próximo do indivíduo para o ambiente mais geral e são representados pelos códigos que se iniciam com a letra “e” (de environment). (DI NUBILA; BUCHALA, 2008, p.328).

Suponha-se uma pessoa com doença de Alzheimer em estágio moderado, ela tem capacidade de fala e linguagem, alguns processos cognitivos preservados, ainda consegue cuidar da própria saúde, mas tem dificuldade para gerir negócios e interagir em sociedade. Já quem está em estágio mais avançado, tem a capacidade de fala e linguagem quase que totalmente comprometida, não consegue cuidar da própria saúde e não é capaz de gerir suas finanças e interagir em sociedade. Estes são exemplos mais simples, pois a CIF possui um arcabouço enorme de itens para que se possam identificar as limitações e independência de cada indivíduo para atos do dia a dia e da vida em sociedade.

Dessa forma, com a CIF, a incapacidade médica deixa de ser aferida a partir de um contexto de diagnóstico, de quadro clínico, catalogado pela CID, para um contexto funcional, de que existem limitações das funções e estruturas do corpo em razão de influência de fatores sociais, ambientais e biológicos, mas que não rotula o indivíduo incapaz em todas as atividades.

Com essa classificação funcional da deficiência, que pode ser trabalhada na avaliação das pessoas com transtornos e deficiências mentais, permite-se concluir que a pessoa pode ser autônoma em algumas situações, como exprimir um consentimento livre e esclarecido, diante

de uma adaptação do médico para cada tipo de paciente, o que será discutido mais adiante no capítulo 6 e seguintes.

Todavia, ressalta-se que essa avaliação deve ser constante e nunca ser estanque, de forma a permitir que o indivíduo se desenvolva construindo sua própria identidade e personalidade.

Afinal, quando se trata de pessoas, abre-se um mundo para cada qual, que é único e requer um olhar atento e aberto às infinitas possibilidades, mesmo em situação de vulnerabilidade. Deve-se retirar a lente do preconceito e do puro cientificismo para se enxergar o ser além de um catálogo fechado de normas, como será mais discutido adiante quando se abordará a importância da fenomenologia nestes estudos.

Feitas tais considerações da visão médica da (in) capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais, necessária a abordagem da visão da psicologia, ainda que de forma breve.

4.2 Na visão da psicologia

A palavra psicologia é de origem grega e significa o estudo (*logos*) da alma (*psique*), cujo sentido se adequava à realidade da Antiguidade e não mais se aplica à contemporaneidade (SOUZA, 2015), como se verá adiante.

Os povos primitivos consideravam o ser humano composto pela dualidade corpo e alma, a qual nos primórdios da existência humana era considerada como uma espécie de gelatina junto ao cérebro (SOUZA, 2015).

Na Grécia Antiga, Aristóteles concebia a ideia de psicologia com o estudo da alma. Já na Idade Média, o entendimento era voltado para a religiosidade, da imortalidade da alma (SOUZA, 2015).

O termo psicologia somente aparece com o filósofo alemão Rudolph Goclenius no final do século XVI, e se torna ciência apenas no final do século XIX, deixando de ser uma disciplina da filosofia (SOUZA, 2015).

Ao contrário da medicina que tem sua base no aspecto orgânico e biológico, a psicologia é a ciência dos fenômenos psíquicos. Ela busca estudar o comportamento a partir da interação físico-biológica com o ambiente, a realidade que é refletida de forma objetiva pelo cérebro (GONÇALVES, 2008).

Aponta Gonçalves (2008) que Husserl defendeu que o psicologismo não resolve o problema de como é possível alcançar essa objetividade, já que o psíquico possui suas próprias leis, particularidades, não é coisa, é fenômeno, que é consciência formada pelas vivências do indivíduo, pelas suas percepções ao mundo externo.

Daí que a consciência, considerada como fenômeno psíquico, não pode se reduzir ao físico, explicada pela interação de mecanismos cerebrais e neurofisiológicos, é um complexo de tudo isso que não se pode ramificar, é uma (GONÇALVES, 2008).

Nesse contexto, surge a psicopatologia, uma especialidade médica que não se confunde com a psiquiatria e nem com a psicologia.

Conforme Cheniaux Júnior (2015) a psicopatologia é uma disciplina que estuda em vários aspectos a doença mental, desde suas formas de manifestação, como sinais e sintomas, bem como os métodos de investigação, alterações estruturais e funcionais, e suas causas. “Comportamento, cognição e experiências subjetivas anormais constituem as formas de manifestação das doenças mentais.” (CHENIAUX JÚNIOR, 2015, p. 1).

A psicopatologia foi criada em 1817, por Jeremy Bentham, e se origina dos termos *psyché*, que é alma; *páthos*, que é sofrimento ou doença; e *logos*, que é estudo ou ciência. “No entanto, Esquirol e Griesinger, com seus trabalhos publicados, respectivamente, na França (1873) e na Alemanha (em 1845), é que são considerados os criadores da psicopatologia.” (CHENIAUX JÚNIOR, 2015, p. 1).

A psicopatologia baseia-se no método fenomenológico³⁸, desenvolvido por vários filósofos, como Descartes, ao afirmar que a apreensão dos objetos passa pela consciência do sujeito pensante; Kant, quem propõe que se experimenta apenas a superfície das coisas, os fenômenos, não as verdadeiras coisas em si³⁹; Lambert que tratou a fenomenologia como descrição das aparências; e Husserl, quem estabeleceu a fenomenologia como um campo filosófico (TAVARES; KÜMMER, 2014).

Mas é Jaspers com a obra *Psicopatologia Geral*, que utiliza o método fenomenológico para a investigação clínica em psicopatologia. Ele buscou descrever os fenômenos psicológicos e suas origens para serem empregados no campo clínico, e não explicá-los (TAVARES; KÜMMER, 2014).

³⁸ Nos capítulos 7 e 8 será explicado e melhor desenvolvido o método fenomenológico.

³⁹ “Kant explica que o conhecimento da natureza dá-se a partir da sensibilidade, criando o dualismo entre o *nomenon* (a coisa em si) e o *fenomenon* (modo como a realidade modifica o homem).” (SALGADO, 2007, p.346).

Jaspers entendia que a compreensão era essencial para que o observador pudesse se colocar de forma empática no lugar do paciente, ao ater-se ao que o doente vive de maneira consciente, pelo que é exposto pela linguagem (DASTUR; CABESTAN, 2015).

Transcorre Binswanger (2013) que os fenômenos psicopatológicos não são isolados, na medida em que partem de um eu, de uma pessoa, e, dessa forma, com base nas informações e no modo de si dessa própria pessoa é possível compreendê-la e descrevê-la.

Se o método fenomenológico é descritivo, então o objeto não pode ser moralmente julgado, cabendo apenas a observação e compreensão dos elementos que envolvem a doença mental pelo psicopatólogo, não havendo qualquer tipo de dogma a ser imposto, e seu conhecimento está sempre sujeito a críticas e revisões (DALGALARRONDO, 2008).

Acrescenta Dalgarrondo:

Dito de outra forma, não se pode compreender ou explicar tudo o que existe em um homem por meio de conceitos psicopatológicos. Assim, ao se diagnosticar Van Gogh como esquizofrênico (epiléptico, maníaco-depressivo ou qualquer que seja o diagnóstico formulado), ao se fazer uma análise psicopatológica de sua biografia, isso nunca explicará totalmente sua vida e sua obra. Sempre resta algo que transcende à psicopatologia e mesmo à ciência, permanecendo no domínio do mistério. (DALGALARRONDO, 2008, p.28).

Husserl contribuiu com a psicopatologia, ao apontar duplo papel que ela desempenha, do pesquisador, em apreender, e do outro, do paciente, objeto da pesquisa, cujos atos e comportamentos são investigados (BINSWANGER, 2013).

Heidegger desenvolve com a fenomenologia que cada pessoa possui um mundo particular, o qual trás possibilidade de mundanizações delirantes, as quais serão compreendidas somente naquela esfera de relação existente com o outro. Os fenômenos aparecem a partir de cada paciente e não de uma concepção preexistente (DASTUR; CABESTAN, 2015).

Portanto, o método fenomenológico, o qual se baseia a psicopatologia, não traz o indivíduo com transtorno ou deficiência mental de forma estanque, como resultado de sua CID ou seus aspectos funcionais por sua CIF, vai além, ao revelar o indivíduo, quem ele é em sua essência, como será mais aprofundado nos capítulos 7 e 8 desta pesquisa.

Assim, somente com o conhecimento do outro (paciente) e a investigação de seu modo de vida e ser, que será possível determinar se ele possui condições de emanar consentimento para tratamento médico, objeto central desta pesquisa.

Dentro da psicologia, é importante ainda destacar a psicanálise, a qual foi criada por Freud, ao deixar de relacionar as doenças mentais por fatos unicamente físicos (SOUZA, 2015).

Freud trabalhava com o inconsciente. Por meio da hipnose tratava os pacientes com histeria, de forma que facilitava a escuta do paciente, como uma espécie de transferência (SOUZA, 2015). Como a hipnose não funcionava com todos os pacientes, Freud com o tempo adotou o método de estado de concentração, o qual colocava as mãos na testa do paciente ou com a cabeça entre as mãos com o paciente deitado em um divã, e, após isso, deixava o paciente falar liberando suas memórias do inconsciente, o que permitia realizar o tratamento (SOUZA, 2015).

Entre as contribuições de Freud está sua diferenciação entre psicose e neurose. Nesta última, é aplicado o método que decifra os sintomas, se levados a tratamentos, o que mais tarde passa a ser adotado por Lacan para as doenças mentais (SOUZA, 2015).

Em linhas gerais, a psicanálise, ao trabalhar com o inconsciente, tenta resgatar as memórias e o sofrimento de indivíduos com determinados transtornos mentais, para que seus sintomas possam ser tratados, e essas pessoas possam ter uma melhor qualidade de vida com a busca do exercício de sua autonomia, no que for possível.

Feito este breve contexto da visão da psicologia, a qual será retomada ao longo destes estudos, sobretudo, na vertente da fenomenologia, passa-se para a visão jurídica.

4.3 Na visão jurídica

A visão jurídica atual coloca a pessoa como centro do ordenamento jurídico, como ser em constante re (construção) a partir da interação com o outro, em um processo de reconhecimento (MOUREIRA, 2013), sobretudo, diante do princípio da dignidade da pessoa humana e do preceituado Estado Democrático de Direito, emanados pela Constituição da República de 1988.

A capacidade jurídica, nesse contexto, representa o alcance do exercício da personalidade do indivíduo para exercer os atos da vida civil.

A capacidade civil de fato para as pessoas com transtornos e deficiências mentais até então na vigência da redação original do Código Civil de 2002 adotava um sistema abstrato, de tudo-ou-nada, ou era capaz ou incapaz, nesse último caso, impedia o livre exercício de sua

personalidade, “fomentando um processo de reificação da pessoa com deficiência.” (TERRA; TEIXEIRA, 2019, p.3).

Essa decretação da incapacidade, por meio do processo de interdição, com a designação da curatela, como se abordou no capítulo 2, implica que outrem fique encarregado de administrar os bens dessa pessoa e regê-la, já que não pode fazer por si própria (GONÇALVES, 2018).

Nesse sentido, a curatela apresenta as seguintes características apontadas por Gonçalves (2018): possui fim assistencial, para reger a própria pessoa e seus bens; caráter publicista, é um *múnus* público, o Estado como dever de zelar pelos incapazes nomeia pessoa idônea para cuidar dos interesses do curatelado, o curador; caráter supletivo, pois, o curador assiste ou representa o curatelado sempre que não for o caso de tutela, que é a proteção do menor; é temporária, somente dura enquanto persistir a causa que deu origem a interdição; e sua decretação deve exigir certeza absoluta do estado de incapacidade.

Dessa forma, o instituto da capacidade civil deve proteger a pessoa e não o patrimônio somente. Assegurar os direitos, as vontades e preferências da pessoa com transtorno e deficiência mental são deveres do Estado, que não pode ser paternalista, sob pena de violar liberdades fundamentais. O impedimento de todos ou alguns atos devem durar o menor tempo possível, e serem submetidos a uma revisão regular de forma imparcial e independente.

Ocorre que como se abordou no capítulo 2, a realidade até a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência não era bem essa, pois, os juízes na grande maioria dos casos preferiam interditar as pessoas com transtornos e deficiências mentais para todos os atos da vida civil. Isso em nome de um paternalismo jurídico que ocasionava a “morte civil” do indivíduo, que poderia reger a sua vida para determinados atos, mas tinha sua autonomia completamente suprimida por uma decisão judicial.

Não só no Brasil, mas em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros⁴⁰, tais indivíduos também tiveram o exercício de sua autonomia suprimida diante da interdição de todos os atos da vida civil.

Preocupada com essa questão, a ONU em 20 de dezembro de 1971, publicou a “Declaração dos Direitos do Deficiente Mental” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1971), e, em 2006, foi realizada a Convenção de Nova York (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).

⁴⁰ Países como Argentina, Espanha, Itália e Portugal, os quais foram objeto de estudo no capítulo 3.

Ponto mais importante que diferencia os dois documentos internacionais é no que se refere à autonomia dos deficientes. Isso porque no art. 1 da Declaração de 1971, previa que o deficiente mental deve gozar na maior medida possível os mesmos direitos que as outras pessoas, enquanto a Convenção de 2006 estabeleceu no art. 12 que “os Estados Partes deverão reconhecer que as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.”

De acordo com a Convenção de Nova York, de 2006, o conceito de deficiência está em evolução constante, e resulta da interação entre pessoas e às barreiras devidas às atitudes e ao meio ambiente que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006). Referido documento internacional busca garantir a autonomia de tais indivíduos, principalmente à efetivação da liberdade de concretizar as próprias escolhas.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência buscou definir em seu art. 2º:

“considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. (BRASIL, 2015).

Nos termos do § 1º do art.2º da referida lei, a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação (BRASIL. 2015).

Observa-se, dessa forma, que a nova lei brasileira não só incorporou o conceito de deficiência da Convenção de Nova York, de 2006, como descreveu como e de que maneira deve ser avaliada, com destaque a atuação de equipe multidisciplinar.

Apesar de louváveis as intenções do legislador brasileiro, reitera-se a crítica apontada no capítulo 2, haja vista que uma única lei para tratar de todos os tipos de deficiências não trouxe a proteção e a garantia de liberdades fundamentais a todos, principalmente, com a profunda mudança do regime das incapacidades.

Conforme o art.84 da Lei n.13.146/2015, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015). Observa-se que referido artigo está incompleto, pois no art.12 da Convenção, os Estados Partes deverão reconhecer que as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da

vida, devendo tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).

De acordo com Gonçalves (2018, p.694), “para referida lei, o deficiente tem uma qualidade que os difere das demais pessoas, mas não uma doença. Por essa razão, é excluído do rol dos incapazes e se equipara à pessoa capaz.”

Por essa razão, entende-se que o sentido da Lei n. 13.146/2015, como exposto no capítulo 2, é considerar as pessoas com transtornos e deficiências mentais como pessoas plenamente capazes, ao retirar tais hipóteses como incapacidade absoluta e relativa nas redações anteriores dos arts. 3º 4º do Código Civil de 2002.

Reforça Gonçalves (2018) que o legislador objetivou impedir que o deficiente fosse considerado incapaz, com base na igualdade e dignidade humana, pois a deficiência mental ou intelectual só afasta a capacidade civil se não puderem exprimir a vontade.

Todavia, entende-se, como Gonçalves (2018), que a disposição atual do art. 4º inc. III do Código Civil, alterado pela Lei n.13.146/2015 menciona qualquer hipótese em que não seja possível que alguém possa exprimir sua vontade, seja por causa transitória ou permanente. Isso inclui diversas patologias em geral, como paralisia, estado comatoso, arteriosclerose, derrame cerebral, doenças degenerativas que impedem qualquer forma de comunicação, embriaguez ou pelo uso de substâncias entorpecentes, o que não inclui as pessoas com transtornos e deficiências mentais, pois não foi a intenção do legislador com o novel texto legal.

Assim, ratifica-se o posicionamento no capítulo 2, pois, a alteração no regime das incapacidades, com o EPD, ao retirar a hipótese de incapacidade do deficiente mental ou excepcional e o doente mental que não tenha o discernimento necessário para os atos da vida civil ou este reduzido, é equivocada, assim como disposto na redação anterior, ao tratá-los como relativamente ou absolutamente incapazes.

Ora, não compete ao direito apropriar-se de uma competência que é da medicina e da psicologia. Não se pode enquadrar a pessoa à lei, e sim a lei à pessoa, principalmente quando se trata do exercício da personalidade do ser.

Daí a importância da fenomenologia nestes estudos, ao buscar a essência desses seres que não são compreendidos pela sociedade, e que o direito, infelizmente, procura enquadrá-los dentro de normas objetivas, sem perpassar pelo mundo da vida extraordinário dessas pessoas, como será discutido adiante nos capítulos 7 e 8.

O direito como ciência social aplicada deve “efetivar uma realidade social, construída e reconstruída através de processos comunicativos que se perfazem em um contexto democrático de convivência, assegurando que os interlocutores possam se apresentar e se afirmar enquanto tal e não apenas como meros expectadores.” (MOUREIRA, 2013, p.224).

Assim, o EPD parte da premissa de que, como regra, todos os deficientes, inclusive os mentais, têm autonomia para exercer os atos da vida civil. Não se discute que a deficiência física e sensorial, ou mesmo algumas intelectuais, como o autismo em grau leve, não impede que o indivíduo possa se autodeterminar, porque a deficiência não implica no prejuízo da capacidade decisória.

O cerne da questão é o discernimento comprometido, objeto de mais estudos no capítulo 6. Imagina-se um indivíduo com grau severo de Alzheimer que vai se submeter a uma cirurgia médica ou a um novo tratamento que possa trazer riscos para sua saúde com graves efeitos colaterais. Esse indivíduo é capaz de discernir a informação a ser prestada pelo médico e a capacidade de compreender e avaliar o que lhe foi passado para consentir?

Ou efetuar um contrato de prestação de serviços ou a compra e venda de algum bem, caso não tenha apoiador (es)? “Do discernimento nasce a compreensão, a imputabilidade (pressuposto à atribuição de responsabilidade) e, por consequência, a responsabilidade, motivo pelo qual o sujeito autônomo é o *sujeito responsável*.” (MARTINS-COSTA, 2009, p.320).

Como afirmar que esse indivíduo é responsável pelos seus atos, se tem o comprometimento da compreensão, do ato ali envolvido?

Defende Moureira (2013) que se é reconhecida a legitimidade da pessoa para posicionar-se em uma determinada situação jurídica ela deve ser entendida como referencial de imputação normativa, em razão da sua liberdade de estar nessa relação, motivo do reconhecimento normativo de seu direito. Ainda que tal processo demande outras habilidades linguísticas, como ressalta Moureira (2013), a autodeterminação do indivíduo só será possível se houver discernimento.

Por outro lado, coaduna-se com Souza (2015), na medida em que o discernimento não é uma competência jurídica a ser aferido pelo juiz, mas dos diagnósticos médicos e psicológicos, pelo que representação e assistência não poderiam ser atreladas de forma estrita com incapacidade civil absoluta e relativa, respectivamente.

Nesse sentido, a teoria das incapacidades merecia uma revisão na vigência anterior do Código Civil, no entanto, não de uma forma tão expressiva como ocorreu com o EPD, como se observa na redação do art.84.

Com o objetivo de minimizar os efeitos da desproteção dos deficientes e pessoas com transtornos mentais, alguns autores, como Hosni (2018), defendem que o art. 84 do Estatuto é uma hipótese de incapacidade relativa em adição às hipóteses previstas com a nova vigência do art. 4º do Código Civil.

Ora, a nova lei é clara em sua redação, e, interpretar além do que fora expressamente disposto, vai de encontro aos fundamentos do próprio Estatuto.

Assim, não há que se falar em hipótese de incapacidade relativa, pois, ainda que o EPD tenha alterado profundamente o regime das capacidades, as pessoas com transtornos e deficiências mentais não podem ser consideradas como autônomas de forma plena a partir de uma leitura fria da lei, porém, criar uma hipótese não prevista nessa mesma lei, também é uma arbitrariedade.

Nesse cenário, além da proposta de Hosni (2018) acima, Lima (2015), apresenta três vertentes que se formaram com a vigência da Lei n.13.146/2015.

A primeira defende que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o Estatuto dispõe que todas as pessoas com transtornos e deficiências mentais são capazes, mas, que, em determinadas situações, são necessários alguns institutos assistenciais, como a tomada de decisão apoiada e a curatela, esta última em caráter excepcional e somente para atos de natureza patrimonial e negocial (LIMA, 2015).

Com esse posicionamento, assim foi proferido o julgamento da apelação cível n. 1.0003.18.002089-7/001 da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL - LEI N. 13.146/2015 - CURATELA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INTERDIÇÃO - PREVISÃO EXPRESSA - INÉPCIA DA INICIAL - NÃO OCORRÊNCIA - SENTENÇA CASSADA - TEORIA DA CAUSA MADURA - NÃO APLICAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - O artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) deixou de prever expressamente a hipótese de interdição, submetendo a pessoa com deficiência ao regime da curatela, restrita apenas aos atos de caráter negocial e patrimonial. - Encontra o instituto da interdição expressa previsão no Código de Processo Civil e destina-se à proteção daqueles que, embora maiores, não tenham condições de reger sua vida e administrar seu patrimônio. - Não há que se falar em inépcia da inicial que objetiva o decreto interdição do requerido, mostrando-se desarrazoada a determinação de emenda da petição inicial, cabendo ao Julgador a devida aplicação do direito ao caso concreto, razão pela qual deve ser cassada a sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito. - Inviável o imediato julgamento do mérito pelo Tribunal de Justiça nos termos do artigo 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil (Teoria da Causa Madura), quando

evidenciada a necessidade de instrução probatória, notadamente a produção da perícia médica para a apuração dos atos para os quais o interditado necessitaria de curatela. - Recurso parcialmente provido. (MINAS GERAIS, 2019).

A segunda defende que a pessoa com transtornos mentais seja declarada relativamente incapaz, conforme a nova redação do art.4º inc. III do Código Civil, mas somente na hipótese de não poder exprimir sua vontade (LIMA, 2015), o que faria sentido se o legislador não tivesse excluído as hipóteses anteriores de incapacidade absoluta e relativa atinentes aos deficientes e pessoas com transtornos mentais.

Nesse sentido, assim entendeu a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na apelação cível n. 1.0000.19.133988-6/001:

EMENTA: APELAÇÃO - DIREITO DE FAMÍLIA - CURATELA - PESSOA COM DEFICIÊNCIA - ESQUIZOFRENIA - NOVO REGIME INSTITUÍDO PELA LEI 13.146/2015 - ART. 1.767, I, DO CC/02 - EXPRESSÃO DA VONTADE COMPROMETIDA - CONSTATAÇÃO - RESTRIÇÃO DA CURATELA - ATOS PATRIMONIAIS E NEGOCIAIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - A Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) consolidou os princípios preconizados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, da ONU, revelando-se um marco regulatório e consolidativo dos direitos das pessoas com deficiência e rompendo com o paradigma da incapacidade, até então vigente no ordenamento jurídico brasileiro. - O instituto da curatela deverá ser adotado de maneira excepcional, somente nas hipóteses em que não for possível a expressão da vontade, aplicando-se o regime da incapacidade relativa; e restrita à prática de atos patrimoniais e negociais, de maneira a preservar, na medida do possível, a autodeterminação para a condução das situações existenciais. - Recurso ao qual se dá parcial provimento. (MINAS GERAIS, 2020).

Já a terceira defende que o Estatuto mitiga a teoria das incapacidades, com a adoção da “vontade ponderada”, a partir da nova redação do art. 4º, inc. III do Código Civil. Nesse entendimento, qualquer pessoa com transtorno e deficiência mental que tivesse seu discernimento comprometido seria considerada relativamente incapaz, ou seja, o critério não é a deficiência ou transtorno mental, mas o comprometimento do discernimento de qualquer pessoa, ao não possuir uma vontade qualificada, o que afasta a perspectiva médica e assistencialista de rotular como incapaz aquele que ostenta uma insuficiência psíquica ou intelectual (LIMA, 2015).

Nesse sentido foi o entendimento da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais com a apelação cível n. 1.0000.18.141980-5/001:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - INCAPACIDADE RELATIVA - INCAPACIDADE QUE NÃO SE RESTRINGE A ATOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL - AMPLIAÇÃO DOS LIMITES DA INTERDIÇÃO - NECESSIDADE DIANTE DO ESTADO MENTAL DO

CURATELADO. 1- As pessoas alcançadas por doença que as impede de exprimir sua vontade são consideradas relativamente incapazes - Lei 13.146/2015. 2- A interdição deve ser medida excepcional, afetando os atos de natureza patrimonial e negocial, sendo possível a sua ampliação, sempre com vistas à efetiva proteção da pessoa humana. (MINAS GERAIS, 2019).

Tais vertentes deságuam na teoria das nulidades, outro problema que o Estatuto criou, pois, ao dispor a capacidade para os pacientes neuropsiquiátricos e deficientes mentais e intelectuais, não tratou da nulidade, antes considerada para quem era absolutamente incapaz, e da anulabilidade, para quem era relativamente incapaz.

Aponta Lima (2015) que para a primeira tese não seria possível aplicar o art. 166, inc. I⁴¹ e nem o art. 171, inc. I⁴² do Código Civil, já que tais pessoas são agora consideradas capazes com a lei. Para a segunda vertente, com a decretação da curatela os atos seriam anuláveis, e para terceira vertente, o simples fato de não poderem exprimir a vontade qualificada já ensejaria hipótese de anulabilidade.

Retoma-se o exposto no item 2.4 desta tese, pois o Estatuto da Pessoa com Deficiência acabou criando uma grave insegurança jurídica com a teoria das incapacidades e das nulidades, como se comprovou com os três julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acima.

Observa-se que a Convenção menciona que devem ser tomadas medidas apropriadas⁴³ e não que a capacidade legal é uma regra constante como estabelece o Estatuto.

Ressalta-se que no art.84, §1º a pessoa com deficiência será submetida à curatela quando necessário, e, mesmo assim, somente atinge os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e existencial, como dispõe o art. 85 da lei. Nesse aspecto, autores, como Gozzo e Monteiro (2019) afirmam que referido artigo pode ser considerado o marco normativo para o reconhecimento da diferenciação das autonomias patrimonial e existencial.

No entanto, não se pode coadunar com Gozzo e Monteiro (2019), ao afirmar que autonomia privada é patrimonial e autonomia existencial é da pessoa. Ora, a autonomia privada⁴⁴ abrange o exercício da liberdade do indivíduo para todos os atos, a qual permite ao indivíduo legislar seus próprios interesses, no contexto de iguais liberdades fundamentais.

⁴¹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...]. (BRASIL, 2002).

⁴² Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; [...]. (BRASIL, 2002).

⁴³ Art.12 item 3. Os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).

⁴⁴ No capítulo 5 será retomada a discussão e a justificativa do termo autonomia privada, adotado nestes estudos.

Assim, entende-se, como defendem Terra e Teixeira (2019), pela análise de cada caso concreto, de forma a concretizar a dignidade da pessoa humana. Isso porque o Estatuto deve ser interpretado à luz da Constituição da República de 1988. “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.” (TERRA; TEIXEIRA, 2019, p.18).

Assim, é possível a curatela mesmo para atos existenciais, assim como a tomada de decisão apoiada, de forma a evitar que o deficiente ou pessoa com transtornos mental fique desprotegido, diante de uma “suposta” autonomia que o legislador infraconstitucional lhe conferiu. Para tanto, somente diante do caso concreto, o juiz, com o auxílio de uma equipe médica multidisciplinar, poderá definir quais atos existenciais que o curatelado deverá ser representado ou assistido.

Nesse sentido, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no processo n. 1006924-43.2017.8.26.0348:

INTERDIÇÃO - Autor acometido de retardo mental grave - Procedência do pedido - Inconformismo - Desacolhimento - Perícia médica que concluiu pela incapacidade total e irreversível do periciando para todos os atos da vida civil - Comprometimento das funções mentais globais e específicas - Interdição total que confere proteção aos direitos fundamentais do interditado - Precedentes jurisprudenciais deste Egrégio Tribunal de Justiça - Sentença mantida - Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2017).

Do contrário, tais indivíduos poderão estar desprotegidos, sobretudo, se tiverem o comprometimento total do discernimento. Conforme Terra e Teixeira:

Nessa esteira, a restrição da capacidade e da autonomia será admitida quando se revelar a única medida capaz de concretizar os princípios da Convenção, vale dizer, sempre que se revelar o único instrumento de tutela necessário e adequado à promoção da proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência, seus desejos e preferências, e do respeito pela dignidade inerente. Essa mitigação da capacidade e da autonomia para o exercício dos direitos existenciais expressamente mencionados pelo Estatuto deve ser sempre excepcionalíssima e justificada pelas circunstâncias especiais do caso concreto, a partir de análise biopsicossocial por equipe multidisciplinar. Evidentemente, o ônus argumentativo do juiz, nesses casos, será ainda maior. (TERRA; TEIXEIRA, 2019, p.23).

Ressalta-se, contudo, que a curatela para os atos existenciais deve ser em caráter excepcionalíssimo, com a duração do menor tempo possível, e sempre com avaliações periódicas, para garantir a autonomia do indivíduo.

Portanto, entende-se que nenhuma das três vertentes apontadas por Lima (2015) e nem a proposta apresentada por Hosni (2018) são adequadas, pois a interpretação deve ser dada a

partir do caso concreto com base em uma interpretação constitucional-civil, de forma a dar primazia à dignidade humana.

Cabe ressaltar, que sempre que possível, quando houver o discernimento parcial, a tomada de decisão apoiada ainda pode ser um instrumento mais adequado para o exercício dos atos patrimoniais e negociais do indivíduo, na medida em que é facultativa e não uma obrigatoriedade para o apoiado, como se abordou no item 2.4.

Reforça-se que este autor não é contrário à TDA para atos existenciais, como vem caminhando o entendimento doutrinário, como expoentes Menezes (2016) e Rosenvald (2015), porém, não foi esse o entendimento do EPD, que deixou expresso que somente atos de natureza patrimonial e negocial estão sujeitos à curatela.

Infelizmente, como se abordou no capítulo 3, o Brasil ao promulgar a Lei n. 13.146/2015, importou precariamente o instituto da administração de apoio da Itália com a TDA, e perdeu uma grande oportunidade de trabalhar com a capacidade progressiva prevista no Código Civil e Comercial argentino, de forma a proteger as pessoas com transtornos e deficiências mentais, ao invés de mais desprotegê-las e criar uma insegurança jurídica.

Assim, entende-se, no que tange ao tema desta pesquisa, que o consentimento livre e esclarecido do paciente com transtorno mental somente pode ser considerado efetivo com base em cada caso concreto, a partir de uma análise multidisciplinar, não cabendo a simples redação de uma lei de que os atos de natureza existencial não alcançam a curatela se não é possível que essa pessoa não possua condições de se autodeterminar, questão que será retomada nos próximos capítulos.

Portanto, a análise da capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais deve estar sempre atrelada ao olhar interdisciplinar, pelo que o direito, a medicina, a psicologia e outras áreas não são capazes de darem isoladamente as respostas necessárias para a promoção da dignidade dessas pessoas, o que exige o olhar bioético, como se abordará a seguir.

4.4 A importância da interdisciplinaridade: a Bioética e o Biodireito

Torna-se imprescindível, inserir na temática destes estudos, a Bioética e o Biodireito, como forma de construir eticamente e juridicamente um discurso dialógico e com responsabilidade; tratando-se, assim, por meio de um debate reflexivo, as implicações da (in) capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais, objetivando assegurar iguais liberdades fundamentais e a preservação da dignidade.

Dessa forma, em um primeiro momento será discutida a bioética e a sua importância sobre o desenvolvimento do tema, o qual se enquadra no microsistema jurídico do biodireito, a ser abordado em seguida.

4.4.1 A Bioética

Para o enfrentamento de questões que envolvem a saúde mental e a autodeterminação das pessoas com transtornos mentais torna-se necessária uma reflexão ética, da proteção, e, ao mesmo tempo, da autonomia destes indivíduos. Assim, contrapõem-se dois lados desta ética universalista: “a defesa exagerada do Estado, por um lado, e do liberalismo radical, por outro” (COSTELL, 2002, p.287).

Mas antes de se abordar a aplicação ética com a formação da Bioética, o que vem a ser exatamente a Ética? Segundo Vaz:

[...] a Ética se constitui como justificação e fundamentação (teoria), e também como prescrição e regulação (práxis) da vida, segundo razões de viver que são universais (válidas para todo homem como ser racional) ou da “vida segundo o bem” (eu zên) na expressão de Aristóteles. Nesse sentido não será temerário afirmar que o fim da Ética filosófica (ou a confissão da sua inviabilidade teórica) assinalará o fim do projeto histórico de uma “civilização do universal”, vem a ser, de uma civilização que se propõe construir estruturas de reconhecimento dentro das quais o consenso entre indivíduos e grupos seja possível como consenso racional e livre. (VAZ, 2002, p.63-64).

Complementam Bastos, Palhares e Monteiro:

Ética é o estudo sistemático das ações voluntárias que constituem a conduta e o comportamento diários do ser humano. Pode ser classificada como descritiva ao observar e registrar o comportamento das pessoas e normativa a que analisa se determinada conduta é boa ou correta, ao considerar os comportamentos pessoal e social. (BASTOS; PALHARES; MONTEIRO, 1998, p.243).

O agir ético deve empreender-se pela boa conduta do ponto de vista social e psicológico, na intenção da ação. No entanto, o que é ético, às vezes não é aceito do ponto de vista da moral, pois esta envolve o contexto histórico, a cultura, fatores sociais e outras circunstâncias.

No contexto da ética contemporânea, a ética deve ser democrática, dado os díspares valores que abarcam a sociedade plural atual. Assim, busca-se uma abordagem interdisciplinar de forma a dar a resposta mais adequada naquele determinado caso, levando-

se, em consideração, a dinâmica que envolve as relações sociais, sobretudo, no contexto da vida e dignidade humana quando se tratam das ciências biomédicas.

Por conseguinte, em enfrentamento a estas questões que discutem a capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais, principalmente, diante dos avanços biomédicos, urge-se por uma reflexão interdisciplinar, papel conferido à Bioética⁴⁵.

De acordo com Hryniewicz e Sauwen:

A Bioética é singular e transdisciplinar, não possui fronteira em sua atuação, visto que está sempre aberta a novos conceitos. Além disso, o campo de atuação da Bioética vem sofrendo ampliações ao longo do tempo, evoluindo e alcançando diversas áreas, tais como: relacionamento profissional-paciente, saúde pública, pesquisa biomédica e comportamental, reprodução humana, saúde mental, sexualidade e gênero, morte e morrer, genética, doação e transplante de órgãos, meio ambiente, etc. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 11).

“A bioética é personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um “eu”, dando valor fundamental à vida e às dignidades humanas, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa.” (DINIZ, 2006, p.7-8).

Apesar de não haver um consenso de um conceito preciso de bioética que esclareça o que exatamente ela seja (TAVARES *et al*, 2009), adota-se nestes estudos que a Bioética é a ética das ciências no seu sentido global, por buscar respostas a partir de um discurso conjunto de todas as áreas científicas que podem ser envolvidas com a saúde mental. Por exemplo, discute-se neste trabalho a efetividade do consentimento informado das pessoas com transtornos e deficiências mentais com o EPD, mas não há como trazer um panorama completo do tema se não abordar a medicina, a psicologia, a filosofia e o direito, ou seja, isto é um estudo bioético, de forma a tentar trazer reflexões mais abrangentes possíveis, dentro de um debate interdisciplinar.

A Bioética ganhou importância no cenário mundial com as consequências da Segunda Guerra Mundial, principalmente com os nefastos acontecimentos ocorridos na Alemanha pelo nazismo, preocupando a comunidade internacional com os novos rumos das pesquisas com seres humanos⁴⁶, a fim de se evitar atrocidades cometidas nos regimes totalitários.

⁴⁵ “A palavra Bioética tem origem etimológica em duas palavras gregas: *Bios* e *Éthos*. *Bios* significa vida e *Éthos* significa ética. A ética é erroneamente confundida com a moral, devido ao fato de ambas se originarem de *éthos*, termo grego, que, “quando escrito com “e” breve, significa “hábito”, enquanto que com “e” longa, significa “propriedade de caráter.”” (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 3).

⁴⁶ Cita-se importantes documentos que tratam das diretrizes éticas para com pesquisas em seres humanos: como o Código de Nuremberg em 1947; o Código Internacional de Ética Médica de 1949; o Relatório de Belmont em 1978; Declaração de Helsinque em 1964 que já passou por seis revisões com a última em 2008; Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos de 2002; Declaração Ibero-Americana sobre

O termo Bioética foi empregado pela primeira vez no artigo alemão “Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen”, que significa “Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas”, publicado na revista Kosmos, em 1927, pelo filósofo e pastor Paul Max Fritz Jahr (SÁ; NAVES, 2018).

Mas a palavra bioética ficou conhecida mesmo em 1970, com Van Rensselaer Potter, biólogo e oncologista, por meio de seu artigo intitulado *Bioethics: the Science of Survival* (Bioética: a ciência da sobrevivência), vindo a ganhar popularidade com o mesmo autor, mas com a publicação de outra obra, o livro *Bioethics: Bridge to the Future* (Bioética: ponte para o futuro), em 1971. “Para Potter a Bioética deveria ser a ciência da sobrevivência, diante das diferentes ameaças à vida e de um ambiente que põe em risco a vida do planeta, no sentido de resolver os problemas ambientais nas questões de saúde”. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p.8).

Na sua fase embrionária, a Bioética defendida por Potter, portanto, estava associada a problemas ecológicos, de fundo ambiental.

Posteriormente, em 1978, foi criada a *Encyclopedia of bioethics*. Conforme Diniz, a bioética foi definida como:

[...] “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Na segunda edição, em 1995, deixando de fazer referência aos “valores e princípios morais”, passou a considerá-la como o “estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”. Com isso adaptou-se o pluralismo ético atual na área da bioética. (DINIZ, 2006, p.11).

Com base nesses conceitos, observa-se que foi com a segunda edição da *Encyclopedia of bioethics* que a bioética tomou corpo como ética multidisciplinar. Outro marco importante do histórico da Bioética foi o desenvolvimento do paradigma principialista da Bioética, proposto por Tom Beauchamp e James Childress, com os quatro princípios bioéticos: beneficência, não maleficência, justiça e autonomia (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

Os princípios bioéticos não possuem hierarquia. Diante de eventual conflito, será o caso concreto que indicará qual é o mais adequado. “Esse modelo tem ampla aplicação na prática clínica, em todos os âmbitos em que a bioética se desenvolveu, com resultados

bastante positivos em relação ao respeito pela dignidade da pessoa.” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012, p.46).

Ressalta-se que os princípios bioéticos não têm imperatividade, isto é, não possuem força de lei, não são coercitivos, são abertos e possuem conteúdo valorativo, diante do que seja o bom ou o melhor em cada situação, cabendo ponderação ou ordem de preferência, já que um não necessariamente afasta o outro (NAVES, 2010a).

Mas, afinal, qual o conteúdo de cada princípio bioético?

A beneficência implica que o profissional médico ou cientista faça uso de determinado tratamento ou técnica sempre em benefício do homem, garantindo-lhe dignidade e saúde, livre de potenciais riscos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

A não maleficência é outro princípio que impõe a obrigação de que os benefícios de uma ação sejam maiores que os malefícios. Na medida em que a terapêutica empregada somente pode trazer danos ao paciente, causando-lhe dores e sofrimentos, o princípio da não-maleficência deve imperar (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Já o princípio da justiça relaciona-se ao igual respeito e condições que os indivíduos devem ter diante do acesso à saúde ou às novas tecnologias biomédicas, de forma a buscar uma distribuição equitativa de recursos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

E, por fim, a autonomia implica ao paciente poder ser capaz e competente, a partir de uma escolha com discernimento, em decidir sobre a sua própria vida, conforme sua percepção individual (DWORKIN, 2003), ao permitir ou não determinado tratamento médico, como será objeto de análise mais profícua no capítulo 6.

Dessa forma, pode-se entender que a aplicação da bioética para com a (in) capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais deve estar associada à autonomia dessas pessoas quando puderem ter discernimento para alguns ou todos os atos da vida civil, o que implica na promoção da dignidade destas pessoas ao poderem ter o exercício da sua liberdade (beneficência), desde que a doença ou deficiência não prejudique a sua capacidade de compreensão (não maleficência), e possa ser observada por todos, a partir da suas especificidades e condições, diante de cada caso concreto (justiça), e que a sua vontade seja consciente (autonomia).

Diante destes apontamentos, visualiza-se a importância do papel da bioética como promotora da reflexão da (in) capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais, a partir de um discurso interdisciplinar, pois para a análise de cada caso concreto é

imprescindível a abordagem de todas as ciências que comportam estes estudos, como se pontuou ao longo deste capítulo.

Todavia, como exposto, a Bioética está no campo da Ética, da deontologia, o que não lhe confere coercibilidade, caráter de imposição de uma norma jurídica, carecendo de proteção jurídica a ser suprida com o novo ramo do Direito, o Biodireito, o qual se propõe tratar a seguir.

4.4.1.2 O Biodireito

O Biodireito surgiu a partir da necessidade de se tutelar juridicamente questões que envolvem a Bioética, por meio de dispositivos legais ou princípios, os quais são aplicados dentro do plano da justificação e aplicação. Na justificação, auxilia na interpretação do Direito, com justificação da aplicação das normas, e, no plano da aplicação, é aplicado diretamente em um caso específico (SÁ; NAVES, 2018).

Anunciam Sá e Naves (2004) o surgimento do Biodireito a partir da Bioética, num contexto de direito à vida tutelado em um sentido amplo, o que abarca também o direito à saúde, com a incolumidade psicofísica.

Distinto é o Biodireito da Bioética, pois aquele faz parte do Direito e esta da Filosofia, a qual traz discussões abertas, com premissas provisórias e precárias, e respostas de cunho filosófico (NAVES; SÁ, 2002). “Já o Biodireito é disciplina jurídica, nascida da necessidade de se regular normativamente e julgar as condutas e procedimentos interventivos na vida humana e de outros seres vivos.” (NAVES, 2010a, p.126).

Nesse sentido, sob a ótica do tema desta pesquisa, o Direito não pode “vendar os olhos” para os desafios trazidos pela revisão da teoria das incapacidades, conferindo ao Biodireito o papel de garantir direitos fundamentais a serem observados por todos. “Os avanços da medicina que prometem trazer grandes benefícios à humanidade, e o conseqüente aumento do interesse humano nesse campo de pesquisa, fez surgir a necessidade de tutelar alguns temas da Bioética através de um novo ramo jurídico: o Biodireito.” (TAVARES *et al*, 2009, p.28).

O Biodireito, como mais um novo ramo jurídico, revela a exigência cada vez maior do Direito se expandir em várias disciplinas, condizente com a provocação de cada caso concreto a ser delimitado, a fim de se buscar a resposta mais adequada. Nesse contexto, se enquadra como microssistema, que “se verifica em razão da instalação de nova ordem protetiva sobre determinado assunto, com princípios próprios, doutrina e jurisprudências próprias, autônomos

ao Direito Comum” (SÁ; NAVES, 2011, p.16). Além do Biodireito, tem-se como exemplo o microsistema do Consumidor, do Idoso, da Criança e do Adolescente, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre outros.

Dessa forma, o microsistema do Biodireito, nova área do Direito, é criado para buscar soluções jurídicas aos questionamentos advindos com os avanços biomédicos, envolvendo temas bioéticos.

Coaduna-se, portanto, com Sá e Naves, para quem:

Não somos favoráveis a um catálogo fechado de regras, pois a atitude do Direito é construtiva. Os problemas deverão ser analisados nas suas particularidades, por meio da análise do discurso de todos os envolvidos. E o microsistema do Biodireito, com princípios e fundamentos próprios, é o que melhor subsidia respostas que envolvam aspectos biomédicos. (SÁ; NAVES, 2011, p.18-19).

Pode-se mencionar como exemplos de respostas biojurídicas a questões bioéticas: a Lei n.9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e a Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados. Ademais, existem outras leis não tão específicas, que normatizam temas biojurídicos, como a autonomia corporal diante de tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas no art. 15 do Código Civil de 2002⁴⁷, e mesmo dispositivos constitucionais, como o direito à saúde, disposto no art.6º e arts. 196 a 200, e o direito ao meio ambiente, positivado no art. 225 da Constituição da República de 1988, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ao tratar dos direitos fundamentais e do direito à saúde, além do direito ao consentimento livre e esclarecido, tema desta tese.

No entanto, nem sempre a lei é suficiente para trazer todas as respostas jurídicas, principalmente no que tange à (in) capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais, como se questiona ao longo destes estudos.

Na medida em que os regramentos legais não sejam suficientes para solucionar os problemas enfrentados na Bioética, torna-se essencial a aplicação de princípios⁴⁸ jurídicos. Isto porque o Biodireito não pode ser entendido somente pela lei, já que a evolução da medicina e da necessidade da revisão da teoria das incapacidades avança a passos largos, o

⁴⁷ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (BRASIL, 2002).

⁴⁸ “Os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado e, de outra maneira, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. Os primeiros são vagos e indeterminados, enquanto as regras são geralmente suscetíveis de aplicação direta.” (SEMIÃO, 2012, p.97).

que envolve a busca de respostas jurídicas no mesmo compasso, sob pena de violar direitos fundamentais. Porém, isto não quer dizer que leis devam ser criadas para só então se efetivarem direitos, pois da elaboração até a entrada em vigor da lei, há intensos debates de ordem moral, principalmente, religiosos, sendo necessário recorrer à principiologia jurídica para trazer a resposta mais adequada naquele momento diante do caso concreto⁴⁹.

Nesse raciocínio, pontuam Sá e Naves (2018, p.14) que “o ordenamento jurídico constitui-se, assim, de um conjunto de normas, sob a forma de sistema aberto. O pensamento sistemático anterior é substituído por um método problemático. O problema é o ponto de partida e dele se constrói o sistema jurídico.”

Conforme Sá e Naves:

[...] Os temas que envolvem o microsistema do Biodireito são por demais polêmicos, não sendo desejável que o Direito regule todas as condutas de forma absoluta, pois isso exclui a construção de uma autonomia privada que, paradoxalmente, o Direito pretende construir. De mais a mais, discussões como as que envolvem o Biodireito devem ser levadas ao âmbito da sociedade civil, no intuito de auferirmos soluções legítimas. Assim, o caso concreto deve ser resolvido à luz da principiologia, buscando-se a decisão correta para o caso. (SÁ; NAVES, 2011, p.18-19).

Como apontam Sá e Naves (2011), o Direito, por si só, baseado em regras, não consegue dar todas as respostas, mesmo porque a democracia e o pluralismo que permeiam o Estado Democrático de Direito pedem novas respostas diante de cada situação, sob pena de violarem iguais liberdades fundamentais. Daí por se dizer que o Direito está em crise, ou mais precisamente, o positivismo jurídico, abrindo-se espaço hoje para o pós-positivismo, o qual exige uma reconstrução do Direito.

Conforme Almeida (2008, p.18-19), “O pós-positivismo pretende superar a legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. [...] Nesse conjunto de concepções ricas e heterogêneas, ainda em construção, estão a atribuição de normatividade aos princípios e a fixação de suas relações com os valores e as regras”.

Mas, afinal, quais seriam os princípios do Biodireito? Segundo Barboza:

[...] Na verdade, os princípios da Bioética guardam, de modo geral, correspondência com princípios do Biodireito, sem prejuízo para a integridade metodológica quanto a sua aplicação, na medida da relação entre Direito e Ética, como antes assinalado, que revela identidade de valores. (BARBOZA, 2003, p.77).

⁴⁹ São exemplos de decisões judiciais no âmbito do Biodireito que trouxeram grande repercussão na sociedade: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.54 (BRASIL, 2012), acerca da interrupção da gravidez na hipótese do feto ser anencéfalo, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.3510 (BRASIL, 2008), que trata da liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias.

Deve-se alertar que apesar de possuírem certa correspondência, os princípios bioéticos não são dotados de imperatividade, são comandos abertos, que visam ao que é bom, não ao que é jurídico. No âmbito de aplicação dos princípios bioéticos pode-se falar em ponderação de valores, que comporta a moral de cada um. Entretanto, na aplicação dos princípios biojurídicos, que são dotados de imperatividade e coercibilidade, não se admite ponderação, mas aplicação de qual é adequado diante de cada caso concreto (SÁ; NAVES, 2011).

Diferenciações feitas, alguns autores chegam a apontar quais seriam os princípios do Biodireito, outros nem mencionam. Santos (2001) e Diniz (2006) não chegam a apontá-los, fundamentam o Biodireito com base na dignidade da pessoa humana.

Barboza (2003) afirma que os princípios biojurídicos são constituídos por princípios constitucionais, como a dignidade, a vida e a liberdade.

Já Sá e Naves (2011) ousam apontar quais seriam exatamente os princípios do Biodireito: precaução, responsabilidade, autonomia privada e dignidade.

O princípio da precaução relaciona-se ao princípio bioético da não maleficência, pois implica em adotar medidas que não causem danos graves ou irreversíveis, mesmo que tenham certa probabilidade de ocorrer. A precaução baseia-se no Direito Ambiental, o qual se originou (SÁ; NAVES, 2011).

No que tange ao princípio da responsabilidade, este se relaciona ao princípio bioético da justiça, e implica que a pessoa tem o dever jurídico de “satisfazer as obrigações convencionadas ou suportar as sanções legais impostas por seu descumprimento” (SÁ; NAVES, 2011, p.38). Ou seja, o médico ou cientista é responsável por seus atos, sob pena de responder civil e criminalmente.

Já o princípio da autonomia privada⁵⁰ relaciona-se ao princípio bioético da autonomia. Segundo Sá e Naves:

[...] esta confere ao sujeito a possibilidade de determinar seu conteúdo, forma e/ou efeitos do ato jurídico. Podendo, numa situação concreta, o sujeito determinar somente conteúdo e efeitos, ficando a determinação da forma como função da lei. Ou prescrevendo forma e efeitos, restando ao sujeito o exercício da autonomia privada no referente ao conteúdo. (SÁ; NAVES, 2011, p.85).

Assim, a autonomia privada infere na autodeterminação do indivíduo, no exercício de sua liberdade, com capacidade e discernimento, o que, nas perspectivas biojurídica e bioética

⁵⁰ Neste momento não caberá a distinção de autonomia privada e autonomia da vontade por ser assunto objeto do capítulo 5.

se relacionam com o consentimento livre e esclarecido do paciente, a ser objeto de mais análise no capítulo 6.

Por fim, a dignidade humana é o princípio do Biodireito relacionado à beneficência, já que se pode afirmar que é o conjunto de todos os outros princípios, de forma a conferir o melhor para o indivíduo, em respeito a sua integridade psicofísica. Está positivado no art. 1º, inc.III da Constituição da República de 1988⁵¹. “Todavia, essa proteção só é possível se tal garantia puder estender-se a outros, garantindo uma sociedade plural.” (SÁ; NAVES, 2011, p.40).

Deve-se atentar, entretanto, que a dignidade da pessoa humana, serve de fundamento para posições diversas, a exemplo da (in) capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais: na autonomia desses indivíduos ou na sua proteção com a curatela.

Assim, deve-se entender, como defendido por Sá e Naves (2011), que, a dignidade, como princípio do Biodireito, deve ser aplicada no contexto de iguais liberdades fundamentais, de forma que a liberdade de uma pessoa não prejudique a de outra.

Diante do exposto, pode-se inferir na aplicação dos princípios biojurídicos à (in) capacidade das pessoas com transtornos e deficiências mentais da seguinte forma:

- a) o princípio da precaução seria aplicado na hipótese de ser evitar a capacidade irrestrita ou plena a essas pessoas, sem o discernimento ou com este reduzido, podendo causar prejuízos e a desproteção;
- b) no que tange ao princípio da responsabilidade, se considerados capazes de forma plena, como faz crer o Estatuto, são responsáveis pelos atos cometidos, podendo responder civilmente por suas ações, mesmo sem ter a compreensão dos atos causados e relações jurídicas estabelecidas;
- c) já a autonomia privada poderia ser aplicada com base na capacidade de discernimento do indivíduo a ser aferida por equipe multidisciplinar;
- d) por fim, o princípio da dignidade prevaleceria para evitar distorções, na medida em que não pode haver uma autonomia irrestrita e nem uma incapacidade absoluta de forma estanques, pois, cada pessoa tem sua especificidade, com grau próprio de desenvolvimento da doença ou deficiência, que possa permitir que realize nenhum, todos, ou alguns atos da vida civil, o que só é possível diante de cada caso concreto.

⁵¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Para que se tenha uma construção própria de vida boa todas as decisões no âmbito do Biodireito devem ser livres, desde que com responsabilidade e discernimento. Numa sociedade complexa e plural, o Direito é e deve ser dinâmico, sendo construído a partir do exercício de iguais liberdades fundamentais (MELLO; BOMTEMPO, 2013).

E, no que se refere às pessoas com transtornos e deficiências mentais, o discernimento é pedra angular para o consentimento do indivíduo e a concretização de uma possível autonomia, o que se pretende discutir a seguir.

5 AUTONOMIA PRIVADA E (IN) CAPACIDADE

A vontade está presente no exercício da liberdade, trabalhada no direito privado sob a ótica da autonomia privada.

De acordo com a ciência objeto de estudo, o sentido de vontade trará conotações distintas, razão pela qual, no que tange a este capítulo, buscar-se-á desenvolver brevemente o entendimento filosófico; já, ao longo de todo o capítulo, o aspecto jurídico, trazendo a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada; e, ao final, a interface entre autonomia privada, direitos de personalidade e Estado Democrático de Direito.

Isto porque, para a efetivação da dignidade humana, base dos direitos humanos e dos direitos de personalidade, é necessário o exercício da liberdade, sob a roupagem do contexto de autonomia privada. Assim, só é possível se afirmar, na possibilidade da existência de um estado que se intitula democrático, ao permitir o exercício de iguais liberdades fundamentais.

Destaca-se que o exercício de iguais liberdades fundamentais não significa autonomia a todo custo quando não é possível ser efetivada, pois, para as pessoas com transtornos e deficiências mentais, como apontado no capítulo anterior, deve ser analisada caso a caso, diante do fato de que cada pessoa possui uma biografia e um histórico patológico e deficitário distinto.

Ressalta-se que os transtornos mentais alteram o funcionamento normal da mente, seja de cunho degenerativo ou congênito, podendo prejudicar os diversos atos da vida civil. Dessa forma, objetiva-se neste capítulo apresentar e desenvolver o conceito de autonomia privada, a qual será associada ao tema destes estudos, também ao longo dos próximos capítulos, junto à (in) capacidade de emitir um consentimento livre e esclarecido.

5.1 Liberdade e autonomia

Quando um indivíduo está diante de si, tem liberdade, mas, só obtém autonomia no espaço de relacionalidade junto ao outro, do contrário, estará diante somente da vontade, onde os querer e os desejos são infinitos, em que tudo se pode fazer, confundindo-se, como aponta Kant, em um estado de felicidade:

A felicidade é o estado no mundo de um ser racional para o qual, na totalidade da sua existência, tudo ocorre segundo o seu desejo e a sua vontade e funda-se, pois, na harmonia da natureza com o fim integral desse ser e igualmente com o princípio determinante essencial da sua vontade. [...] (KANT, 1997, p.143).

O estudo da autonomia trouxe como um dos seus precursores, no início do período do Renascimento, o filósofo Pico Della Mirandola, que tratou na sua obra *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, por volta de 1480, o livre arbítrio concedido por Deus ao homem. Pico Della Mirandola defendia que a liberdade que Deus deu ao homem deveria ser orientada para que o indivíduo se concentrasse em escolhas que elevassem a sua alma e não em coisas medíocres:

[...] De tal modo que, abusando da indulgentíssima liberalidade do Pai, não tornemos nociva, em vez de salutar, a livre escolha que ele nos concedeu. Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível. (PICO DELLA MIRANDOLA, 1989, p.55).

Na Antiguidade, a autonomia também era estudada, mas não com esse termo.

Para Aristóteles (1984), a concepção de autonomia estava ligada à capacidade de julgamento, entendimento e discernimento nas relações com outras pessoas, pois, julgar acertadamente demonstrava discernimento, o qual era uma qualidade racional que levava a verdade aos bens humanos.

Pontua Pompeu (2013) que a filosofia na Antiguidade, sobretudo de Aristóteles, destaca a ideia de heteronomia, dando ênfase à expressão da vontade com a responsabilidade do sujeito.

Na concepção moderna, quando se fala em autonomia, antes de se adentrar no que seja a autonomia privada, está-se diante de si e do outro, pois, como expõe Naves (2010b, p.85), “a ideia de autonomia é paradoxal. Só há autonomia frente a outros seres humanos; sozinho ninguém é autônomo. Autonomia pressupõe socialidade, intersubjetividade. Exige, portanto, perspectiva relacional.”

Na perspectiva kantiana, autonomia infere em agir livremente, desde que o indivíduo faça suas ações de acordo com a lei imposta a si mesmo e não o que a natureza ou as convenções sociais ditam (SANDEL, 2011). Para Kant, “agir livremente não é escolher as melhores formas para atingir determinado fim; é escolher o fim em si – uma escolha que os seres humanos podem fazer e bolas de bilhar (e a maioria dos animais) não podem.” (SANDEL, 2011, p.142).

Como ressalta Salgado (2007), é pela vontade pura, proposta por Kant, que é possível alcançar uma universalidade da lei moral. Isso quer dizer que, o homem, sendo um ser

racional, e, a sua vontade, também racional, possibilita que a lei criada por essa vontade será uma lei moral puramente racional. Entretanto, essa ideia gerou entrave com a liberdade externa de cada indivíduo, na medida em que está ligada diretamente ao arbítrio, ao aspecto sensível do agir livremente de cada ser humano.

Em uma perspectiva mais atual entende Silva (2010, p.233) que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”, porém, limitada na esfera de liberdade de outrem, a ser protegida pelo Direito.

Assim, na perspectiva jurídica, a possibilidade do indivíduo agir conforme a sua vontade, o que implica na liberdade de poder ou fazer algo, desde já encontra seus limites na Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inc.II⁵², restringida pela lei, o que seria chamada de liberdade negativa.

Já a liberdade positiva, se concretiza de uma forma subjetiva, na qual o indivíduo estabelece, modifica ou extingue relações jurídicas, e, de uma forma objetiva, que consiste na normatização dessas relações, no poder que o indivíduo tem de criar dentro dos limites da lei suas próprias normas (AMARAL, 2003).

Nesse sentido, em qualquer das suas formas, a concepção de liberdade jurídica, trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro, implica em permitir o desenvolvimento da pessoa humana, reafirmando a sua dignidade:

A ideia de liberdade, em qualquer de suas formas, é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, no entanto não é um valor ilimitado, uma vez que a própria Constituição de 1988 autoriza a produção de normas restritivas e, ainda, abarca diversas garantias, como segurança, ordem pública e outros motivadores da limitação. (TAVARES *et al*, 2011, p.39).

Desta forma, a “liberdade – erigida a princípio constitucional no Direito brasileiro – é base para o desenvolvimento da personalidade do ser humano. Cabe ao indivíduo as decisões na esfera da vida íntima e da vida privada, nos limites da lei.” (LIMA, 2007, p.163).

Como estudo introdutório de liberdade, vontade e autonomia, deve-se entender que a proteção constitucional da liberdade coloca como centro a pessoa, “não como vontade de

⁵²“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (BRASIL, 1988).

realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma.” (PERLINGIERI, 2002, p.298-299).

Como dantes explanado, a concepção de liberdade no Direito Privado atual é concebida pela autonomia privada, no lugar da concepção anterior de autonomia da vontade, cabendo distinção entre uma e outra a seguir.

5.2 Da autonomia da vontade à autonomia privada

A palavra autonomia é de origem grega, que, como inicialmente apontado, representa a capacidade do indivíduo estabelecer-se para si mesmo as normas de sua própria conduta. De acordo com Rüger e Rodrigues:

“Autonomia” é palavra de origem grega (*autonomía*) derivada da aglutinação das palavras “*autós*”, que significa próprio, individual, pessoal, incondicionado, e do verbo “*nomía*”, que denota conhecer, administrar. O sentido originário da palavra, herdada da tradição, representa o poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta. É poder de se autogovernar, e, por consequência, o detentor de autonomia tem a faculdade de se reger por um sistema de regras próprio e ter tais regras reconhecidas pelos demais. (RÜGER; RODRIGUES, 2007, p.3-4).

A autonomia confere a condição de ser pessoa no meio social, no sentido de estar em relação ao outro, de apresentar-se e interagir-se diante de outrem. Foi mesmo considerada como *status* no meio social. Na Antiguidade, a autonomia era requisito para ser considerado pessoa, segregando sujeitos-proprietários e indivíduos-propriedades. Assim, só quem a detinha possuía personalidade, quem estava sob a condição de *dominus*, inserido no direito das coisas, ou de um *pater familias*, inserido no direito de família. (RÜGER; RODRIGUES, 2007).

Diante desse panorama, a propriedade privada pode ter sido uma das primeiras manifestações da autonomia (RÜGER; RODRIGUES, 2007), a partir da apresentação do *animus domini*, da declaração da vontade de delimitar o que é seu, exercendo o poder de propriedade.

“A consagração do princípio da autonomia da vontade, como hoje se entende, resulta de um longo processo que encontra suas origens remotas nos contratos romanos, e se consolida com os ideais revolucionários dos séculos XVIII-XIX.” (BARBOZA, 2009, p.222).

Discorre Ferreira (2009) que a autonomia da vontade surgiu do Direito Romano a partir da máxima *pacta sunt servanda* (traduzida na fórmula da obrigatoriedade e

intangibilidade dos contratos); vinculou os acordos de vontade numa época em que a codificação imperava com opulência no seio do Estado de Direito.

Nessa época, o indivíduo tinha plena autonomia para contratar, regulando suas relações pessoais e patrimoniais conforme seus interesses (BARBOZA, 2009), sob o manto do “individualismo em torno do conteúdo absoluto dos direitos subjetivos (propriedade) e a liberdade de contratar submetia-se ao dogma da “vontade” individual, na qual as relações jurídicas eram reguladas pelos referenciais da igualdade formal (igualdade perante a lei).” (FERREIRA, 2009, p.498).

Assim, revela-se que até então a autonomia da vontade foi marcada, sobretudo, por forte conotação de cunho patrimonial (LIMA, 2003).

Diante da forte carga individualista e sob o pressuposto de que a vontade era plena na época da ascensão da autonomia da vontade, pode-se dizer, para se fazer um corte em contraposição à autonomia privada, que a “expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.” (AMARAL, 2003, p.347-348). A autonomia da vontade esteve relacionada ao Estado Liberal.

A autonomia no Estado Liberal foi concebida como autonomia da vontade, com origens no Direito Romano com o *Ius Mercatorum* (SOUZA, 2008), em razão das revoluções burguesas, como a Revolução Francesa, rompendo a submissão do povo ao Estado Absolutista. Surgiu então o Estado Liberal, sob os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, colocando todos na mesma posição diante da lei (SOUZA, 2008).

Foi com o Estado Liberal que a autonomia passou a ter enorme carga individualista, momento pelo qual a atuação estatal era a mínima possível, deixando a cargo dos particulares criar, extinguir e modificar relações jurídicas como bem entendessem, desde que estivessem nos limites da lei, havendo, assim, uma expressa linha divisória entre o âmbito público e o privado (POMPEU, 2012).

Isto quer dizer então, que a nova classe em ascensão, os burgueses, fazendo uso do papel mínimo que detinha o Estado e o papel máximo que os particulares podiam, com o emprego da sua vontade, pudessem estabelecer relações como bem entendessem, na medida em que a lei não conferia uma igualdade material, mas, tão somente, uma igualdade formal, o que gerou enormes desigualdades socioeconômicas entre a burguesia e o proletariado. Como afirma Faria (2007, p.57): “o princípio da autonomia da vontade estabeleceu-se sobre a base

da justiça formal, ou seja, estando formalmente garantida em lei, não importava ao Estado que, material ou concretamente, a justiça não existisse.”

“Enquanto o paradigma liberal preocupava-se em estabelecer, aprioristicamente, quais os objetivos e como atingi-los, a democracia contemporânea reconhece que a autonomia privada legitima a própria manutenção do Estado de Direito.” (NAVES; SÁ, 2013, p.74).

Este Estado de Direito é aquele que traz a efetivação de direitos e liberdades fundamentais, de forma a garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana, em respeito a sua liberdade e dignidade, como afirma Canotilho:

O Estado de Direito é, por último, um Estado de direitos fundamentais. A Constituição garante a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, na sua complexa qualidade de pessoa, cidadão e trabalhador. Neste sentido o Estado de Direito é um Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos. Por outro lado, o Estado de Direito é um Estado antropológicamente amigo, ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade. (CANOTILHO, 1991, p.83).

A autonomia privada permite ao indivíduo legislar seus próprios interesses, no contexto de iguais liberdades fundamentais, passando o Direito a estabelecer o espaço de atuação dessa autonomia e não um poder dado pela vontade e reconhecido pelo Direito como outrora. Passa-se então a não ser mais tarefa jurídica entender o conteúdo da vontade interna de cada pessoa (NAVES, 2010b).

Destarte, a antiga simples subordinação da vontade à lei, sem uma análise objetiva desta escolha, conformando-se somente ao que a lei não proíbia, fruto de um estado liberal, agora, no contexto de estado democrático, a vontade passa a assumir caráter concreto e objetivo de forma a concretizar as relações jurídicas entre os particulares, respeitando suas esferas de liberdades e não-liberdades. Deixa-se, então, o caráter voluntarista para o normativista, não no sentido da concepção paternalista coibitiva das normas públicas do estado social, suprimindo a vontade individual, mas do espaço que o direito criou dos próprios indivíduos regularem suas relações em harmonia. “É por isso que a razão pela qual a expressão “autonomia da *vontade*”, como identificadora da liberdade jurídica, vem a ser substituída na contemporaneidade pelo termo “autonomia privada”.” (BOTREL, 2007, p.352).

Segundo Naves (2010b), a autonomia privada é formada pela autonomia crítica junto à autonomia de ação, ambas em interação. “A autonomia crítica é o poder do homem de se compreender e compreender o mundo à sua volta, ou seja, é o poder de avaliar a si e o mundo, estabelecendo relações a partir de seus pré-conceitos” (NAVES, 2010b, p.85), ou seja, é a

capacidade de se autoidentificar e se relacionar diante do outro, formando seus próprios entendimentos. Já a “autonomia de ação é o poder de estabelecer dado comportamento, portanto, determinada pela compreensão de mundo, isto é, pela autonomia crítica” (NAVES, 2010b, p.85), ou seja, é a ação no exercício da vontade, traduzido como forma de comportamento através das suas próprias concepções de si e do se relacionar com o outro no mundo da vida, o que Heidegger chama de “ser-no-mundo” (HEIDEGGER, 2005).

Explica Heidegger (2005) que “ser-no-mundo” não significa que o homem é apenas “mundano”, concepção esta que não está relacionada à religião, de um ser afastado de Deus. Significa a abertura do ser, enquanto ser ex-sistente, no seu próprio modo de ser, na construção de sua essência e de seu autocuidado. Assim, mundo é o universo que o homem habita e se relaciona, onde identifica a sua própria existência, o que Heidegger denomina de clareira do ser; e “ser-no-mundo” é a essência dessa existência, a partir da interação que o homem tem com o mundo.

Completa Bastos (2017), que no mundo reside a essência do conhecimento em sentido originário, o que incluiu o homem, e, a partir deste mundo, descobre seu próprio modo de ser, de maneira singular, seu “ser-no-mundo”, a partir da interrelação com o outro.

E esse conceito de “ser” somente é possível de ser interpretado a partir da “presença”. Isto porque a presença revela a biografia e a historicidade desse ser (HEIDEGGER, 2009b), é o longo caminho percorrido da “ex-sistência” do homem no “mundo” em “ser-no-mundo”.

Assim, no que tange ao tema desta tese, em que medida as pessoas com transtornos mentais tem condições de ter autonomia crítica e autonomia da ação, que formam a autonomia privada? Elas conseguem se identificarem como “ser-no-mundo”? Estas questões não se objetivam serem respondidas nesse momento, mas ao longo destes estudos, de forma a sensibilizar o leitor a importância que a autonomia tem para quem possui uma enfermidade ou deficiência mental.

Dessa forma, a autonomia privada torna-se presente sempre que necessária a manifestação da vontade de alguém, não se admitindo o seu exercício de forma estanque pelos ditames da lei, daí estar-se falando de um princípio não só de direito privado, mas também constitucional, na roupagem do direito à liberdade, como foi apontado no início do capítulo, de forma a assegurar, sobretudo, a dignidade humana.

De acordo com Pompeu:

Para se falar em autonomia privada deve-se deixar clara a sua natureza principiológica pressupondo a possibilidade de se auto-regulamentar (*sic*)

recepcionando assim as normas previstas pelo ordenamento. O exercício da vontade em situações patrimoniais e existenciais significa um espaço de liberdade para os sujeitos de direito escolherem ou não determinadas normas. [...] (POMPEU, 2012, p.73).

Reforça-se que a autonomia privada corresponde à liberdade do indivíduo de se autodeterminar e estabelecer relações jurídicas conforme a sua vontade, desde que não prejudique a liberdade de outrem, sendo ao mesmo tempo promotora e preservadora da dignidade humana, colocando a pessoa no centro do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2002).

Assim, não se entende que autonomia da vontade e autonomia privada sejam sinônimos ou tenham o mesmo sentido, como empregam alguns autores⁵³, ao adotar ainda o termo autonomia da vontade com a mesma conotação de autonomia privada, pois são concepções distintas diante do momento pelo qual a autonomia foi recepcionada pelo Direito, em determinado contexto histórico.

No que tange ao tema destes estudos, observa-se que a Lei n.13.146/2015 parece adotar a concepção autonomia da vontade, na medida em que confere no art. 84 a capacidade legal em igualdade com as demais pessoas, tratando-se de clara formalidade da lei.

Como antes abordado nos capítulos 2, 3 e 4, impossível afirmar que uma pessoa com grau avançado de Alzheimer ou com síndrome de down terão o mesmo discernimento diante de uma relação jurídica com uma pessoa que goza de forma plena suas faculdades mentais. Não há paridade nessa relação. O vulnerável se tornou miserável com a nova lei.

Mais adequado, portanto, a autonomia privada, de forma a ser observada desde que o indivíduo tenha o mínimo de discernimento para estar naquela relação jurídica, de forma a ter condições de se autodeterminar e interagir-se com o outro, sob pena de violar sua própria dignidade, inclusive na emissão de seu consentimento na relação médico-paciente, tema destes estudos⁵⁴.

Face ao exposto, compreende-se, portanto, a estreita relação existente entre autonomia privada, direitos de personalidade e dignidade.

⁵³ Não fazem qualquer distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, adotando-se ainda o termo autonomia da vontade, autores como Barboza (2009), Diniz (2006), Martins-Costa (2002), Farias e Rosenvald (2013), Stancioli (2010) e Moraes (2003).

⁵⁴ Este assunto será retomado nos capítulos 6 e seguintes.

5.3 Autonomia privada, direitos de personalidade e dignidade

Personalidade jurídica implica na aptidão de adquirir direitos e contrair deveres⁵⁵, estando diretamente ligada à concepção de pessoa. Entretanto, nem sempre foi assim.

Berço do direito, o direito romano tratava o escravo como coisa, situado na relação jurídica como objeto e não como titular de direitos. E não foi somente na Roma antiga, pois, até tempos atrás, no direito brasileiro, o escravo também não detinha personalidade jurídica (PEREIRA, 2012).

A personalidade jurídica é conferida a quem detém a qualidade de pessoa. Para Beviláqua (1953, p.80), “*Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.*”

Freitas contribuiu ao afirmar que pessoa era quem participava das relações da vida civil, “sendo o elemento variável os direitos adquiridos, que entre si se distinguem, - pela maior ou menor intensidade do vínculo das obrigações, pela qualidade desse vínculo, - pela qualidade da relação criada do sujeito ativo dos direitos para com o sujeito passivo dos direitos.” (FREITAS, 1952, p.18).

Dadas as concepções tradicionais desses renomados juristas, o entendimento de pessoa atual não teve alteração significativa entre um e outro código (de 1916 e de 2002).

Para Loureiro, “pessoa é o ser humano ou uma determinada organização humana, consideradas como sujeitos de direito; personalidade é a qualidade de pessoa. Portanto, personalidade é a aptidão para ser sujeito de relações jurídicas.” (LOUREIRO, 2010, p.96).

Lôbo acrescenta que o conceito de pessoa envolve estar em relação com alguém. “Ninguém é pessoa sem estar em relação a alguém. É uma qualificação jurídica que constitui eficácia de fato jurídico específico, mas sempre em razão de estar ou potencialmente poder estar em relação.” (LÔBO, 2010, p.108).

Não obstante a isso, a qualidade de pessoa, infere em ir além de ser capaz de direitos e deveres, mas em receber proteção e exigir direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

Ainda que não se pretenda adentrar no que seja pessoa ou não para o Direito⁵⁶, a concepção de pessoa nas últimas décadas vem trazendo intensos debates, sobretudo, diante do

⁵⁵ Art. 1º do Código Civil de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, 2002).

⁵⁶ O Código Civil de 2002 em seu art. 2º dispõe que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002).

avanço das tecnologias, como a biotecnologia e a robótica. Questiona-se até que ponto será tarefa ou não do Direito dizer quem é ou não é pessoa, em razão também da (in)tangibilidade do corpo, a ponto de se tornar pós-humano⁵⁷.

Segundo Farias e Rosenvald:

De um lado, é fácil perceber que a pessoa natural (ou física) é o ente provido de estrutura biopsicológica, trazendo consigo uma complexa estrutura humana, composta de corpo, alma e intelecto. É, enfim, o ser humano. [...] Veja-se, inclusive, não mais ser possível afirmar que a pessoa natural seria um ser necessariamente criado de modo biológico, em razão dos mecanismos científicos de concepção humana artificial, atualmente existentes, como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p.130).

Ao mesmo tempo, o avanço da tecnologia na sociedade trouxe a substituição da intersubjetividade pela objetividade nas relações humanas, o que desencadeia uma subordinação de pessoas-objeto, na medida em que, quem detém mais poder (tecnologia) instaura um pólo de sujeito onipotente, e quem fica a mercê e se submete a esse poder torna-se um ser tematizado, como se pode observar nos jogos virtuais, redes sociais, falta de informação e “fake news”, aplicativos de celulares de encontros e sexo virtual. “Daí a perda instância de liberdade do outro, que deixa de ser centro irradiador. Tendo obstruída a capacidade de ser clareira para a verdade. [...]” (MEGALE, 2007, p.48-49).

Nesse diapasão, entende-se que a concepção de pessoa deve pressupor intersubjetividade e relacionalidade junto a um processo inacabado, haja vista que os indivíduos estão em constante (re)construção, o que não se pode compreender somente a partir de uma definição dada e pronta de espécie humana, mas o que os participantes do discurso, inseridos no âmbito do Estado Democrático entendam o que seja, tendo, portanto, um sentido inacabado (MOUREIRA, 2009).

Se a pessoa detém personalidade jurídica, implica também na aquisição dos direitos de personalidade, termo adotado pelo Código Civil de 2002 em seu Capítulo II (BRASIL, 2002).

Apesar dos direitos de personalidade ser matéria de Direito Privado, foi no Direito Público que foram reconhecidos, a partir de importantes documentos internacionais de forma a proteger o povo contra os abusos do poder estatal totalitário, como “a Magna Carta (1215), o *Bill of Rights* (1689), a Declaração americana (1776), a Declaração francesa (1789) e a Declaração Universal da ONU (1948). Devido a sua positivação escrita, para proteger o

⁵⁷ Para mais informações sugere-se a leitura da obra: BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Melhoramento humano no esporte: o *Doping* Genético e suas implicações bioéticas e biojurídicas.** Curitiba: Juruá, 2015.

indivíduo contra o Poder, ganharam o nome de liberdades públicas.” (FÍUZA; GAMA, 2009, p.110). Contudo, registra-se que desde a Antiguidade já havia preocupação com o respeito aos direitos humanos, incrementados com o advento do Cristianismo (GONÇALVES, 2012).

Desse modo, pode se observar que a construção dos direitos de personalidade partiu do Cristianismo, da Escola de Direito Natural e do Iluminismo (BITTAR, 2003).

Porém, foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, que se teve um maior interesse em estabelecer uma categoria básica de direitos à pessoa, em razão dos horrores acontecidos com os movimentos totalitários, como o nazismo, durante a II Guerra Mundial (FARIAS; ROSENVALD, 2013), inclusive com campos de concentração que exterminavam pessoas com transtornos mentais e deficientes mentais, em nome de uma “raça pura”.

Nesse contexto, os direitos de personalidade remetem à construção e proteção do ser humano perante o Estado e terceiros, na medida em que se referem ao desenvolvimento da própria pessoa humana no que tange aos seus aspectos físicos, psíquicos e intelectuais. (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Positivados no capítulo II do Código Civil de 2002, os direitos de personalidade não se confundem com os direitos fundamentais (NADER, 2006), pois nem todos os direitos fundamentais, “corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade, porque aqueles vão mais longe que estes, na medida em que atribuem direitos a organizações que não são pessoas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais”. (LÔBO, 2010, p.140). Assim, os direitos de personalidade são espécie do gênero direitos fundamentais, “(e, portanto, de matriz constitucional) implícitos.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.382).

Outrossim, assevera-se que antes do atual Código Civil de 2002, até então vigente, não havia essa disposição acerca dos direitos de personalidade como trouxe o atual código. O Código Civil de 1916 possuía um nítido caráter patrimonialista, voltado para a proteção da propriedade e não da pessoa (LÔBO, 2010), como se pôde observar no capítulo 2.

Somente com a Constituição Federal de 1988 que se teve a preocupação de ser reformar o Código de 1916, de forma a compatibilizar os regramentos da vida civil em sintonia à Carta Constitucional, ao colocar a pessoa no centro do ordenamento jurídico, erigindo a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático brasileiro. “A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de

organizar-se, às quais se remete permanentemente ao Direito Privado.” (LORENZETTI, 1998, p.252).

Consoante a isso, não se pode entender que os direitos de personalidade hoje positivados nos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002, no que se refere ao direito ao nome, ao corpo, à honra, à vida privada, à imagem e à integridade intelectual se bastam para a proteção da dignidade humana. Na verdade, são tão somente cláusulas abertas, pois o ser humano está em constante (re)construção, e, sempre que surjam novos direitos que visam a efetivar a dignidade, estes comporão a personalidade, no espaço de liberdade de cada pessoa. Assim, “no que concerne especificamente ao direito civil, o princípio da dignidade da pessoa humana tem permitido a reconstrução conceitual do termo “pessoa”, em larga medida com base no fato de as “constituições do século XX” o terem posto – ou deixado suposto – como princípio estruturante da ordem constitucional.” (MARTINS-COSTA, 2002, p.414).

Portanto, o “Código não pode ser visto nem interpretado como matriz de toda a idéia sobre os direitos da personalidade” (BITTAR, 2003, p.46) no sentido de uma cláusula fechada, pelo contrário, deve estar aberto a recepcionar todas as manifestações da pessoa, irradiado pela dignidade da pessoa humana, como defende boa parte dos civilistas⁵⁸, denominando-se cláusula geral de tutela da personalidade ou cláusula geral da pessoa humana.

Corroborando Tepedino:

A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana. (TEPEDINO, 2008, p.57).

Se para o entendimento dos direitos de personalidade estes devem estar enfeixados pela dignidade humana, esta infere em autonomia, pois, a dignidade humana “supõe a prerrogativa de dirigir-se, através de suas escolhas, até sua própria plenitude e perfeição. A liberdade é expressão da dignidade humana enquanto reflete uma modalidade superior de ser.” (SANTOS, 2001, p.311). É autônomo quem é digno, de ser capaz de se autodeterminar num cenário de convivência social, promovido pelo espaço de liberdades e não liberdades.

⁵⁸ São adeptos desse entendimento, como exemplo alguns civilistas: Martins-Costa (2002), Perlingieri (2002), Bittar (2003), Lima (2003), Nader (2006), Tepedino (2008), Fiúza e Gama (2009), Lôbo (2010), Gonçalves (2012), Farias e Rosenvald (2013), além de constitucionalistas como Sarlet (2012) e Carvalho (2011).

Nessa linha de raciocínio, já defendia Kant, na sua obra “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, que o homem é um fim em si mesmo, ou seja, a concepção de dignidade era de que o homem não pode ser um meio para a consecução de um fim. Isso porque o homem é um ser dotado de razão, vontade, no agir voltado para uma ação autônoma, segundo uma lei imposta a si mesmo. Essa ideia remonta a construção moral de dignidade, na medida em que nenhuma pessoa possa ser usada como meio para o fim de outra, na perspectiva de que somente as coisas têm preço, e as pessoas têm dignidade (KANT, 2003).

O imperativo categórico kantiano contribuiu para a construção da dignidade humana como norma jurídica, e as características dos direitos de personalidade, como a extrapatrimonialidade.

Nessa passagem, da “Crítica da razão prática”, Kant descreve de forma clara que a razão humana (autonomia) deve ser realizada como um fim em si mesmo:

[...] O homem não é certamente assás santo, mas humanidade deve para ele ser santa na sua pessoa. Em toda a criação, tudo o que se quiser e sobre o que se tem algum poder pode também utilizar-se simplesmente como meio; unicamente o homem e, com ele, toda a criatura racional é fim em si mesmo. Ele é efectivamente o sujeito da lei moral que é santa, em virtude da autonomia da sua liberdade. Justamente por causa desta, toda a vontade, mesmo a vontade própria de cada pessoa e dirigida para si própria, está restringida à condição de um acordo com a autonomia do ser racional, isto é, de não a submeter a objectivo algum que não seja possível segundo uma lei que possa brotar da vontade do sujeito passivo; por conseguinte, a nunca utilizar este sujeito simplesmente como meio, mas ao mesmo tempo também como fim. Impomos com razão esta condição mesmo à vontade divina relativamente aos seres racionais no mundo, enquanto suas criaturas, na medida em que ela assenta na sua personalidade, graças à qual exclusivamente constituem fins em si. (KANT, 1997, p.103).

Todavia, a autonomia como efetivação da dignidade da pessoa pode resultar na supressão desta garantia fundamental em outrem, como alerta Pompeu:

[...] Neste caminho de escolhas e impossibilidades a orientação dos sujeitos é para a realização de projetos pessoais que expressam a concepção de dignidade de cada um. E aqui, como já se disse, reside o risco do relativismo, possibilitando as aplicações legais mais despropositadas em nome da dignidade. (POMPEU, 2012, p.82).

Dessa forma, parte-se do entendimento de Naves e Sá (2013), pois diante do caso concreto é que será possível determinar o conteúdo da dignidade como exercício da autonomia. Preocupada com essa questão, na possibilidade de se atribuir um grau tão intenso de abstração desse princípio, Moraes elucidou os seguintes postulados como substrato material da dignidade:

[...] i) sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. (MORAES, 2003, p.85).

Em síntese, é o que dispõem Naves e Sá (2013), pois, dentro do liame entre liberdade e igualdade, deve-se considerar a garantia de iguais liberdades fundamentais.

Portanto, na medida em que, a pessoa com transtorno ou deficiência mental não tiver discernimento ou este reduzido para exprimir sua vontade, a curatela ou a tomada de decisão apoiada devem se fazer presentes, para que os representantes ou apoiadores auxiliem ou viabilizem o mais próximo possível o que seria a verdadeira escolha daquele indivíduo, respeitando sua dignidade, em respeito aos interesses dessa pessoa vulnerável.

Revela-se, assim, o desafio imposto à autonomia privada na efetivação da liberdade, que viabiliza a construção de individuais projetos de vida e não exclui nenhum, sob pena de violar a dignidade de outrem, ainda que seja uma minoria; até porque só se é autônomo diante do outro. “O homem vale por si mesmo, mas não se basta em si mesmo. A autodeterminação é componente da dignidade. A autonomia liberta, mas a autossuficiência encarcera. O ser autônomo se autoconstrói, percebendo a si e ao outro.” (NAVES, 2010b, p.84).

Nesse sentido, remonta-se à Kant novamente, ao afirmar que, o homem é um fim em si mesmo, e, como ser racional, todas as suas ações devem ser voltadas a ele mesmo como as que o são para os outros seres racionais, devendo ser sempre considerado como um fim. Assim, o agir racional revela que a autonomia, como escolha do homem, ao ser direcionado como fim em si mesmo, o diferencia das coisas, as quais têm preço, “quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, 1993, p.77).

Como se observou, existe uma correlação entre direitos de personalidade, dignidade e autonomia, que, para Stancioli (2010) é trabalhado em três eixos, compreendendo a proteção da personalidade no respeito à autonomia da pessoa; a qual somente existe num processo dialógico junto ao outro; para que pela alteridade desenvolva uma consciência crítica que resultará no desenvolvimento da sua própria ideia de dignidade, fruto do seu agir autônomo e dialógico.

Todavia, a tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais

sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento.

Isso porque “a “sociedade justa” deixa ao critério de todas as pessoas aquilo que elas querem “iniciar com o tempo de suas vidas”. Ela garante a todos a mesma liberdade para desenvolver uma autocompreensão ética, a fim de formar uma concepção pessoal da “boa vida” segundo capacidades e critérios próprios.” (HABERMAS, 2004, p.5).

A pessoa é o centro do ordenamento jurídico e por isso foram positivados os direitos de personalidade para assegurar dignidade a todos, além de proteção à sua integridade física e psíquica, imagem, vida, dados genéticos, honra, nome, intimidade, ou seja, vem garantir direitos de forma que a pessoa tenha uma vida digna, se autorrealize e exerça sua autonomia privada (MELLO; BOMTEMPO, 2013).

De outro modo, em questões de saúde, é muito importante que o paciente, que já é um hipossuficiente e está em uma situação de vulnerabilidade, tenha condições de exercer sua vontade, mesmo na esfera da saúde mental, cabendo ao profissional da saúde e equipe avaliar se o paciente neuropsiquiátrico tem condições de se autodeterminar, sobretudo diante de um termo de consentimento informado livre e esclarecido, como se pretende discutir no próximo capítulo.

6 CONSENTIMENTO INFORMADO LIVRE E ESCLARECIDO (CLE)

Como fora abordado no capítulo 5, a autonomia é o exercício da liberdade do indivíduo, como expressão de seu ser, ao exprimir a sua vontade, atrelada à dignidade humana.

No âmbito da saúde, e, no exercício da liberdade do próprio corpo, a autonomia se reveste do consentimento, manifestação de vontade do paciente, que deve ser livre e esclarecido.

O consentimento informado livre e esclarecido (CLE) consiste na manifestação de vontade do paciente em aceitar ou não as orientações, tratamentos e medicamentos, a partir das informações prestadas pelo médico, que deve ser em linguagem clara e acessível.

Esse consentimento é o exercício da autonomia do paciente, princípio bioético e biojurídico, como se verificou no capítulo 4, o direito de fazer escolhas e tomar decisões de forma independente, já que são afetas à sua própria saúde. Não se confunde com o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), que é o documento em que o paciente declara essa vontade.

Sendo assim, no que tange aos estudos propostos nesta pesquisa, este capítulo objetiva abordar o consentimento livre e esclarecido com a visão atual da relação entre médico e paciente, com a crítica ao paternalismo médico, cuja diretriz segue o entendimento de que o médico sempre sabe o que é melhor para o paciente.

Em segundo momento, serão questionados os requisitos que envolvem essa manifestação de vontade do paciente, com enfoque no direito à informação, no discernimento e no critério de competência médica.

E, ao final, como esse direito (CLE) foi introduzido e pode ser interpretado com a Lei n. 13.146/2015, sobretudo, no que tange às pessoas com transtornos e deficiências mentais, a ser discutido também nos capítulos 7 e 8 adiantes.

Apesar do caminho até aqui proposto também trazer a explicação das coisas, não se afasta do pensar à essência, na busca da compreensão, do sentido visado pela consciência (BASTOS, 2017), como se propõe com o agir fenomenológico, pois, a vontade do paciente, ser vulnerável, principalmente, aqueles com transtornos mentais, exige um “mergulho” muito mais profundo, além de um simples dizer. Afinal, “sem o caminhar fenomenológico, o ser humano permanece atrelado à pré-conceitos, sem experienciar o mundo e a si mesmo como fenômeno puro.” (BASTOS, 2017, p.46).

Portanto, ao tratar do consentimento de um paciente, as palavras e as emoções ali exprimidas devem ser valiosas formas de aprender com o outro as dores, as fraquezas, as angústias, a insegurança e o medo, que muitos profissionais médicos desprezam, esquecendo-se que do outro lado existe alguém que quer muito mais que a prestação de um serviço, como se discutirá a seguir.

6.1 Relação médico-paciente

A relação médico-paciente consiste precipuamente em um contrato de prestação de serviços, no qual são estabelecidos direitos e obrigações entre as partes, em que o profissional médico, via de regra, utilizará de todos os recursos e meios necessários para restabelecer a saúde do paciente que requer os seus cuidados (BOMTEMPO, 2012).

Sá (2005) discorre que a relação médico-paciente estabelece entre ambos um vínculo contratual, ato jurídico perfeito, de obrigações de resultados ou obrigações de meios. Esse contrato é denominado de prestação de serviços, o qual, segundo Lôbo:

A prestação de serviços é o contrato bilateral, temporário e oneroso, mediante o qual uma pessoa (prestador de serviços) se obriga a desenvolver uma atividade eventual, de caráter corporal ou intelectual, com independência técnica e sem subordinação hierárquica, em favor de outro tomador ou receptor dos serviços, assumindo esta uma contraprestação pecuniária. (LÔBO, 2011a, p.353).

Ademais, a relação entre médico e paciente atualmente é regida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), revelando-se uma relação contratual consumerista, aplicando-se o art. 14, §4º do CDC⁵⁹, levando-se em consideração que a classe médica se enquadra como profissional liberal.

Essa delimitação como relação de consumo tem como causa o surgimento de grandes hospitais e centros de saúde, bem como a vinculação dos médicos a planos de saúde e à crescente especialização e mercantilização da atividade médica, afastando-se dos médicos de família de outrora, os quais tinham maior proximidade com o paciente. “A óptica agora é a de uma sociedade consumista, cada vez mais consciente de seus direitos e mais exigente quanto aos resultados.” (SÁ; NAVES, 2009, p.80).

Nesse sentido, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁹ Art. 14. do CDC. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, 1990).

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil.

Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2005).

Não se discute, portanto, que na relação médico-paciente aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, já que o médico presta um serviço mediante remuneração e o paciente é o destinatário final daquele serviço a ser prestado, de acordo com os ditames do artigo 3º §2º⁶⁰, e artigo 2º *caput*⁶¹ do CDC, respectivamente (BOMTEMPO, 2013b).

Hoje, de paciente passou-se à cliente, aquele que sabe e exige os seus direitos, que participa na tomada de decisões junto ao profissional médico. “Antes soberano para tomar decisões clínicas, passou a conselheiro, num diálogo franco com o paciente, titular do direito de tomá-las mediante esclarecimento que lhe é devido pelo profissional.” (RIBEIRO, 2006, p.1750).

“Ao tratar o doente como cliente e não como paciente, aquele é elevado a sujeito, deixando de ser meramente aquele que espera, como a expressão paciente significa.” (BORGES, 2001, p.296).

Assim, o paciente-cliente não é mais hoje visto como aquele que consente, mas o que solicita, exige e participa na tomada de decisões da sua saúde, sendo o agente de sua própria vontade (BOMTEMPO, 2013a). Os pacientes no mundo globalizado e consumerista são clientes e estão cada vez mais informados dos seus direitos. Contudo, nem sempre todas as informações são bem compreendidas, ofuscadas pelo excesso de conteúdo das mídias, sobretudo na internet e redes sociais. Na era das “fake news”, as informações podem mais cegar do que clarear, pelo que se urge por um agir crítico e reflexivo, o qual a confiança na

⁶⁰ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. [...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (BRASIL, 1990).

⁶¹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” (BRASIL, 1990).

relação médico-paciente é basilar para que o diálogo entre as duas partes conduza a decisão mais adequada pelo paciente.

Isso porque essa relação vai além de um vínculo contratual consumerista, pois, os deveres do médico para com o paciente devem ser sempre pautados na ética e no respeito à pessoa, já que o objeto do contrato é o próprio paciente (BOMTEMPO, 2013a). Em razão disso, imperioso que a informação seja indispensável nessa relação⁶², pois, “a informação é um requisito da liberdade, já que o indivíduo é sempre livre, e não pode exercê-la amplamente se não conhece as opções que tem.” (LORENZETTI, 1998, p.239).

“É, portanto, como testemunha de sua própria liberdade que o médico pode trazer o outro, o doente, à sua; isso no que ele se comporta não apenas como profissional, mas também ao mesmo tempo como um ser humano.” (DASTUR; CABESTAN, 2015, p.253).

Completam Dastur e Cabestan (2015) que o médico trabalha para restabelecer o equilíbrio ao paciente, estando a serviço da natureza e não de si mesmo.

Daí que se advém a crítica ao paternalismo médico, na medida em que o paciente deve ter a informação necessária para a tomada de decisões de sua própria saúde, e não o médico decidir por ele.

Aponta De Marco (2019) dois modelos existentes na relação médico-paciente, o informativo e o paternalista. No informativo, o paciente decide sozinho, agindo com extrema autonomia, pois é um modelo que eleva a autodeterminação do paciente, mas não possui a potencialização do diálogo e reflexão compartilhada com o médico. Já o modelo paternalista, é o médico quem decide o que é melhor para o paciente, ou seja, é contrário ao modelo informativo, pois apenas informa ao paciente os procedimentos a serem adotados, com a imposição da autoridade técnica.

Defende-se nestes estudos que nenhum dos dois modelos são adequados, na medida em que a autonomia extrema do informativo impede a escolha mais informada e esclarecida junto a um diálogo reflexivo com o médico; e, muito menos o paternalista, pois, como proposto no capítulo 5, a autonomia é a expressão da liberdade e consiste no desenvolvimento da personalidade do indivíduo, pelo que, o discurso de autoridade do médico, não pode se sobrepor à vontade do paciente, desde que tenha o discernimento necessário na sua decisão.

Daí a importância do consentimento ser livre, esclarecido e com discernimento, pois a vontade sem discernimento e informação não concretiza a autonomia, ao contrário, a corrói.

⁶² “Estas informações importam uma reviravolta radical sobre o modo de ver as coisas em outros termos históricos. Na Grécia, por exemplo, considerava-se impróprio que o paciente participasse das decisões ou estivesse informado. Hoje dá-se à informação tamanha relevância que lhe foi conferido *status* constitucional [...]” (LORENZETTI, 1998, p.132).

Nesse sentido, a autonomia, o consentimento do paciente, deve ser válida, para que haja o exercício de sua liberdade e dignidade, o que se propõe discutir a seguir.

6.2 Natureza jurídica do CLE e seus requisitos

A informação apresenta caráter de direito fundamental, previsto no art. 5º, inc. XIV da Constituição Federal de 1988⁶³, além de estar prevista no Código de Ética Médica, a atual Resolução n. 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina.

Tomam-se como exemplos os seguintes artigos em que é vedado ao médico: “Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018) “Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Ademais, a informação médica também compõe o princípio contratual da boa-fé, que deve ser clara e adequada, como dever de cuidado com o paciente. A informação, na relação médico-paciente, deve ser entendida como estado subjetivo de saber ou não saber, de acordo com a escolha deste. Ademais, “informar suficiente e lealmente é cooperar com o outro (se abstendo de abuso ou desvio de poder na relação médico-paciente-consumidor).” (MARQUES, 2011, p.407).

Sendo assim, o médico deve prestar informações verdadeiras e sem vícios⁶⁴, além de ter dever de lealdade perante o paciente, parte a qual é destituída de conhecimentos técnicos que o profissional detêm, daí ser considerado vulnerável. Deste modo, para garantir a isonomia das partes em possível litígio, principalmente no caso de pedido de indenização, caberia ao médico provar que não agiu com culpa, seja com dolo ou culpa em sentido estrito, podendo-se aplicar o artigo 6º, inciso VIII do CDC⁶⁵ (BOMTEMPO, 2013b).

Nesse sentido, corrobora o julgamento da apelação cível n. 1.0145.06.330041-5/001 da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

⁶³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]” (BRASIL, 1988).

⁶⁴ O vício de informação pode também ser configurado como erro médico, na medida em que o profissional médico não obteve formação adequada e suficiente para prestar a informação correta, como no exame do paciente e na interpretação de resultados de exames microlaboratoriais (BOMTEMPO, 2013b).

⁶⁵ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;” (BRASIL, 1990).

ACÇÃO ORDINÁRIA. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DEVER DE INFORMAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. PRESUNÇÃO DE CULPA. A obrigação do médico na cirurgia plástica é de meio. Primeiro, porque conceito de "resultado" é subjetivo. Segundo, porque este não depende exclusivamente da vontade e habilidade técnica do médico, mas de reações do organismo humano que são, muitas vezes, imprevisíveis. A responsabilidade do médico é subjetiva, mas com a inversão do ônus da prova, devendo aquele demonstrar que adotou o procedimento correto. No caso, este restou comprovado, não havendo que se falar, portanto, em responsabilização. (MINAS GERAIS, 2009).

Muitas vezes, basta a simples comprovação do dever de informar, para que o médico se exima de responsabilidade, como se comprovou com o julgado acima, independentemente de essa informação ter sido prestada de forma adequada, o que se costuma chamar de medicina defensiva.

Como defende Stancioli (2005), o termo de consentimento informado não deve ser meramente formal, mas material, em buscar a compreensão para o paciente. Não se trata de somente obter o consentimento do paciente como uma obrigação legal, mas de trazer o seu real significado na relação médico-paciente, de forma a respeitar a autonomia e a dignidade do cliente. “A proteção conferida ao profissional não decorre da mera lavratura de um documento, que supostamente encerra uma vontade, mas do processo que ele representa e materializa documentalmente.” (RÜGER, 2007, p.159).

É o que corrobora Romeo Casabona ao argumentar que:

Uma concepção que tratasse o consentimento informado como um mero expediente legal para impedir a responsabilidade do profissional por sua atuação, porém, esvaziaria seu escopo. Não se trata, pois, de um mero instrumento daquilo que se convencionou a chamar de medicina defensiva. (ROMEO CASABONA, 2005, p.131).

O Superior Tribunal de Justiça entende a falta do termo de consentimento informado como violação ao dever de informar do médico, sendo-lhe imputada responsabilização civil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (BRASIL, 2002).

Como fora observado na ementa do julgado acima do Superior Tribunal de Justiça, o médico deve comprovar que colheu a assinatura do paciente no termo de consentimento, o que pode dar mais chances de se eximir da responsabilidade.

Como comprovar que a informação não foi prestada de forma adequada? A vulnerabilidade do paciente muitas vezes fica relegada para segundo plano, sobretudo, quando se trata de pacientes com transtornos mentais. Nota-se que o Judiciário dá primazia ao termo de consentimento como prova primordial para atestar que houve o dever de informar do médico, como se observa no julgamento da apelação cível n. 1.0024.05.709508-5/001, da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

CIRURGIA ESTÉTICA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS - QUELÓIDES - RESPONSABILIDADE CIVIL - CULPA - CASO FORTUITO.

A cirurgia plástica é uma obrigação de resultado; por isso, deve o médico-cirurgião zelar por garantir a obtenção do resultado prometido ao paciente, salvo a ocorrência de caso fortuito. Atua com cautela e segurança o cirurgião plástico que informa à paciente os riscos da intervenção estética e dela colhe o "ciente" por escrito, dando a conhecer à pessoa as conseqüências ou decorrências do procedimento que será efetuado. Considera-se caso fortuito ou força maior o acontecimento, previsível ou não, que causa danos e cujas conseqüências são inevitáveis. (MINAS GERAIS, 2009).

Para incorrer em responsabilidade civil pelo vício da informação ou pela falta do dever de informar o médico não expõe com clareza o tipo de tratamento a ser realizado, os riscos prováveis, usa expressões técnicas incompreensíveis e deturpa o real estado de saúde do paciente, podendo fornecer-lhe diagnósticos equivocados. Assim, viola não somente o direito de informação, como também a boa-fé, o dever de lealdade e a dignidade do paciente (BOMTEMPO, 2013b).

Acrescenta Diniz (2011), que a falta do TCLE seria um crime de negligência de forma dolosa, na medida em que a violação do direito de informação do paciente torna o médico responsável pelo resultado danoso de sua intervenção, mesmo empregado de forma correta.

De modo a evitar qualquer responsabilização, devido o paciente não possuir conhecimento técnico-científico, faz-se mister que o médico lhe forneça e esclareça todas informações para que possa tomar a decisão mais adequada, por meio do termo de consentimento informado livre e esclarecido, o qual consiste na exposição pelo médico de todas as terapêuticas possíveis a que o paciente possa se submeter, informando-lhe os riscos e os benefícios em linguagem acessível, para que o paciente livremente possa escolher se quer ou não se submeter àquele determinado tratamento. O termo de consentimento informado deve ser, via de regra, escrito, para a segurança de ambas as partes (BOMTEMPO, 2012).

Nesse sentido, o termo de consentimento livre e esclarecido pode ser um meio eficaz de comprovar que o médico prestou a informação. Mas e a qualidade e o conteúdo dado ao paciente? A massificação dos hospitais e clínicas, com horários “apertados” e agenda cheia de atendimentos dificulta o olhar mais atento do profissional e a prestação adequada do serviço, ao priorizar interesses financeiros em detrimento do cuidado adequado ao próximo.

Por outro lado, a precariedade das instituições e a má remuneração dos profissionais também corroboram na falta de qualidade do atendimento.

Entre esses dois pólos, cria-se, de um lado, a judicialização da saúde, com aumento de ações judiciais pela falta de informação adequada, tratamentos incorretos, cirurgias com complicações, negativas de cobertura de planos de saúde, precariedade de instalações e procedimentos médicos, entre outros, principalmente, na realidade do sistema de saúde do Brasil; e, do outro, a medicina defensiva, manobras que os profissionais criam para se livrarem de qualquer responsabilidade, como, por exemplo, ao exigir a assinatura do termo de consentimento do paciente, que era para ser livre e esclarecido, e, muitas vezes, nem sabe que documento é aquele que está assinando, como se questionou acima. “Inserta nesse contexto defensivo, a relação dialógica acaba sendo relegada a segundo plano.” (DE MARCO, 2019, p.76).

Assim, no mundo ideal, a informação a ser prestada ao paciente deve compreender tudo que seja necessário e suficiente para o esclarecimento da saúde desse indivíduo, tais como chances de êxito e riscos de tratamento, efeitos colaterais, entre outros, de forma que ele possa tomar a decisão mais adequada (CAVALIERI FILHO, 2010).

Somente com a informação é que o paciente poderá ser autônomo na sua decisão em escolher se quer ser submetido a determinado tratamento.

Foi preocupado com esta questão, de trazer mais autonomia para o paciente, que o Conselho Federal de Medicina aprovou o Código de Ética Médica com a Resolução n. 1.931/2009, ratificada pela Resolução n. 2.217/2018, rompendo a anterior relação de subordinação entre médico e paciente⁶⁶ (BOMTEMPO, 2013b).

Com a aplicação do princípio da autonomia, ao longo do Código de Ética Médica, propiciou-se a promoção da horizontalização da relação médico-paciente. Essa autonomia deve ser compreendida como a capacidade do paciente compreender as informações a serem prestadas pelo médico e as consequências de suas decisões, permitindo que a manifestação de vontade seja clara e acatada pelo médico, o exercício de sua autonomia privada, como se

⁶⁶ “CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

pontuou no capítulo 5, na interlocução entre autonomia crítica junto à autonomia de ação, ambas em interação (NAVES, 2010b).

Nesse entendimento, qual o meio que vincularia a autonomia privada do paciente à informação do profissional médico? O termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE).

Isso porque, de acordo com Tavares e Bomtempo:

A liberdade do paciente deve levar em consideração o consentimento esclarecido, o qual é um direito do paciente, como um direito à informação garantida constitucionalmente (artigo 5º, inciso XIV), mas também um dever do próprio médico, previsto no cap. IV, art. 22 do Código de Ética Médica⁶⁷, do Conselho Federal de Medicina do Brasil, direito que se estende quando do exame da recusa ou não do tratamento, com o intuito de verificar qual a melhor decisão a ser tomada por ele, paciente. (TAVARES; BOMTEMPO, 2012, p.363-364).

Dentre outros liames normativos, a Resolução n. 466 de 2012 do Conselho Nacional de Saúde traz a seguinte definição de termo de consentimento no capítulo II, termos e definições, item 23:

II.23 - Termo de Consentimento Livre e Esclarecido - TCLE - documento no qual é explicitado o consentimento livre e esclarecido do participante e/ou de seu responsável legal, de forma escrita, devendo conter todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o mais completo esclarecimento sobre a pesquisa a qual se propõe participar; (CONSELHO NACIONAL DE SAUDE, 2012).

Acrescenta Diniz (2006) que o TCLE deve ser em linguagem suficientemente acessível, ou seja, o médico deve se adequar a forma de linguagem em que o paciente possa compreender, evitando-se termos técnicos; os procedimentos e tratamentos a serem empregados, bem como objetivos e justificativas; terapias alternativas, se existentes; e a possibilidade do paciente se recusar a qualquer momento, sem qualquer prejuízo a ele. Isso porque o termo de consentimento pode ser revogado a qualquer tempo pelo paciente, já que se trata de um direito personalíssimo, irrenunciável, a integridade psicofísica do paciente.

Ressalta-se que o TCLE consiste em um documento, diferentemente do consentimento livre e esclarecido, que é a anuência do paciente, ou seja, a expressão da sua autonomia depois de esclarecidos todos os procedimentos a serem adotados pelo médico, inclusive os riscos do tratamento, em linguagem clara e todas as informações de forma detalhada, livre de quaisquer

⁶⁷ “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

tipos de vícios da vontade. Define a Resolução n. 466 de 2012 do Conselho Nacional de Saúde da seguinte forma, no capítulo II, item 5:

II.5 - consentimento livre e esclarecido - anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar. (CONSELHO NACIONAL DE SAUDE, 2012).

No que tange à expressão consentimento, critica Borges (2001) que a expressão mais adequada seria solicitação de tratamento ou decisão de interrupção de tratamento, na medida em que a nomenclatura consentimento imprime uma ideia de passividade, de concordância, de que quem cala, consente. A vontade do cliente deve ser expressa e não apenas consentida.

Dessa forma, compreende-se que a materialização do consentimento livre e esclarecido se dá por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, o qual não se confunde com o termo de responsabilidade. Como distingue Rui Stoco (2011), o termo de consentimento serve para comprovar que o paciente ou cliente estava ciente e concordou com todas as condições e circunstâncias da intervenção. Já o termo de responsabilidade constitui um questionário e tem por finalidade demonstrar que o paciente respondeu às perguntas fundamentais para convencer o médico de que poderá fazer uma intervenção segura e, ainda, que autoriza a intervenção.

Com base nas definições apresentadas, não há dúvidas de que o termo de consentimento livre e esclarecido compõe o dever de informação previsto nos artigos 6º, inciso III e 31 do Código de Defesa de Consumidor, os quais aduzem:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (BRASIL, 1990).

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, estes esclarecimentos devem ser feitos de forma clara, respeitadas as fragilidades e sensibilidades do paciente, bem como suas limitações e deficiências cognitivas, em um diálogo amigável e confortável, permitindo ao paciente escolher se deve participar do tratamento sugerido pelo médico, continuá-lo ou dele desistir (BOMTEMPO, 2013c). A fala

do médico é que conduzirá a decisão a ser tomada pelo paciente, razão pela qual a sensibilidade do profissional é de extrema importância pra dar uma informação de forma mais adequada e serena possível, ou mesmo evitar conclusões precipitadas que possam induzir a vontade do enfermo a erro ou tomar atitudes autodestrutivas (DE MARCO, 2019). Todavia, nem sempre todas as explicações devem ser fornecidas ao paciente, devendo ser sopesadas pelo médico, diante do quadro de vulnerabilidade que o paciente possa se encontrar, com excesso de informações:

Por vezes, nem tudo deve ser revelado, até mesmo para que sintomas comuns não se tornem patologias. Essa abstenção faz parte da sensibilidade e do cuidado médico com o outro. O excesso de informação pode trazer consigo uma ilusória situação de controle e de conhecimento e, eventualmente, pode desencadear preocupações desnecessárias e alterar negativamente a relação do homem com tudo o que o rodeia. Quanto mais detalhada é a informação, mais amadurecido é o consentimento do paciente. Todavia, e paradoxalmente, maior pode ser a sensação de vulnerabilidade e indeterminabilidade. (DE MARCO, 2019, p.154).

Para ater-se ao tipo de informação a ser dada ao paciente, o médico deve observar os critérios que a comunidade científica recomenda, o que ele precisa saber e o que paciente deseja e deve saber (DINIZ, 2011). “Daí ser imprescindível que a informação devida ao paciente esteja condicionada ao grau atual e aparente de seu entendimento” (DINIZ, 2011, p.735), para que possa consentir.

Nesse sentido, coaduna-se à proposição feita por Naves (2010b), para quem entende que o consentimento informado livre e esclarecido muito se assemelha com a autonomia privada, tendo em vista que aquele confere o poder de autodeterminação do paciente, e, esta, porém, é mais abrangente, pois traz efeitos jurídicos. Esse posicionamento também é ratificado por Sá junto a Naves (2011).

A autonomia privada do paciente será possível “segundo o agir voltado ao entendimento, guiado por normas que garantam, ao paciente, a capacidade de entender o discurso técnico-biomédico e dialogar com o corpo clínico que o atende, e mesmo intervir no próprio tratamento.” (STANCIOLI, 2005, p.177). “É certo que esse processo argumentativo tem que contar com a participação efetiva e crítica do paciente. Mais além, ele deve comunicar valores, crenças, opiniões, que possam ser relevantes para adequação do tratamento à sua individualidade.” (STANCIOLI, 2005, p.183).

A autonomia privada do paciente constrói-se no diálogo com o médico, sendo agente de suas decisões. “A relação médico-paciente ganha corpo e credibilidade quando se instaura, entre os interlocutores, uma real comunicação em que o paciente pode, a qualquer momento,

pôr em causa os fundamentos de validade dos argumentos médicos.” (STANCIOLI, 2005, p.184).

Não há dúvidas que o consentimento livre e esclarecido, ou seja, a autonomia privada, deve se materializar diante dos seguintes requisitos para que seja válida: informação, como já se abordou, discernimento e ausência de condicionantes externos (SÁ; PONTES, 2009).

Discernimento infere em poder compreender, fazer apreciação e estabelecer diferença no que é bom ou ruim, guardando semelhança com a capacidade de fato, mas, que, no âmbito da relação médico-paciente, deverá ser aferido pelo profissional da saúde para atestar o nível de consciência e entendimento do seu cliente (NAVES, 2010b).

E, esta capacidade de discernir somente será possível com a informação a ser prestada pelo médico. O “dever de informação vem colidir com a capacidade de discernimento de uma das partes, melhorando-a para que possa consentir.” (LORENZETTI, 1998, p.238).

O paciente precisa ter discernimento para a tomada de decisão. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em Direito, a capacidade de fato ou de exercício traduz-se em presunção de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões (SÁ; NAVES, 2018), sobretudo quando se trata de paciente com transtorno mental.

Esta junção entre poder conhecer, viabilizado pela informação a ser prestada, e o poder compreender, o discernimento da pessoa, é o que Lôbo chama de cognoscibilidade:

A cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer. O consumidor nada declara. A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata. O consumidor em particular pode ter conhecido e não compreendido, ou ter conhecido e compreendido. [...] O que interessa é ter podido conhecer e podido compreender, ele e qualquer outro consumidor típico destinatário daquele produto ou serviço. (LÔBO, 2011b, p.612).

Revela-se que, a cognoscibilidade, no que tange ao paciente, na condição de consumidor, frente ao profissional médico, é de fundamental importância junto ao discernimento, na tomada de decisão de sua própria saúde (BOMTEMPO, 2013b).

Caberá então ao profissional médico junto a uma equipe multidisciplinar verificar se realmente o paciente foi capaz de compreender e estava em gozo de suas faculdades mentais para ter autonomia em sua decisão, competência, “conceito médico - para tomar decisões sobre o tratamento.” (LIMA; SÁ, 2011, p.164). Esclarece Rüger que:

O que se convencionou chamar de *competência*, por sua vez, é um conceito de natureza médica, embora tenha fortes repercussões jurídicas. Diz respeito à possibilidade de uma pessoa realizar determinadas escolhas relativas a questões existenciais, que não tem relação necessária com a prática de atos jurídicos. (RÜGER, 2007, p.164).

Nesse entendimento, acrescenta Ayala (2017) que o conceito clínico de competência deve ser distinguido da capacidade jurídica, na medida em que poderia anular a pessoa incapaz se toda decisão que dissesse respeito à sua saúde não fosse considerada, o que implicaria em uma violação à sua dignidade.

Assim, a capacidade decisória é pressuposto do consentimento informado, o que, no âmbito médico, adota-se o termo competência, cabendo ao profissional da saúde deliberar se o paciente tem condições para a tomada de decisão, o discernimento.

O discernimento, ou melhor, a cognoscibilidade, é a chave mestra para a tomada de decisão, pois a sua ausência pode configurar a incapacidade jurídica, como se defendeu nos capítulos 2, 3 e 4.3, já que, para a incapacidade, será necessária a comprovação da falta de discernimento “para compreender tanto a existência da liberdade ou não de agir, como do exercício próprio dessas liberdades. Nesse diapasão, incapacidade somente pode ser tida como, e na medida em que se comprovar, falta ou ausência de discernimento.” (SOUZA, 2015, p.193).

Dessa forma, a cognoscibilidade “garante o exercício da autonomia privada e da autodeterminação, fomentando e garantindo o livre desenvolvimento da personalidade e os Direitos Humanos.” (SOUZA, 2015, p.193).

Retoma-se ao que fora estudado nos capítulos 2, 3 e 4.3, pois a previsão normativa das categorias de (in) incapacidade atreladas à saúde mental necessita uma reinterpretação que coloque o discernimento como o principal critério caracterizador (SOUZA, 2015).

Portanto, desde que o paciente tenha cognoscibilidade (informação e discernimento) e competência (capacidade de entendimento do paciente aferida pelo médico) é que se pode afirmar que o consentimento livre e esclarecido será válido, concretizado pela autonomia privada.

Não obstante, não basta a informação e o discernimento, requer-se que para que o consentimento (autonomia privada) seja eficaz, que seja livre de condicionantes externos. Segundo Naves:

A autonomia privada requer que não haja condicionantes externos à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser o mais livre possível, conformada pelas pré-compreensões do paciente e não por fatores externos, como vícios sociais ou do consentimento. [...] (NAVES, 2010b, p.97).

Aponta Ragazzo (2006) que a vontade do paciente deve estar livre de vícios, sob pena de se aplicar as hipóteses de defeitos do negócio jurídico, previstas nos arts. 138 e seguintes do Código Civil de 2002.

Exemplo seria o médico coagir o deficiente mental a assinar um termo de consentimento, sem nem ao menos prestar-lhe as informações necessárias, sob a ameaça de causar-lhe algum mal. Ou que oferecesse um tratamento a paciente com Alzheimer excessivamente oneroso, e que não lhe trará qualidade de vida alguma.

Por todo o exposto, conclui-se que o consentimento livre e esclarecido é o exercício da autonomia privada do paciente, que exige o dever de informação do médico, cognoscibilidade do paciente e ausências de vícios. É ato de vontade que se reveste de legitimidade para os atos médicos, mediante o termo de consentimento livre e esclarecido, inclusive previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que se propõe analisar a seguir.

6.3 O consentimento livre e esclarecido e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Lei n.13.146/2015 trouxe grande e importante inovação ao dispor expressamente a exigência do consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica (BRASIL, 2015).

A previsão do direito ao consentimento no art.12 da referida lei enaltece a autonomia privada do paciente deficiente, bem como de qualquer pessoa, sendo, portanto, dever do médico, prestá-lo, diante de expressa previsão legal.

Nesse sentido, como exposto anteriormente, cabe então ao paciente decidir se quer e qual tratamento vai se submeter, mediante a informação clara, completa e esclarecida do profissional da saúde, ou seja, em um processo dialógico, reafirmando o exercício do direito ao próprio corpo do deficiente.

Nos casos em que o deficiente estiver sob curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento (BRASIL, 2015), tendo em vista a garantia da autodeterminação do paciente deficiente, quando puder exprimir a sua vontade.

Essa previsão legal reforça a aplicação do princípio bioético da autonomia e do princípio biojurídico da autonomia privada, como exposto no capítulo 4, no sentido de horizontalizar a relação médico-paciente, protegendo este e o sujeito da pesquisa de forma a coibir a limitação ou redução da sua tomada de decisão.

De toda forma, cabe lembrar, como exposto no subcapítulo 6.2, que o paciente deficiente deve ser capaz de compreender as informações prestadas pelo médico e as consequências de suas decisões (BARBOZA, 2009). Caso contrário, se a cognoscibilidade for bastante reduzida ou nula, evidentemente que o curador é quem será responsável pela manifestação de vontade em favor do paciente deficiente (TERRA; TEIXEIRA, 2019), ou se apresentar intervalos de lucidez deve ser avaliada a cada caso, aferida a competência pelo médico, como se abordou no subcapítulo anterior, pois uma pessoa pode ter condições de se autodeterminar em dado momento ou não⁶⁸ (BUCHANANY; BROCK, 2009).

Assim, discorda-se do posicionamento de Mendonça (2019), quem afirma que é potencialmente perigoso que uma pessoa com discernimento reduzido não possa tomar decisões sobre sua própria saúde, de forma a prevenir o médico de conduta negligente. Ora, se é possível o exercício da autonomia, deve o médico propiciar o seu exercício e se adequar à realidade daquele paciente para que a sua vontade possa ser respeitada, sempre que possível, como se abordará nos próximos capítulos.

O consentimento é do paciente, e não do médico, e evitar que este se manifeste, desde que tenha condições, em nome de uma medicina defensiva, evidencia-se de forma clara que este profissional não deve ser médico, quem deve cuidar do outro e não se preocupar somente com seus próprios interesses.

Todavia, retoma-se ao ponto de discussão da seção anterior, pois, deve-se atentar para que não haja um efeito contrário na efetivação do direito ao CLE, melhor explicando, isso não significa que basta fornecer o TCLE e o paciente assinar que tudo estará resolvido, ou que haja uma simples atitude passiva do indivíduo para aceitar tudo o que o profissional médico lhe prescreva, travestindo o consentimento em um dever e não em um direito. Considerando que se tratam de deficientes, que, em regra, são mais vulneráveis que um paciente não deficiente, deve a equipe médica estar preparada para acolher esse tipo de paciente, sob pena desse consentimento ser mais uma forma de um injustificável paternalismo médico (AYALA, 2017).

⁶⁸ Essa discussão será retomada nos capítulos 7 e 8.

Como defende Puyol (2012), é difícil discernir quando o paternalismo serve à autonomia e quando serve aos interesses de quem o exerce unicamente; mas esse é um problema bioético que não se resolve nem reduzindo e nem ignorando o CLE dos enfermos mais vulneráveis socialmente, como os pacientes neuropsiquiátricos ou com transtornos mentais.

Assim, mostra-se mais razoável a afirmação de Mendonça (2019) ao referir-se que essa vontade pode ser atendida dependendo do grau de entendimento e interpretação do paciente, a partir de exames de seu estado psíquico. Deve-se, assim evitar o paternalismo médico e efetivar a autonomia do paciente sempre que possível.

A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis, conforme previsão no art.13 do Estatuto (BRASIL, 2015). Tal regramento visa a garantir à saúde e à vida do deficiente, sem prejuízo do exercício de sua autonomia privada, desde que possível identificar a recusa, como, por exemplo, uma diretiva antecipada manifestando-se que não deseja ser transfundido, em razão de seu credo ou fé, como o indivíduo testemunha de Jeová.⁶⁹

A aplicação da diretiva antecipada de vontade (DAV) seria perfeitamente possível com a alteração do art. 1.768, no inc. IV do Código Civil, introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao prever a autocuratela, a qual foi revogada com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a Lei n.13.105/2015, abordada nos capítulos 2, 3 e 4. O art. 1.768, inc. IV, permitia que o próprio interessado pudesse promover a sua interdição e nomear curador para lhe representar.

Todavia, torna-se perfeitamente possível, como defende Kelly Cardoso (2018), a aplicação de uma DAV e sua validade na hipótese de curatela para atos de natureza existencial, na interpretação conjunta do art. 84, §1º e 85 da Lei n.13.146/2015, por se tratar de declaração unilateral de vontade prévia à falta de discernimento do paciente, e se enquadrar no art. 107 do Código Civil⁷⁰, como também entende Penalva (2009).

As Diretivas Antecipadas, denominadas de *Advances Directives*, tiveram como marco legal a nível nacional o PSDA – *The Patient Self-Determination Act* ou Ato de Auto-

⁶⁹ Para mais informações ver: BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 26, set. 2012. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7528/9434>>. BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do testamento vital no Brasil. *Revista Síntese Direito de Família*, Porto Alegre, v.15, n.77, p.95-120, abr. 2013a.

⁷⁰ Art.107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. (BRASIL, 2002).

Determinação do Paciente, lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos que entrou em vigor em 1º de dezembro de 1991 (SÁ; NAVES, 2009).

Esta lei reconhece a recusa do tratamento médico, reafirmando a autonomia do paciente, em que, da sua entrada nos centros de saúde, serão registradas as objeções e opções de tratamento em caso de incapacidade superveniente do doente. Estas manifestações de vontade, diretivas antecipadas, são realizadas de três formas: o *living will* (testamento em vida), documento o qual o paciente dispõe em vida os tratamentos ou a recusa destes quando estiver em estado de inconsciência; o *durable power of attorney for health care* (poder duradouro do representante para cuidados com a saúde), documento no qual, por meio de um mandato, se estabelece um representante para decidir e tomar providências em relação ao paciente; e o *advanced care medical directive* (diretiva do centro médico avançado), que consiste em um documento mais completo, direcionado ao paciente terminal, que reúne as disposições do testamento em vida e do mandato duradouro, ou seja, é a união dos outros dois documentos (SÁ; NAVES, 2009).

O termo *living will*, cuja tradução literal para o português corresponde a “testamento vital”, surgiu nos EUA, em 1967.⁷¹ O testamento vital prevê os procedimentos médicos aos quais o paciente não gostaria de se submeter, se algum dia estiver incapaz de manifestar sua vontade, seja por estar inconsciente ou por estar em um estado terminal, do qual poderá decorrer a incapacidade (SÁ; NAVES, 2009).

Entrementes, critica-se o termo “testamento vital”, devido ao sentido de testamento no Brasil. Visto que este instrumento trata-se de um ato unilateral de vontade, com eficácia pós-morte, não seria a nomenclatura correta, considerando que o testamento vital possui eficácia em vida (PENALVA, 2009).

Assim, verifica-se que as diretivas antecipadas e suas modalidades têm constituído-se como importantes instrumentos de manifestação da vontade do indivíduo, dando-se primazia a sua autonomia privada e a sua dignidade, evitando que seja submetido a tratamentos médicos indesejados, mesmo quando inconsciente ou incapaz.

Apesar de não existir no Brasil regramento legal sobre o tema, até o momento, desde 31 de Agosto de 2012 passou a vigor a Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas de vontade dos pacientes.

Segundo essa resolução, o paciente poderá, em documento próprio, optar por quais tratamentos deseja ou não ser submetido em um possível estado de incapacidade.

⁷¹ A declaração prévia de vontade do paciente terminal foi proposta pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia (SÁ, 2005).

No artigo 1º, o CFM define as diretivas antecipadas; no artigo 2º, informa em quais situações as diretivas são cabíveis, sendo que, no §1º inclui a possibilidade de se nomear um representante para os cuidados da saúde, assim como o mandato duradouro; no §2º dispõe o limite das diretivas, caso esteja em desacordo com o Código de Ética Médica, no §3º reafirma a vontade do paciente expressa na declaração prévia de vontade, ainda que seja contra a opinião dos familiares e do médico, no §4º, especifica a eficácia das diretivas, ao serem registradas no prontuário médico do paciente, e, por fim, no §5º trata do possível conflito de interesses caso o paciente não tenha redigido uma diretiva ou nomeado um representante, ficando a cargo do Comitê de Bioética ou Comissão de Ética Médica do hospital decidir (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Vislumbra-se, portanto, ante o exposto, da aplicabilidade da DAV na relação médico-paciente, tornando este último partícipe da tomada de decisões acerca da sua própria saúde, pois ninguém melhor que o próprio paciente-cliente, sujeito e detentor de autonomia, para decidir acerca de qual tratamento ou não desejaria se submeter em um possível estado de incapacidade.

Nesse sentido, verifica-se que as modalidades de diretivas antecipadas de vontade podem ser aplicadas em estado prévio de incapacidade ou falta de discernimento dos pacientes com transtornos mentais, seja por meio de um testamento vital, mandato duradouro ou diretiva de centro médico avançado. Essa manifestação prévia de vontade, nada mais será que o consentimento do paciente em estado anterior de incapacidade.

No âmbito da psiquiatria, Szmukler e Rose (2015) informam que a nomenclatura correta seria diretiva de avanço psiquiátrico (DAP), as quais podem ter o seguinte conteúdo: tratamentos que sejam recusados ou solicitados, como internação ou uso de determinado tipo de medicamento; declarações sobre valores, atitudes ou preferências para orientar aqueles que tomam decisões de tratamento para o paciente, como na modalidade diretiva do centro médico avançado; e a indicação de uma pessoa para substituir sua vontade, como na modalidade mandato duradouro.

Para que a DAP tenha validade é necessário que o paciente tenha capacidade de tomar decisões quando for elaborada (SZMUKLER; ROSE, 2015), e, somente terá efeito, quando esse indivíduo não tiver discernimento (cognoscibilidade), sendo o seu consentimento livre e esclarecido dado por meio de um testamento vital, mandato duradouro ou diretiva do centro médico avançado.

Entende-se, assim como Szmukler e Rose (2015), que o uso da DAP reduz intervenções coercitivas e melhora o resultado da perspectiva do paciente, na medida em que a autonomia (consentimento) será respeitada na manifestação prévia de vontade, ao garantir o tratamento mais apropriado escolhido pelo próprio paciente, ou por aquele que saberia a sua real decisão (mandato duradouro).

Nesse sentido, verifica-se, assim, no que tange a esta pesquisa, a aplicabilidade das diretivas antecipadas de vontade, nas situações previstas no art. 12, §1º e o art.13 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando o paciente com transtorno mental estiver sob curatela ou não puder exprimir sua vontade, e, em risco de morte e de emergência em saúde, com base no art. 107 do Código Civil e na Resolução 1.995/2012 do CFM, ao garantir a autonomia e a dignidade, princípios constitucionais basilares do estado democrático de direito brasileiro.

Uma possível alternativa, na falta da DAV, seria a tomada de decisão apoiada já existente antes da perda ou redução grave do discernimento, como defende Souza (2020), porém, infelizmente, o legislador brasileiro foi infeliz ao dispor que somente se aplica a atos de natureza patrimonial e negocial, como se tratou nos subcapítulos 2.4, 3 e 4.3, ao contrário da *amministrazione di sostegno* na Itália, as instruções prévias na Espanha, as diretivas antecipadas em Portugal e o instituto do apoio na Argentina, que prevêem inclusive para atos existenciais, como no auxílio ao consentimento informado do paciente, como se tratou no capítulo 3.

Ressalta-se que, a doutrina liderada por Menezes (2016) e Rosenvald (2015), defende que a TDA abarca também atos existenciais, como também já entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais na apelação cível de n. 1.0000.19.079555-9/001:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INTERDIÇÃO - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PARA A PRÁTICA DE ALGUNS ATOS DA VIDA CIVIL - PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL DECLARADA RELATIVAMENTE INCAPAZ - LAUDO MÉDICO PRODUZIDO NOS AUTOS - TOMADA DE DECISÃO APOIADA - PROCEDIMENTO VOLUNTÁRIO - SENTENÇA CONFIRMADA. I - Conquanto o procedimento da interdição não esteja previsto na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº. 13.146/2015), que alterou as disposições do CCB/2002 relativas à curatela, o instituto possui previsão expressa no vigente CPC/15, podendo ser decretada segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito e nos limites da capacidade verificada na instrução do feito. II - Constatado, por meio de laudos médicos produzidos nos autos, que o curatelando é relativamente incapaz para a prática de atos de disposição patrimonial e relativos a direito do trabalho, correta a sentença que nomeia curador especial e fixa os limites do encargo observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, não se tratando de medida invasiva ou prejudicial à sua liberdade se poderá praticar todos os demais atos de vida civil como bem entender. III - A tomada de decisão apoiada, enquanto procedimento judicial voluntário previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no art. 1.783-A do CCB/2002, depende da iniciativa e discernimento da pessoa com

deficiência para ser requerida, quando entender que dela necessita, estando à disposição do curatelando, no caso concreto, em relação aos atos civis em que não foi detectado qualquer comprometimento da capacidade mental, tais como os relativos à sexualidade, matrimônio, mera administração e cunho eleitoral. (MINAS GERAIS, 2020).

Todavia, não havendo uma DAV preexistente, o consentimento deverá ser dado pelo curador ou representante legal, sempre tentando buscar a real vontade daquele paciente, na (re) construção biográfica de sua vontade (SÁ; NAVES, 2018).

Ante o exposto, observa-se que o EPD, ainda que não tenha previsto as DAVs, foi louvável ao ratificar o exercício da autonomia privada do paciente e do direito ao próprio corpo e da integridade psicofísica, sendo dever dos profissionais da saúde fornecer todas as informações necessárias para o adequado consentimento livre e esclarecido, mesmo em situações de curatela. É o que Godinho (2014) denomina de capacidade para consentir.

Enumera Godinho (2014) que a capacidade para consentir se estrutura em quatro momentos: 1º) a capacidade para decidir sobre valores, em que os benefícios e custos devem superar os sacrifícios, de acordo com cada paciente; 2º) capacidade para compreender fatos e processos causais, que implica no entendimento do paciente em compreender os riscos de se submeter a determinado tratamento médico; 3º) capacidade para compreender alternativas, a qual consiste na avaliação do paciente entender os diversos meios terapêuticos; e 4º) a capacidade para se autodeterminar, com base na informação, que significa a tomada de decisão do paciente com base em seus valores e conhecimentos obtidos pelo médico para a solução que melhor lhe atenda.

Dá a importância de se avaliar a competência do paciente, para se verificar a existência de cognoscibilidade em cada caso, como se abordou anteriormente, já que com as alterações da capacidade civil advindas com o EPD o legislador lamentavelmente abarcou todos os deficientes em um mesmo contexto, ao determinar a capacidade plena, inclusive para atos existenciais, como se criticou nos capítulos 2, 3 e 4.3.

Contudo, é possível afirmar que seria aplicável o termo de consentimento para as pessoas com transtornos mentais? Em outras palavras, é legítimo o consentimento das pessoas com transtornos e deficiências mentais para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica com a nova lei?

7 O CLE DOS PACIENTES NEUROPSIQUIÁTRICOS À LUZ DO NOVO REGIME DE CAPACIDADE JURÍDICA – AVANÇO OU RETROCESSO?

No capítulo anterior apontou-se o conceito de consentimento livre e esclarecido e seus requisitos, bem como sua inserção no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Trouxe a importância que o consentimento do paciente possui com o exercício da autonomia, do direito de tomar decisões afetas à saúde e à integridade psicofísica, a partir das informações prestadas pelo médico, seja na anuência, ou na recusa de tratamento (DINIZ, 2011).

Conforme a Recomendação n.1/2016 do CFM, o CLE tem tripla função: 1ª) garantir que a informação a ser dada ao paciente seja clara, ampla, esclarecedora e suficiente, para que tenha condições de decidir se consentirá ou não a determinado procedimento diagnóstico e/ou terapêutico, considerado como exercício da autonomia, liberdade, dignidade, respeito e igualdade; 2º) efetivar a estreita relação de colaboração e participação entre as partes (médico e paciente); 3º) os parâmetros de atuação do médico a serem definidos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Para que tenha condições de decidir, é necessário que o paciente tenha compreensão (cognoscibilidade) das informações dadas, como exposto no capítulo 6. Nesse sentido, é aplicável, ou melhor, seria válido o CLE de uma pessoa com transtorno ou deficiência mental?

Para que se introduza a discussão, primeiramente, é preciso retomar os requisitos do CLE, o qual exige aptidões necessárias, como capacidade de entendimento e comunicação, e capacidade de raciocínio e deliberação (BUCHANAN; BROCK, 2009).

Na medida em que capacidade infere na aptidão da tomada de decisões de forma adequada, não uma realidade perfeita, Buchanan e Brock elencam os seguintes elementos da capacidade (competência) do paciente: aptidão de entender as diferentes opções pertinentes, aptidão para entender as consequências que cada uma dessas opções teria em sua vida e a aptidão para avaliar as consequências das diversas opções em relação com seus próprios valores (BUCHANAN; BROCK, 2009).

O paciente com transtorno mental seria capaz de entender a informação que recebe (cognoscibilidade)? Isto inclui o diagnóstico, o prognóstico e as alternativas de tratamento e a recomendação do médico.

Observa-se que a Recomendação n.1/2016 do CFM aponta três fases como critérios para obtenção do consentimento livre e esclarecido: 1ª) elementos iniciais, que são as

condições prévias para que seja possível o CLE, como capacidade do paciente para adotar uma decisão e manifestar sua vontade voluntariamente; 2º) elementos informativos, os quais seriam a exposição da informação material, que inclui dados sobre diagnóstico, natureza e objetivos da intervenção necessária e indicada, bem como, alternativas, riscos e benefícios do procedimento. É imprescindível a compreensão da informação para decidir com autonomia; 3º) compreensão da informação, a qual somente ocorre se os dois primeiros critérios forem atendidos, consistindo no entendimento da decisão a ser tomada pelo paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Dessa forma, a vontade do paciente é imprescindível para decidir atos existenciais, por se tratar de sua saúde, como se abordou no capítulo anterior, em razão do disposto no art. 85 do EPD, como também, em situações de curatela, pois, deve-se obter a participação do paciente sempre que possível. Nesse mesmo raciocínio, a Recomendação n.1/2016 do CFM descreve que a participação dos envolvidos deve ser sempre estimulada, a partir da avaliação e do grau de comprometimento da capacidade de entendimento dos pacientes, mesmo em situação de incapacidade, o que requer explicações mais detalhadas e adequadas ao grau de compreensão de cada indivíduo (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Essa capacidade para consentir, o que na medicina denomina-se competência, como se abordou no capítulo 6, constitui elemento dinâmico e que pode se alterar durante o período em que o paciente estiver sob tratamento médico ou de acordo com a evolução da patologia ou grau de deficiência, sendo sempre necessária uma reavaliação, de forma a assegurar a autonomia do paciente, mas sem que comprometa sua dignidade.

Assim, para que o consentimento seja válido, a pessoa tem que ter condições de compreender e avaliar o significado e as consequências de seus atos, como seria o caso de esquizofrênicos em períodos de compensação ou em momentos de estabilização clínica, como aponta Ayala (2017).

Pessoas com esquizofrenia geralmente tem a capacidade de decisão diminuída de forma permanente ou temporária, seja em razão da própria condição patológica, seja em razão dos efeitos da medicação. Defende Ayala (2017) que a prática do consentimento informado de pessoas esquizofrênicas, além de ser uma obrigação legal, é importante para a participação do paciente em seu processo de recuperação, trazendo melhores resultados em longo prazo. Todavia, para garantir a efetivação do CLE é necessária a adaptação, conforme a história clínica de cada paciente e a revisão periódica destas decisões, de forma a evitar práticas lesivas e melhorar as intervenções.

Da mesma forma, os pacientes psicóticos também não são incapazes o tempo todo, nem para todas as coisas, inclusive para emitirem um CLE (VALVERDE; INCHAUSPE, 2014).

Diante disso, como ocorria outrora, o paciente em tais situações, incapaz juridicamente, tinha sua vontade suprimida por familiares que muitas vezes nem conheciam o paciente suficientemente, desconhecendo seus valores, crenças, desejos e preferências. Além disso, poderiam escolher aquilo que melhor se beneficiassem, com interesses escusos, como financeiros, ou evitar cuidados com o enfermo mental (POZÓN, 2015).

Não era diferente nas ações de interdição, quando quase sempre os juízes interditavam o paciente para todos os atos da vida civil, inclusive impondo internações compulsórias, com tratamentos contra a vontade do paciente, sem estudar alternativas de tratamento que pudessem estimular uma melhor qualidade de vida ao enfermo, como se abordou no capítulo 2.

Nesse contexto, antes da profunda mudança promovida pela Lei n. 13.146/2015, observa-se um evidente paternalismo, tanto do ponto de vista clínico, como jurídico. Entretanto, com essa nova lei, evidencia-se a tentativa da promoção da autonomia do paciente com transtorno ou deficiência mental rotulando-o como capaz para todos os atos da vida civil.

Dessa forma, como defende Puyol (2012), não cabe mais o paternalismo exacerbado do médico, de sempre escolher o que acha melhor para o paciente e não deixá-lo participar da tomada da decisão de sua própria saúde, como se criticou no capítulo 6. Contudo, essa autonomia do paciente não pode ser levada em consideração a todo custo se este não tem condições de emanar um consentimento livre e esclarecido. Por isso, um paternalismo razoável, que promova a autonomia real das pessoas mais vulneráveis, sem ignorar ou reduzir as preferências declaradas de tais enfermos (PUYOL, 2012).

Conforme Mapelli Jr., Mendes e Lima:

Nesse sentido, embora o transtorno mental possa acarretar limitações no pensamento e na ação de seu portador, deve-se sempre buscar na relação médico-paciente o respeito ao princípio da autonomia, um dos pilares da Bioética e do Biodireito, procurando-se o consentimento informado e expresso do paciente e o tratamento menos invasivo possível, que lhe permita a reinserção na comunidade ou o afastamento dela menos restritivo possível e temporário. Em suas considerações ao princípio da autonomia, lembrando que não existe liberdade absoluta ao paciente nem ao profissional na escolha do tratamento psíquico. (MAPELLI JR.; MENDES; LIMA, 2011, p.1910).

Portanto, mesmo nos casos de curatela, a pessoa, como sujeito de direitos, deve ter as suas vontades, valores e preferências respeitados, sempre inseridos no diálogo, de forma a propiciar e auxiliá-la como agente de suas decisões, e não como objeto de cuidado, como se a sua vontade fosse dissociada da sua pessoa.

Assim, o paciente deve ter o direito a recusar o tratamento, devendo ser auxiliado pelo médico e equipe multidisciplinar, e, sempre que possível, ter a última palavra (VALVERDE; INCHAUSPE, 2014).

Todavia, há também pessoas que não tem qualquer condição de discernir, como pacientes em estágio mais avançado de Alzheimer.

Porém, na medida em que o paciente neuropsiquiátrico não tiver competência necessária para exprimir a sua vontade e não tiver deixado uma DAV, ainda que em intervalos de lucidez, como se abordou nos capítulos 3 e 6, é importante que a família e amigos auxiliem na construção de qual seria essa real vontade do paciente, conferindo-lhe a promoção da sua dignidade, sem deixar de lado seus gostos e preferências (ALMEIDA, 2011).

No excesso, na via contrária, equivocou-se a Lei n. 13.146/2015, ao atribuir a capacidade às pessoas com transtornos e deficiências mentais, sem deixar de levar em consideração que essa capacidade deveria ser aferida a cada caso, e, se para todos ou determinados atos da vida civil.

Sendo assim, o consentimento de tais pessoas, em casos de hospitalização e procedimentos médicos, tornou-se necessário e válido. Mas sobre quais aspectos? Como de fato comprovar que a vontade foi livre e esclarecida, se ocorreu o exercício da autonomia privada do paciente e se o médico se adequou à nova lei?

Não é possível enquadrar todos os deficientes e pessoas com transtornos mentais no mesmo contexto, existem aqueles que têm certo grau de cognoscibilidade e com um acompanhamento médico alinhado às suas limitações poderão sim emitir um consentimento livre e esclarecido, como pessoas com síndrome de Down, com grau mais leve, assim como defendem Valverde e Inchauspe:

É preciso lembrar que é possível conviver com pessoas com dificuldades. Para isso, são necessárias certas habilidades que podem ser aprendidas e ensaiadas, por meio de treinamentos específicos. Possivelmente poucos profissionais conseguirão se comunicar bem em todos os casos e situações, mas se conseguirem, com um estilo relacional adequado e uma estratégia correta, em boa parte deles. [...] (VALVERDE; INCHAUSPE, 2014, p.46, tradução nossa)⁷².

⁷² Conviene recordar que es posible entenderse com las personas em dificultades. Se necesitan para ello ciertas habilidades que pueden ser aprendidas y ensayadas, mediante formación específica. Posiblemente pocos

Pacientes psicóticos, por exemplo, tem momentos de lucidez e capacidade de discernir e fazer inferências, devendo o profissional da saúde buscar a escuta e a conversa, compreendendo as reais vontades do doente, como se quer fazer uso de medicação e/ou internação (VALVERDE; INCHAUSPE, 2014).

Todavia, Buchanan e Brock (2009) relatam que os bloqueios e as enfermidades psicológicas, com sintomas como medo, delírio, negação e depressão, podem deteriorar de forma significativa a capacidade de entendimento do paciente, sobretudo, em casos de demência⁷³.

A fadiga e o efeito de medicamentos também podem prejudicar a manifestação de vontade do paciente, inclusive sentimentos de hostilidade, levando a crer que o paciente não tem competência para decidir (DINIZ, 2011).

Com a nova lei, a curatela passou a abranger somente direitos de natureza negocial e patrimonial. Assim, como proteger o vulnerável sem nenhum grau de discernimento ou com este reduzido?

Ao mesmo tempo, observa-se um conflito normativo na própria lei, pois, como explanado no capítulo anterior, o art. 12, §1º do EPD prevê que os deficientes em situações de curatela devem ter assegurada a sua participação no maior grau possível na obtenção do consentimento. Ora, se a curatela é somente para direitos patrimoniais ou de natureza negocial, não deveria haver limitação da vontade do deficiente para tratamentos e procedimentos médico-hospitalares.

Contudo, percebe-se, com essa disposição legal, uma preocupação louvável do legislador em proteger o vulnerável, principalmente as pessoas com transtornos e deficiências mentais, conforme previsão contida na Declaração de Bioética e Direitos Humanos e o Relatório do Comitê Internacional de Bioética da UNESCO sobre Consentimento Informado.

Prevê o art. 6º da Declaração que qualquer intervenção médica deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa, sempre com informação adequada. O consentimento deve ser escrito, podendo ser retirado a qualquer momento e por qualquer razão, sem que resulte prejuízo ou desvantagem ao paciente. No que se refere às pessoas incapazes de exprimir seu consentimento, o art.7º aduz que deve ser dada proteção especial a

profesionales conseguirán comunicarse bien em todos los casos y situaciones, pero si podrán hacerlo, com un estilo relacional adecuado y una estrategia correcta, en buena parte de los mismos. [...].

⁷³ Cumpre ressaltar que a incapacidade cognitiva, como na demência severa, é um conceito mais amplo que a incapacidade intelectual, como no autismo (CANTO, 2018).

essas pessoas, e a autorização para uma pesquisa científica ou prática médica é obtida em conformidade com o superior interesse do indivíduo e com o direito interno. Porém, essa pessoa deve participar o máximo possível no processo de decisão, seja no consentimento ou na sua retirada. Isso em razão do consentimento ser um processo, e não um ato isolado (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Dessa forma, verifica-se a origem da redação do art. 12, §1º do Estatuto, que prevê que os deficientes em situações de curatela devem ter assegurada a sua participação no maior grau possível na obtenção do consentimento.

Esse consentimento dado pelo deficiente em situação de curatela, que pode incluir os as pessoas com transtornos e deficiências mentais, é chamado de assentimento livre e esclarecido no meio médico, conforme a Recomendação n. 1/2016 do CFM:

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. Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

A obrigatoriedade do assentimento está também disposta no novo Código de Ética Médica, no art.101, §1º da Resolução n. 2.217/2018 do CFM: “§ 1º No caso de o paciente participante de pesquisa ser criança, adolescente, pessoa com transtorno ou doença mental, em situação de diminuição de sua capacidade de discernir, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Verifica-se, no entanto, que, no EPD, trata-se de uma exceção, pois só em casos de curatela é que, a princípio, é exigida a participação de um terceiro.

Isso porque ainda que com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência o indivíduo com transtorno ou deficiência mental passe a ser capaz, não existirão, em todos os casos, momentos de lucidez e discernimento (cognoscibilidade), para emitir um consentimento livre e esclarecido em tratamentos e procedimentos de hospitalização.

Conforme Buchanan e Brock:

[...] Uma pessoa pode ser capaz de tomar uma decisão particular em um determinado momento sob certas circunstâncias, mas incapaz de tomar outra decisão, ou mesmo a mesma decisão em condições diferentes. Uma determinação de capacidade é, então,

uma determinação da aptidão de uma pessoa particular para realizar uma tarefa particular que envolve a tomada de decisões em um momento particular e sob condições específicas. (BUCHANAN; BROCK, 2009, p.29, tradução nossa)⁷⁴.

Situações, como efeitos colaterais de medicamentos, o que em pacientes com transtornos mentais é sempre constante, afetam o raciocínio e entendimento; a forma de abordagem do médico, de forma mais agressiva e coercitiva também afeta a vontade do paciente; ou mesmo a presença de um ente querido; o local da abordagem; o estágio da doença, como fases crônicas; todos estes são fatores podem influenciar na emissão da vontade do paciente (BUCHANAN; BROCK, 2009).

Dá a importância do emprego correto e efetivo do CLE atestado pelo TCLE, como se abordou no capítulo 6, sob pena de incorrer nos abusos da medicina defensiva, de forma a beneficiar somente o médico, com uma atuação carregada de estratégias com a finalidade de evitar processos judiciais, e não proteger os interesses do paciente (MENDONÇA, 2019).

Isso porque não se presume mais a incapacidade absoluta ou relativa das pessoas com transtornos e deficiências mentais, como quando se tratava das decisões de interdição, impedindo-as do exercício de todos os atos da vida civil, mas, ao revés, com a redação e objetivo da Lei n. 13.146/2015, a regra é a capacidade absoluta para todos os atos da vida civil para tais indivíduos, independente de terem discernimento ou não, como se tratou nos capítulos 2 e 4.3.

Ressalta-se que, ainda que a doutrina e parte da jurisprudência estejam caminhando no sentido de enquadrar a impossibilidade dessas pessoas emitirem vontade como hipótese de incapacidade relativa, como se abordou nos capítulos 2 e 4.3, tal entendimento colide com o próprio Estatuto, que preveu a autonomia dos deficientes e pessoas com transtornos mentais, mesmo com o discernimento reduzido. Mais razoável, portanto, a análise de cada caso concreto, na busca de uma interpretação constitucional civil mais adequada, como defendem Terra e Teixeira (2019), de forma a evitar essa grave insegurança jurídica causada pelo EPD.

Critica-se novamente que nem o regime de capacidade anterior e nem o vigente com a nova lei são adequados em um estado que se diz democrático de direito, pois, de um lado um paternalismo injustificado e do outro um liberalismo absurdo, ressuscitando o “dogma da

⁷⁴ [...] Una persona puede ser capaz de tomar una decisión particular en un momento particular en determinadas circunstancias, pero incapaz de tomar otra decisión, o incluso la misma decisión en diferentes condiciones. Una determinación de capacidad es, entonces, una determinación de la aptitud de una persona en particular para realizar una tarea particular que supone toma de decisiones en un momento particular y en condiciones específicas.

vontade” e grave insegurança jurídica como foi exposto com os julgados nos citados capítulos 2 e 4.3.

Defende-se por uma capacidade a qual deve ser verificada em cada caso, por avaliação específica, pois, se estamos falando de pessoas, então nenhum caso será exatamente igual ao outro, ainda que se trate da mesma patologia.

Nesse entendimento, afirmam Buchanan e Brock que:

O fato de ninguém ter proposto uma única escala unificada ou medida numérica de habilidade aplicável a todas as decisões e tomadores de decisão não indica, entretanto, que os julgamentos sobre a habilidade são baseados apenas em critérios intuitivos. Em vez disso, a falta de tal escala simplesmente reflete a realidade de que a habilidade envolve um entrelaçamento excessivamente complexo de várias habilidades e capacidades de cada paciente com as demandas de uma situação de decisão específica para resultar em um perfil formal único e unificado. As situações potenciais são muito numerosas e há uma intensa variedade de combinações possíveis de deficiências e habilidades de que os pacientes precisam para tomar decisões. Mas, em qualquer caso particular, cada uma das várias habilidades de compreensão e raciocínio e habilidades que identificamos anteriormente como necessárias para a capacidade de tomada de decisão podem ser medidas em uma escala relativa e podem apontar para várias razões para a importância das deficiências específicas que limitam a capacidade geral de uma pessoa de tomar essa decisão. [...]. (BUCHANAN; BROCK, 2009, p.83-84, tradução nossa)⁷⁵.

Basta retomar o exposto no capítulo 4, diante da variedade de CID para diversos tipos de transtornos mentais, bem como, a CIF, das inúmeras possibilidades e habilidades que cada paciente pode apresentar ou não, e, mesmo assim, a própria evolução da pessoa demonstra que a CID e a CIF também são insuficientes, que catálogos fechados são somente indícios e não representam o ser, como se criticou anteriormente.

Ademais, os profissionais são generalistas e não são especializados para cada tipo de doença e deficiência mental que seus pacientes apresentam. Uma mesma medicação para um deprimido não pode ser para um psicótico. Os avanços da medicina, também na saúde mental, requerem um treinamento mais especializado, para que se possa propiciar uma melhor qualidade de vida do paciente, inclusive no desenvolvimento de sua autonomia e evitar

⁷⁵ El hecho de que nadie haya propuesto una escala única y unificada o una medida numérica de la capacidad aplicable a toda decisión y a toda persona que tome decisiones no indica, sin embargo, que los juicios sobre la capacidad no se basen más que en criterios intuitivos. Más bien, la falta de una escala así simplemente refleja la realidad de que la capacidad supone un engranaje demasiado complejo de diversas aptitudes y habilidades de cada paciente con las demandas de una situación de decisión específica para dar lugar a un único perfil formal unificado. Las situaciones potenciales son demasiado numerosas y hay una intensa variedad de posibles combinaciones de discapacidades y aptitudes que los pacientes necesitan para tomar decisiones. Pero, en cualquier caso particular, cada una de las diversas aptitudes y habilidades de entendimiento y razonamiento que previamente señalamos como necesarias para la capacidad de tomar decisiones puede medirse en una escala relativa y pueden señalar varias razones que explican la importancia de las deficiencias específicas que limitan la capacidad general una persona para tomar esa decisión. [...].

internações, seja de ordem voluntária (realizada com o consentimento do paciente), involuntária (sem o consentimento do paciente) ou compulsória (por ordem judicial).

Portanto, é imprescindível que as clínicas e instituições hospitalares criem procedimentos junto aos conselhos de medicina e outras classes de profissionais da saúde, de forma a determinar como a competência do paciente com transtorno ou deficiência mental pode ser aferida, para se confeccionar um TCLE advindo de um consentimento livre e esclarecido eficaz (BUCHANAN; BROCK, 2009).

Diante disso, partindo-se das ideias propostas por Buchanan e Brock (2009), conclui-se que o consentimento livre e esclarecido dos pacientes com transtornos mentais, necessário e imprescindível para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica seria efetivo na medida em que houver investigações empíricas sólidas de como se avalia efetivamente a competência do paciente; mudanças institucionais de grande proporção e inovadoras para implantar diretrizes e critérios de competência eticamente mais responsáveis, além de procedimentos confiáveis para a tomada de decisões, em nome de indivíduos curatelados ou incompetentes; bem como capacitação dos profissionais da saúde de como lidar e se expressar com pacientes com transtornos e deficiências mentais, promovendo o diálogo e a promoção do exercício da autonomia privada dessas pessoas, desde que tenham um mínimo de cognoscibilidade para emanarem sua vontade.

Szmukler e Rose (2015) apontam quatro domínios na autodeterminação do paciente na saúde mental, que podem auxiliar nessa revisão: 1º) tratamento a nível individual na prática cotidiana, tanto na relação entre pacientes, como com membros da equipe clínica; 2º) os próprios pacientes como atores de reformulação dos serviços oferecidos nas diversas esferas, desde local a nível internacional; 3º) os pacientes como colaboradores na condução da pesquisa, afastando-se da ideia de objeto ou sujeito desta, inclusive na formulação de perguntas; 4º) as restrições que limitam a autodeterminação dos pacientes, como as leis e as normas abstratas que impedem o exercício da autonomia dentro das suas limitações, o que seria como exemplo o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com a crítica que está se trazendo ao longo destes estudos.

Assim, sem tais mudanças, a princípio, o consentimento dos novos capazes, as pessoas com transtornos e deficiências mentais, será um retrocesso ao “dogma da vontade”.

Daí a importância do papel do médico de aferir a competência do paciente e promover um diálogo mais próximo junto a este e seus familiares e amigos próximos, de forma a alcançar a real vontade do paciente. Nesse sentido, o termo de consentimento pode, ao

contrário, tornar-se instrumento valioso para salvaguardar a autodeterminação desse paciente, desde que na prática se utilize de forma efetiva, garantindo a “assimilação do mundo” dos pacientes neuropsiquiátricos dentro de suas especificidades e singularidades, como aponta Weisberger:

[...] A situação básica é de compreensão fácil: o homem é um ser limitado, incapaz de aprender a realidade em que vive de maneira imediata e adequada, mas somente na medida em que tal é acessível às suas capacidades sensoriais e espirituais. Uma dessas forças ou potências é a linguagem, sendo justificado denominar potência lingüística a possibilidade de falar, da qual o homem dispõe. O homem põe em ação esta faculdade, a fim de elaborar uma determinada forma espiritual de comportamento no seu mundo vital, precisamente a lingüística. O processo no qual isto se realiza denominamo-lo “assimilação do mundo”, vivenciar o mundo pela linguagem. Esta expressão quer dizer que, através da linguagem, nas suas palavras e processos sintáticos, a realidade extra-lingüística é humanizada, é traduzida em uma forma de conscientização disponível ao homem, em mundo vivenciado. [...] (WEISBERGER, 1977, p.143).

Para se atingir a assimilação do mundo dos pacientes com transtornos mentais não é possível se debruçar somente em uma pesquisa bibliográfica. É necessário se adentrar na realidade em que vivem essas pessoas e conhecer o seu modo de ser, de se expressar e de se autodeterminar, com o uso da linguagem em suas diversas formas.

Como aponta Bastos (2017), é nesse ponto em que se observa a divergência da Fenomenologia com as ciências naturais, na medida em que aquela se compromete com a compreensão desde a origem, ao pensar a partir da essência, do sentido do ser visado pela consciência, ao contrário destas, que se preocupam com a explicação das coisas.

Daí a importância do método fenomenológico, de forma a desnudar e desvelar a realidade dessas pessoas, para que se possa verificar o avanço ou o retrocesso do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao tutelar o direito ao consentimento livre e esclarecido para as pessoas com transtornos e deficiências mentais.

7.1 A aplicação da fenomenologia: um novo olhar na (des) construção da relação médico-paciente

As mudanças com o Estatuto da Pessoa com Deficiência não acontecerão de um dia para o outro, pois, o paternalismo médico, amplamente criticado no capítulo 6, não deixará de existir com a lei. São necessárias mudanças (bio) éticas no meio médico, na busca da liberdade individual com o consentimento dos pacientes com transtornos mentais, no respeito à sua autonomia privada, desde que possível (cognoscibilidade), e não na beneficência a todo

custo, em implementar medidas que o médico acredita que sejam sempre melhores para o paciente, sem respeitar seus interesses e vontades (PUYOL, 2012).

Junto a isso, o caráter interdisciplinar da bioética é de sobremaneira indispensável, como se pontuou no capítulo 4.4.

Nesse contexto, esse pesquisar bioético, que abrange o direito, retrata o entendimento de Lopes (2018), para quem “pesquisar o direito é recortar temas sem desfigurar a essência das cores múltiplas que se conectam. Pesquisar o direito é expor seus fazeres desvendando novas formas de expressão. Sem redundar o já dito como se fosse novidade. [...]” (LOPES, 2018, p.112).

Assim, a pesquisa nesta tese busca trazer um novo olhar, junto à fenomenologia, pelo que se faz necessária uma investigação da forma em que o médico dialoga com o paciente com transtorno e deficiência mental, quais recursos linguísticos, a abordagem e o acolhimento empregados, para que se possa verificar *in loco* se esse indivíduo capaz possui discernimento suficiente para um consentimento livre e esclarecido, como será discutido ao longo deste capítulo e no capítulo 8.

O processo metodológico da fenomenologia implica que somente é possível desvelar o problema proposto desde que todos seus aspectos envolvidos sejam analisados, não de forma individualizada, mas sobre todo o contexto, como defende Husserl:

[...] Exige-se ainda a evidência de que este problema só se pode resolver na esfera da evidência pura, na esfera do dar-se que, por ser absoluto, é norma suprema; e de que, por conseguinte, temos de perseguir uma a uma, no procedimento de intuir, todas as configurações fundamentais do conhecimento e todas as configurações basilares das objectalidades que nele, plena ou parcialmente, vêm a dar-se, para assim determinar o sentido de todas as correlações a elucidar (HUSSERL, 2008, p.105).

Dessa forma, para se verificar a efetividade do consentimento informado do paciente neuropsiquiátrico, com o advento da Lei n. 13.146/2015, imprescindível a sua abordagem interdisciplinar, do ponto de vista jurídico, filosófico, médico e linguístico, ou seja, bioético, como se vem tratando ao longo destes estudos.

Coaduna-se com Megale, para quem:

[...] As pesquisas sobre a linguagem jurídica carecem de abordagens que, descobrindo verdades já recuperadas em outras esferas, possam trazer melhor compreensão da conduta à luz da significação de direitos e deveres em prol da eficácia e da efetividade do Direito, como projeção da espiritualidade humana. Basta a descrição de alguns aspectos da realidade em confronto com os textos normativos para se chegar à conclusão de que as nossas leituras da realidade não guardam sintonia com os textos legais. [...] (MEGALE, 2013, p.32).

E não basta somente uma análise fenomenológica sem se adentrar no universo que o tema desta pesquisa encampa, nos consultórios, clínicas e hospitais psiquiátricos, a partir de uma experiência empírica e fenomenológica (TATOSSIAN, 2006), de forma a “descobrir” a (in) efetividade do consentimento livre e esclarecido com o EPD.

Cumprе esclarecer que, num primeiro momento, estes estudos trazem duas abordagens contraditórias, com conceitos e teorias nos capítulos anteriores, e, neste capítulo, trata de um método que a princípio os rechaça. Todavia, para se chegar até aqui é preciso entender todo o arcabouço teórico por detrás da temática, para então sustentar que a fenomenologia é o método mais adequado a ser defendido, de forma a verificar a efetividade do consentimento livre e esclarecido das pessoas com transtornos e deficiências mentais com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A fenomenologia se sustenta, na medida em que, somente será possível testar as hipóteses desta tese sob o olhar de todo o problema apresentado, procurando-se observar, investigar, analisar e criticar cada uma das variáveis possíveis (HUSSLERL, 2008).

A fenomenologia, assim, se distancia de formações idealistas, positivistas e das ciências da natureza, na busca da essência das coisas, no conhecimento das essências. Deixa-se de lado o que é acessório e mira-se no conteúdo essencial dos fenômenos. A fenomenologia é uma atitude metódica, um método de investigação que busca a compreensão do fenômeno antes da construção sistemática de qualquer interpretação, na busca da essência do ser que se manifesta. Dessa forma, o objetivo fundamental da fenomenologia é captar o sentido de como o objeto se manifesta (GIOVANETTI, 2018), o que se mostra em si-mesmo, o fenômeno (HEIDEGGER, 2009b).

A fenomenologia critica o conhecimento, na medida em que este se apresenta como algo dado de fora, desprovido de originalidade, com artifícios técnicos. “Não se admite que algo seja previamente dado ao sujeito, sem que antes seja examinado cuidadosamente pela consciência.” (MEGALE, 2007, p.22), a qual constitui o conhecimento originário, tomado pelo eu reflexivo. Megale (2007) cita o exemplo de Husserl, do surdo de nascença, o qual não pode conhecer fenomenologicamente uma música, pois não é capaz de captar a essência dela, em razão da sua deficiência, que o impede de senti-la; no entanto, esse surdo pode até aprender o que seja música, conhecendo as notas musicais, por exemplo, mas não captará o “como” da música, a sua melodia, o seu sentido.

Nesse caminho, medida que se impõe é a crítica do conhecimento, colocando em questão o conhecimento, as ciências, o mundo e o próprio eu humano. “A fenomenologia, aparece, então, não apenas como caminho para realização dos ideais de universalidade, mas, ao mesmo tempo, como resposta à adequação metodológica na busca do conhecimento.” (MEGALE, 2007, p.43).

Destaca-se que a fenomenologia em Husserl e Heidegger possui pontos de divergências, o que não impede a adoção do estudo fenomenológico nessa pesquisa com a visão dos dois autores, pois, ambos entendem que a crítica do conhecimento, com a aplicação da fenomenologia, leva o pesquisador à analítica do caso concreto em busca do ser. O que os distingue é que Husserl defende uma redução fenomenológica pura, isenta de qualquer pressuposição (HUSSERL, 2008), enquanto Heidegger entende que essa redução pura não é possível, na medida em que o homem tem sua tradição (carrega suas pressuposições, sejam elas autênticas ou não), fundada na historicidade e na temporalidade, com base na sua história de vida (HEIDEGGER, 2009b).

Bastos (2017) acrescenta que a essência do conhecimento, para Husserl, não pertence e não se relaciona a essa tradição, mas à consciência isolada do sujeito transcendental, o que acabou gerando críticas, inclusive de Heidegger, ao propor o termo *Dasein*:

Valendo-se precipuamente da dissociação entre sujeito transcendental e mundo, sustentada por Husserl, Heidegger desenvolve sua própria concepção fenomenológica, analítica, existencial, de cunho ontológico, segundo a qual o ser humano, denominado por ele de *Dasein* ou “ser-aí”, é o seu “aí”, isto é, o seu mundo, sendo, portanto, um “ser-no-mundo”, expressão cunhada por esse fenomenólogo para traduzir exatamente o modo umbilical de interação entre ambos, em âmbito existencial. Trata-se de um pensamento constante de sua obra capital, *Ser e Tempo*, publicada pela primeira vez em 1927, na qual Heidegger chega a afirmar que “[...] ‘mundo’ é ele mesmo um *constitutivum do Dasein*”, divergindo, portanto, do fundador da fenomenologia. (BASTOS, 2017, p.115).

No que tange a estes estudos, a fenomenologia se aplica de forma a captar a essência das pessoas com transtornos e deficiências mentais, deixando de lado os pré-conceitos de capacidade ou incapacidade, e competência ou incompetência, ao extrair como essas pessoas se comunicam, se expressam, e se compreendem as informações que o médico prescreve.

Essa forma de pensar e agir como método fenomenológico cria a possibilidade de captar os significados e sentidos de um jeito desprezioso, superando a visão objetificadora das ciências, com classificações predeterminadas (GIOVANETTI, 2018). A fenomenologia, então, deixa viger “aquilo que efetivamente vemos, em uma intuição sensível, ou categorial, e

nos protegendo de uma imiscuição do visto em qualquer teoria, por mais bem fundada que essa seja. [...]” (BINSWANGER, 2013, p.104).

Dessa forma, “a fenomenologia permite superar o paradoxo da compreensão mostrando que *compreender não é modo de conhecimento, é modo de ser*. A compreensão da situação é uma hermenêutica.” (AUGRAS, 2004, p.84-85).

O conhecimento, segundo Husserl (2008), é apenas conhecimento humano, pois, esse conhecer, como algo dado, é incapaz de atingir a natureza das coisas em si, da sua essência, pois é ligado às formas intelectuais humanas, é uma vivência psíquica, formulada a partir do sujeito que conhece.

Essa crítica do conhecimento, discutida por Husserl, é trabalhada pela redução fenomenológica, isto é, suspender todo tipo de teorização, colocando a existência do mundo exterior “entre parênteses”, para que se ocupe somente com as operações realizadas pela consciência, o que se denomina de *epoché* (HUSSERL, 2008), para a busca de um verdadeiro conhecimento das coisas em si.

Seria como se, ao proceder à análise de uma consulta médica de paciente com transtorno ou deficiência mental, suspendesse qualquer tipo de teoria de capacidade jurídica, competência médica, o que é discernimento, e avaliasse somente como ocorre a interação entre médico e paciente, aliás, entre duas pessoas, sem qualquer juízo de valor, e como se comportam e se comunicam, de forma a compreender a essência daqueles indivíduos e a relação ali estabelecida, sem nenhum julgamento prévio. Somente assim, será possível alcançar o resíduo puramente fenomenológico defendido por Binswanger:

[...] Na fenomenologia pura, eidética ou transcendental, porém, também se dissipam essas últimas barreiras da natureza, na medida em que conceitos como natureza, realidade, criatura real da natureza etc. são “colocados completamente fora de jogo”, são “suspensos”, “são colocados fora de ação”, isto é, na medida em que o juízo sobre isto paira completamente no ar. O que resta, então, é o “resíduo puramente fenomenológico”, a consciência pura ou transcendental no sentido da essência pura e dos nexos essenciais puros, do reino da ciência eidética. (BINSWANGER, 2013, p.111).

Por isso a fenomenologia husserliana ser descritiva, com o objetivo de se “voltar às coisas mesmas”, clarificando e des (construindo) conceitos pré-estabelecidos, de forma a tratar o fenômeno que, nestes estudos, é o consentimento do paciente, em sua totalidade e concretude, evitando-se reducionismos e cientificismos, pois a pessoa jamais pode ser vista de forma estanque (HUSSERL, 2008). Afinal, somos seres em constante evolução.

A fenomenologia foca as maneiras como o objeto é constituído, na experiência da pessoa, pelo que ela reproduz, se manifesta, combatendo o objetivismo, como, por exemplo, dar o mesmo tratamento a todos deficientes na mesma letra de uma lei, desconsiderando que cada deficiente tem sua particularidade, grau de patologia distinta, sintomas e manifestações completamente diferentes, e que não cabe em um texto legislativo tratar todos de uma mesma forma. A experiência da consciência de mundo é única para cada indivíduo, o estímulo, a educação, são exemplos díspares que envolvem a forma de compreender e de se manifestar de cada paciente. Daí a importância do que Husserl chama de fenomenologia transcendental, baseada na estrutura da consciência (HUSSERL, 2008). É o que indivíduo tem a nos mostrar e dizer, e não o que a teoria ou o conceito previamente prescreve, pois todo conhecimento prévio é questionável (HUSSERL, 2008).

Conforme Megale:

É a consciência transcendental que dá a si o objeto, na imanência, livre de toda transcendência, que resta, então, abandonada pelo sujeito no mundo natural. O objeto na consciência transcendental é o fenômeno puro, liberto de quaisquer elementos transcendentais. Chega-se ao fenômeno intencionalmente dado, ou seja, transcendental, mediante uma redução gnoseológica ou fenomenológica. A redução consiste na passagem da atitude natural para a atitude transcendental. (MEGALE, 2007, p.23).

Portanto, parte-se do pressuposto de que as teorizações anteriormente constituídas devem ser ignoradas na análise fenomenológica, para que se possa buscar compreender da forma mais imparcial possível o objeto em estudo, o fenômeno a ser observado.

Nesse sentido, coaduna-se com Megale, para quem:

[...] A viragem filosófica deflagrada pela fenomenologia husserliana instala a celebração da consciência, pois seja no campo teórico ou naquele da práxis, as respostas ou indagações serão dadas na interioridade da consciência, livre de dogmas e injunções [...] (MEGALE, 2007, p.43-44).

Assim, a abordagem que se pretende nestes estudos é a observação, para se verificar como os pacientes neuropsiquiátricos se expressam e se são capazes de compreender as informações a serem dadas pelo médico, para emissão do consentimento livre e esclarecido, suspendendo-se (*epoché*) qualquer tipo de teorização ou conceitos pré-definidos, eivados de pré-julgamentos.

Pontua Husserl:

Abstenhamo-nos, no entanto, disso e, para ilustração da ideia fundamental de que o problema do como – como é possível o conhecimento transcendente e, inclusive, mais em geral, como é possível o conhecimento – jamais pode resolver-se com base num saber previamente dado acerca do transcendente, em proposições de antemão dadas a seu respeito, extraídas seja onde for, mesmo que das ciências exactas [...]. Não é viável o deduzir a partir de existências simplesmente sabidas e não vistas. [...] (HUSSERL, 2008, p.62).

Para que seja possível captar o sentido das coisas e não o fato em si, Husserl utiliza a redução eidética, a qual objetiva captar a essência das coisas, dos fenômenos, dos próprios sentidos, colocando entre parênteses (*epoché*) a realidade concreta, na busca por compreender como a realidade se manifesta (HUSSERL, 2008). “A redução fenomenológica abre para o sujeito uma visão autêntica do mundo, que aparece em si, isto é, percebido pela consciência pura como existente para ela.” (MEGALE, 2007, p.27).

No que tange a esta pesquisa, a operação da redução eidética seria captar tudo que envolve a relação entre o médico e o paciente, como espaço, tempo, ruídos, acolhimento, além do próprio indivíduo, o paciente com transtorno ou deficiência mental, por meio da observação, para se compreender como eles se expressam e se são capazes de compreender as informações a serem dadas pelo médico, para manifestarem o consentimento livre e esclarecido.

Heidegger, ao invés do termo consciência, utiliza o termo *Dasein*, pois consciência remete ao caráter dualista entre homem e mundo, e a dicotomia entre sujeito-objeto. “O *Dasein* deve ser visto sempre como ser-no-mundo, como ocupar-se com coisas e cuidar de outros, como ser-com as pessoas que vem ao encontro, nunca como um sujeito existente para si.” (HEIDEGGER, 2009a, p.199). “O “dá”, contudo, nomeia aquilo que dá, a essência do ser que garante a sua verdade. O dar-se claramente, com ele mesmo, é o próprio ser.” (HEIDEGGER, 2005, p.39).

Dasein seria então a compreensão de mundo do homem de si, “em seus “modos de ser”, isto é, em suas possibilidades de ser no mundo.” (BASTOS, 2017, p.116-117).

Para a análise heideggeriana do *Dasein* são fundamentais a temporalidade e a historicidade, para a compreensão do existir humano, da própria finitude do ser. Explica Bastos que:

Embora o ser-aí não possua qualquer determinação originária, como ressalta o fenomenólogo em *Ser e tempo*, uma vez existindo no mundo que é o seu, o *Dasein* é, ou seja, ele assume modos-de-ser, e, sendo, ele se determina. Em outras palavras, já sempre lançado ou, nos dizeres heideggerianos, “jogado” em seu mundo, caráter próprio da “ec-sistência”, o *Dasein*, inevitavelmente, adota modos-de-ser, determinando-se. Ocorre que essa determinação, consoante o caráter da existência,

que é o da absorção imediata do mundo, não raro, dá-se a partir de orientações por ele fornecidas, isto é, pela tradição, pela historicidade, intrínseca a esse mundo. (BASTOS, 2017, p.117).

Afinal, a tradição, a temporalidade e a historicidade nada mais são que a biografia do ser, a sua caminhada, trajetória de sua existência.

Heidegger (2009b) trabalha com dois planos na construção do *Dasein*, o ôntico, que é relacionado à elucidação do *Dasein*, e o ontológico, que se refere às estruturas existenciais do ser, como a temporalidade, a espacialidade, o ser-com-o-outro, a disposição, a compreensão, o cuidado, que podem ser claramente identificados na análise de observação na relação entre médico e paciente.

Qual o histórico da evolução daquela patologia ou deficiência? O comportamento desse paciente foi sempre o mesmo? Como ele se comporta e se comunica em determinado espaço, no consultório, em ambiente fechado, em um lugar mais aberto, mais arejado? O afeto, o diálogo junto a esse indivíduo, como é construído? Há possíveis formas de se comunicar e entender? Existem pessoas próximas que auxiliam esse indivíduo?

A partir de tais questionamentos, por exemplo, é que será possível traçar essa abertura de mundo para as pessoas com transtornos e deficiências mentais, dependendo dos horizontes a serem percorridos de sua própria condição, o que se comprova que não podem ser taxados de incapazes ou capazes de forma prévia, como se fossem fórmulas de tudo ou nada.

Nesse sentido, observa-se a importância da fenomenologia proposta por Heidegger nestes estudos, na medida em que visa a desconstruir conceitos pré-estabelecidos, como expõe Bastos:

Nota-se como a Fenomenologia heideggeriana propõe um pensar comprometido não só com a existência humana, mas com o desvelamento da própria historicidade, de suas “fontes originárias” cotidianamente ocultas, capazes de conduzir o ser-aí ao conhecimento igualmente originário, ontológico, do mundo e de si mesmo como o ser indeterminado que é. É o *Dasein* que, apropriando-se de si, a partir do que se pode denominar “singularização”, dá voz aos novos sentidos e significados do mundo, desvelados a partir de uma destruição construtiva/positiva da tradição. Destruição que mais se assemelha à *epoché* vislumbrada por Husserl, mantidas as devidas diferenças já elucidadas, do que a uma destruição propriamente dita, no sentido de exclusão ou negação da facticidade. Isso porque a destruição a que se refere Heidegger se traduz como uma suspensão dos sentidos e significados que já sempre se encontram no mundo para que novos ganhem voz a partir de um rearranjo do próprio horizonte histórico, propiciado, por sua vez, por essa abstenção, ou melhor, pelo processo de singularização do ser-aí. (BASTOS, 2017, p.118).

A partir do termo *Dasein*, surgiu no meio psiquiátrico e na psicologia a *Daseinsanálise*, uma abordagem do conjunto de fenômenos ditos normais e patológicos da

existência humana, como um caminho para se compreender a pessoa (DASTUR; CABESTAN, 2015).

A *Daseinsanálise* traz toda a reflexão da prática médica no que se refere às estruturas existenciais do ser, no modo de ser do homem, refutando qualquer objetificação do homem a partir de sua patologia, na medida em que é um ser existente (*Dasein*). “No entanto, como esperamos mostrar, o desvelamento desse modo de ser implica uma compreensão renovada das condutas humanas, assim como dos transtornos mais ou menos profundos que os afetam.” (DASTUR; CABESTAN, 2015, p.10-11).

Para que não haja confusão, Heidegger distingue análise de analítica. A primeira tem o significado de soltar alguma coisa das amarras, e, a segunda, empregada por Heidegger, conduz ao caráter originário do fenômeno. A analítica liberta o sentido, dando a possibilidade de tecer e retecer o fenômeno (HEIDEGGER, 2009a). É como se a cada instante pudesse ressignificar o sentido do objeto observado. No que tange a estes estudos, a cada abordagem do médico em uma consulta com o paciente, é um novo olhar que se lança, não é possível ter previamente todas as conclusões a serem tomadas para aquela pessoa, pois, em cada momento, ele (paciente), poderá agir de forma diferente. Assim, a analítica adotada por Heidegger busca o fenômeno em todos os seus sentidos e manifestações, no seu todo, pois é impossível desintegrá-lo.

Dessa forma, a *Daseinsanálise*, empregada por Heidegger (2009a), é o exercer da analítica, e não da análise, pois busca a compreensão do ser. Nesse contexto, a *Daseinsanálise* mostra-se como adequada ao revelar que o sofrimento da pessoa com transtorno e deficiência mental está para além de uma dimensão orgânica, mas existencial (DASTUR; CABESTAN, 2015).

Como apontam Dastur e Cabestan (2015), a *Daseinsanálise* de Heidegger e a *Daseinsanálise* médica possuem clara relação, pois é primordial que os fenômenos sejam trazidos à palavra pelo médico e paciente, de forma que um paciente nunca será igual ao outro, mesmo apresentando a mesma patologia. O que importa é a compreensão do ser e não da doença.

Por conseguinte, observa-se que, a fenomenologia, aplicada na psicologia e na psiquiatria, pode contribuir na construção da dignidade e pessoalidade do paciente.

Husserl (2008) também contribui nesse sentido, ao conceber a Psicologia Fenomenológica como um fundamento para a subjetividade, descrevendo as estruturas psíquicas para se chegar às estruturas transcendentais da subjetividade. A psicologia

fenomenológica, para Husserl (2008), seria uma ciência que se ocupa com as estruturas subjetivas, voltadas para a vida interna do indivíduo, constituídas por suas experiências emocionais, ao contrário da psicologia científica, que se ocupa de experiência externas.

Em síntese, a psicologia fenomenológica busca entender o indivíduo, e, não somente, descrevê-lo. Suponha-se um determinado paciente, que apresenta comportamento agressivo, ou melancólico, descrevem-se suas ações, mas não se consegue compreender as razões dessa forma de agir (houve algum acontecimento para agir dessa forma?; está sob o efeito de algum medicamento?; é comum esse tipo de reação na patologia ou deficiência diagnosticada?), pois, somente com descrição de comportamentos não é suficiente para entender esse ser em sua completude.

Dá a importância da disposição fenomenológica, como propõe Jaspers (1993), pois, o que importa, é a experiência propriamente dita, existente na consciência. Devem-se deixar de lado as teorias recebidas, as construções psicológicas, e as meras interpretações e apreciações. Segue Jaspers (1993), ao afirmar que essa imparcialidade conferida pela fenomenologia é uma aquisição laboriosa após um denso trabalho crítico.

Nesse contexto, a partir da abordagem de Jaspers, a compreensão é seu principal meio para atingir o resultado pretendido, com base na capacidade do médico de se colocar no lugar do paciente, de forma que se torne compreensível a incompreensibilidade da doença ou deficiência mental. “Jaspers se atém estritamente ao que é conscientemente vivido pelo doente, isto é, ao que ele pode expor por meio das palavras. [...]” (DASTUR; CABESTAN, 2015, p.188).

O exercício da contemplação dá medidas e orientações para investigação de novos casos, na medida em que, a observação e a apreciação do enfermo fornecem vários elementos fenomenológicos, frente a perturbações das diversas funções da vida psíquica, complexos conjuntos sintomáticos e à própria personalidade do indivíduo, o que se denomina de psicopatologia fenomenológica (JASPERS, 1993).

Assim, a fenomenologia aplicada à psicopatologia não visa a substituir a pesquisa dos fatos pela das essências, mas criar um conjunto com as duas, unificando a experiência da pesquisa empírica com a fenomenológica (TATOSSIAN, 2006).

A fenomenologia procura apresentar os estados psíquicos que as pessoas com transtornos e deficiências mentais realmente experimentam. A palavra enfermidade e deficiência expressam um sentido de inferioridade, que transmite conotação negativa, sem se

adentrar ao mundo daquela pessoa e “enxergar” as inúmeras possibilidades que aquele indivíduo possa ter, sendo “julgados” por seus sinais e sintomas.

Os sinais são objetivos, verificáveis pela observação direta, como pescoço mais curto, olhos puxados e hipotonia na síndrome de Down. Já os sintomas são subjetivos, e aparecem nas queixas do paciente, como o esquecimento contínuo no desenvolvimento da doença de Alzheimer e a sensação de perseguição na esquizofrenia (CHENIAUX JÚNIOR, 2015).

Assim, ainda que a CID, a CIF e o manual de diagnóstico e estatístico de transtornos mentais (DSMV) sejam importantes na comunicação e pesquisa da prática clínica, como se abordou no capítulo 4.1, estes são insuficientes na busca de uma melhor qualidade de vida do paciente. Conforme o capítulo 5, a autonomia está diretamente relacionada com o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e na construção de sua dignidade.

Dessa forma, a prática médica não deve se basear somente em sinais e sintomas, ao taxar um diagnóstico àquela pessoa, representada por essa ou aquela patologia ou deficiência; repita-se, pessoa, portanto, a aplicação da fenomenologia restaura a humanização, que deve ser primordial na relação médico-paciente.

Nesse contexto, a entrevista do paciente é um instrumento fundamental para o diálogo, escuta e acolhimento, razão pela qual o profissional médico e equipe devem estar preparados e treinados para abordar o paciente, sobretudo, aqueles mais invasivos ou agressivos, de forma a conduzir a entrevista e a consulta com o melhor aproveitamento possível.

Dalgalarro (2008) relata que uma entrevista bem-sucedida pode ser aquela na qual o médico fala pouco e deixa o paciente falar à vontade, ouvindo-o calmamente, e, em outras vezes, pode ser aquela em que o entrevistador (médico) é mais participativo, fazendo mais perguntas, o que varia muito em função do paciente, do contexto institucional, dos objetivos da entrevista e da personalidade do entrevistador.

Observa-se que, se um paciente é mais depressivo, a entrevista tende a ter maior intervenção do entrevistador, já se é um psicótico ou esquizofrênico, com mais escuta. A entrevista terá determinado direcionamento se for uma entrevista de acompanhamento de tratamento ou se é uma primeira entrevista, se o médico é mais objetivo ou é mais cuidadoso com o paciente. Tudo isso interfere na entrevista. “É importante perceber a relação entre os dados objetivos e os subjetivos que são relatados, objetivando uma escuta plena. Só depois de ouvir é possível perguntar, com o objetivo de entender melhor o que se passa com o outro.” (RIBEIRO; LEAL, 2014, p.5).

Destacam-se situações outras que envolvem pacientes com demência, deficiências cognitivas, em estado psicótico grave e mudez, que não conseguem informar dados de sua vida, sendo necessária também a presença de um acompanhante, para uma entrevista bem-sucedida (DALGALARRONDO, 2008).

Ponto importante na entrevista é pedir que o paciente repita as orientações dadas pelo médico de forma a certificar se a comunicação foi eficaz, e se o paciente entendeu (cognoscibilidade) o que foi lhe passado (RIBEIRO; LEAL, 2014).

Para tanto, é imprescindível que o médico conheça também a história da moléstia atual ou a história do episódio atual; a história progressa, que envolve a história detalhada de todos os episódios progressos, a história de internações anteriores, a história de desenvolvimento e a história escolar; a história familiar, que envolve a história de doenças mentais nos familiares, a resposta familiar a tratamentos psiquiátricos e a história de doenças clínicas na família; e a história psicossocial e ambiental (LOURENÇO; ROMANO-SILVA, 2014).

Retoma-se a importância da fenomenologia, ao entender o fenômeno, é necessário buscar a sua essência, despir-se de preconceitos e compreender o ser em si mesmo. Nesse sentido, é necessário conhecer como foi a evolução do estágio daquele quadro sintomatológico e comportamental, se houveram manifestações semelhantes e o uso de substâncias e drogas lícitas e ilícitas, inclusive remédios que agravaram o quadro clínico; a genética, se há propensão a manifestação daquela doença ou deficiência; fatores psicossociais, como educação no ambiente familiar, social e afetivo; e ambiental, como alimentação.

Wang e outros (2007) apontam que o maior problema na detecção de sintomas psicopatológicos é a baixa confiança no uso de terminologias, o que gera muitas confusões conceituais. Erros sistemáticos podem ocorrer na condução da entrevista, junto a uma abordagem não adequada. Os autores citam o efeito halo, o qual a impressão inicial do entrevistador pode direcionar e desviar toda a avaliação posterior do paciente. Além disso, o erro de contraste, em razão do efeito placebo, observado em certos pacientes em tratamento, ao acreditarem que estão melhorando, quando na verdade o quadro se agrava posteriormente. Por fim, diagnósticos anteriores também podem influenciar o estado atual do paciente pelo médico (WANG; HUMES; ANDRADE, 2007).

Observa-se que erros, como o efeito halo e a interferência de diagnósticos anteriores, os quais são comuns em atendimentos médicos, como se verificou na pesquisa de campo a ser discutida no capítulo 9, podem ser extremamente prejudiciais na entrevista e na aplicação do método fenomenológico para se verificar se o paciente tem condições de manifestar sua

vontade. Isso em razão de envolver pré-julgamentos, contrário ao sentido da *epoché* de Husserl (2008), discutida acima neste capítulo e aplicada nestes estudos, posição também defendida por Giovanetti, para quem:

[...] Essa atitude de colocar entre parênteses todas as teorias explicativas da realidade, e se fixar naquilo que se manifesta, é o que Husserl chama de redução filosófica, de *epoché*, significando que a reflexão filosófica deve abandonar toda atitude ingênua e dogmática para poder captar a essência das coisas. Essa atitude significa uma virada na compreensão da realidade. [...] (GIOVANETTI, 2018, p.15).

Dessa forma, a suspensão da postura ingênua e dogmática, de pré-compreensões teóricas e técnicas, deve estar conjugada com a compreensão do sujeito como indivíduo, a estrutura universal do eu, de quem elabora o sentido. Assim, deve-se compreender a pessoa na análise de suas vivências, em sua essência (GIOVANETTI, 2018). Parte-se do entendimento de que não é a descrição da enfermidade ou deficiência que define a pessoa, em razão de sintomas e comportamentos patológicos, mas de sua história de mundo, de toda a compreensão desse ser em sua completude. “É preciso lembrar que cada paciente é singular e as manifestações da doença, bem como a resposta terapêutica aos medicamentos, também ocorrem de forma singular. Não somente isso, cada paciente carrega consigo uma história de vida, única e multifacetada.” (DE MARCO, 2019, p.17).

Assim, deve o médico evitar fazer pré-compreensões em razão das patologias e deficiências apresentadas, como descreve Augras (2004), por exemplo, que o discurso do hístico preocupa-se com a sua imagem e manipula a situação, para saber o que o médico pensa a seu respeito; já o neurótico obsessivo mantém-se em nível de descrição; enquanto que o psicótico se utiliza de um mundo imaginário, com linguagens poéticas e metafóricas.

Nesse sentido, as entrevistas clínicas abertas são as mais adequadas, porque permite a coleta de dados de forma mais isenta, evitando que o médico intervenha na entrevista, e propicia a livre expressão do paciente. Ao seguir uma sequência específica de perguntas, sem interpretações, como ocorre com as entrevistas estruturadas, também é uma opção para assegurar a fidedignidade do diagnóstico sem pré-julgamentos (WANG; HUMES; ANDRADE, 2007).

Por outro lado, devido às condições clínicas do paciente, como demência mais severa, o paciente não será capaz de se expressar de forma clara, e, nesses casos, o médico necessitará de fontes secundárias, como familiares e amigos próximos, porém, deve se atentar para não confundir fatos com interpretações.

É muito comum que pais mais superprotetores, por exemplo, informem que seus filhos deficientes, como no autismo, ou na síndrome de Down, não são capazes de praticarem determinados atos sozinhos, com receio de que possa acontecer-lhes algum mal. Daí a importância da descrição dos fatos e não das impressões.

Portanto, reforça-se o papel da redução fenomenológica, colocando entre parênteses (*epoché*) tudo que possa prejudicar a compreensão do fenômeno descrito, a partir de pré-compreensões culturais, científicas, ideológicas e linguísticas, como exemplo. Deve-se distanciar-se de tudo para que o médico se conecte com seu paciente, suspendendo todo o conhecimento prévio, de forma a manter a percepção voltada para as “coisas mesmas”, procurando estar mais próximo possível da experiência de mundo do paciente. Essa conduta propiciará a abertura aos fenômenos do paciente e seus respectivos sentidos a partir do olhar do enfermo, evitando interferências externas, as quais podem prejudicar a escuta imparcial do médico (CARDOSO, Cláudia, 2018).

Reforça-se que, antes de uma relação contratual, conforme se abordou no capítulo 6, existe uma relação entre duas pessoas, e, portanto, não se trata de um sujeito (médico) com um objeto (paciente) (DASTUR; CABESTAN, 2015), mas de um encontro no qual dois seres compartilham seus mundos.

Ademais, como observa Binswanger (2013), a percepção do outro (paciente) é uma forma de percepção interior, a qual aprendemos com o acontecimento psíquico alheio, pois ao compreender o outro nos tornamos mais humanos. Afinal, essa é a atividade precípua do profissional médico, cuidar do outro.

Assim, para se concretizar o método fenomenológico são necessárias três posturas básicas: 1ª) a observação em resposta à pergunta “o que é?”; 2ª) a descrição em resposta à pergunta “como é?”; 3ª) a compreensão, permitindo o acesso aos sentidos da experiência, na medida em que a observação e a descrição estão diretamente ligadas à compreensão (CARDOSO, Cláudia, 2018).

Por conseguinte, para se concretizar a pesquisa de campo a ser realizada, tratada no capítulo 9, deve-se buscar uma observação isenta de qualquer preconceito, descrevendo-se todo o contexto que envolve o paciente, sua forma de expressar, a abordagem do médico, seu comportamento, seu histórico de vida, para, por fim, compreender o fenômeno, de forma a verificar se o paciente neuropsiquiátrico possui cognoscibilidade suficiente para consentir de forma livre e esclarecida.

E essa experiência parte do pressuposto de um fenômeno que transcorre a partir de um eu, de um mundo diversamente diferente do meu, do seu, de nós; é expresso de outro modo, a partir da informação que a pessoa dá sobre si mesma, do seu jeito de ser e de comportar-se. “Assim, com o auxílio da vivência do falante, vemos uma pessoa diante de nós, que se encontra em relação com poderes especiais obscuros e que se encontra em uma esfera espiritual totalmente diversa de nós mesmos. [...]” (BINSWANGER, 2013, p.123).

No entanto, isso só se torna possível a partir da linguagem, pois sem ela somos indivíduos trancados em nossos corpos, pois vivemos em um mundo compartilhado, sendo ela (linguagem) a abertura para iluminarmos uns aos outros (MOREIRA, 2010), a qual se pretende discutir a seguir.

8 LINGUAGEM E HERMENÊUTICA: O DIÁLOGO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE PARA UM NOVO VIÉS NA CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS E DEFICIÊNCIAS MENTAIS

Como fora abordado no capítulo 7, a fenomenologia se revela como o método mais adequado a esta pesquisa, na medida em que se caracteriza pelo modo e como o objeto de investigação se apresenta, no caso, a efetividade do consentimento livre e esclarecido das pessoas com transtornos e deficiências mentais. Assim, deve-se afastar dos conceitos teóricos, para trazer a discussão da capacidade desses indivíduos manifestarem sua vontade com discernimento, a partir do modo como se apresentam, e não encaixá-los em rótulos pré-determinados, como se poderá verificar com base nos estudos realizados com a pesquisa de campo, apresentada no capítulo 9.

O observador, no caso, o médico, deve deixar de lado teorias que distorçam da observação do paciente, partindo-se da intuição para a captação fenomenológica, na compreensão empática das vivências, sentindo-se na situação do próprio paciente, colocando-se em seu lugar (CHENIAUX JÚNIOR, 2015), despindo-se de sua posição de médico, já que é uma relação de duas pessoas primeiramente, como se abordou nos capítulos 6 e 7.

“Deve-se *manter*, portanto, como significado da expressão “*fenômeno*” o que se revela, o *que se mostra em si mesmo*.” (HEIDEGGER, 2009b, p.67). “A fenomenologia descreve experiências psicológicas subjetivas, e seu objeto é o que aparece na consciência; ela centra-se na vivência das coisas pelo sujeito, e não nas coisas em si.” (CHENIAUX JÚNIOR, 2015, p. 2).

Foi Karl Jaspers (1883-1969), filósofo alemão, que aplicou na investigação psiquiátrica o método fenomenológico, a partir de 1913, com a psicopatologia (CHENIAUX JÚNIOR, 2015), como se abordou no capítulo anterior e no subcapítulo 4.2.

A psicopatologia é uma descrição compreensiva, pois parte da intuição do psiquismo do outro, alcançada no interior do próprio psiquismo, como se o médico pudesse entrar na mente do paciente, despido de qualquer preconceito. Para tanto, baseia-se a partir da mente do entrevistador e sua experiência emocional e cognitiva (CHENIAUX JÚNIOR, 2015).

Na medida em que as vivências do paciente não podem ser tratadas como fenômenos físicos, o método da psicopatologia destaca-se em dados subjetivos. A partir do relato do paciente, faz-se uma comparação com as nossas vivências, e assim pode-se compreender a experiência subjetiva do paciente. O foco da psicopatologia são as experiências conscientes

descritas pelos próprios pacientes, não sendo possível de ser aplicada por uma mera observação objetiva (CHENIAUX JÚNIOR, 2015).

Nesse sentido, a psicopatologia não busca explicações em teorias, na medida em que é através da redução fenomenológica em que os fenômenos são colocados entre “parênteses” (*epoché*), de forma que as vivências descritas pelos pacientes não tem qualquer preocupação com análises objetivas (CHENIAUX JÚNIOR, 2015).

Assim, é a partir da experiência de vida de cada paciente neuropsiquiátrico é que será possível o médico verificar se há a possibilidade dessa pessoa manifestar sua vontade com discernimento (cognoscibilidade), como um tratamento médico.

Conforme Breton-Diez e outros (2017), o médico é um colaborador necessário nesse processo, auxiliando a determinar a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Para tanto, é imprescindível que o profissional tenha formação específica e uma análise reflexiva diante de uma situação tão complexa. Daí a importância da redução fenomenológica, de se colocar no lugar do paciente, de forma a evitar que o paciente tenha uma medida restritiva equivocada, podendo prejudicar o seu autodesenvolvimento, inclusive direitos e bem-estar emocional, resultando em uma intervenção iatrogênica, uma medida médica que pode ser danosa ao paciente (BRETON-DIEZ *et al.*, 2017).

Suponha-se que, um indivíduo esquizofrênico, que apresenta comportamento agressivo diante de um efeito colateral de um medicamento, e, que o médico, sem levar em consideração que essa pessoa sempre teve um comportamento pacífico, recomende a internação desse indivíduo, ao não ouvir-lhe e não compreender seu histórico de vida.

Nesse sentido, a hermenêutica fenomenológica aplicada na psicologia revela ter papel fundamental, a partir da fala do paciente e da escuta do médico, de forma a trazer o significado da vontade desse indivíduo a partir da informação a ser prestada pelo profissional com a fala do paciente. Isso porque serão os registros da própria entrevista com o paciente que fundamentará a compreensão do caso clínico do paciente, não somente um registro simbólico, mas a interação do ocorrido, além da fala e a escuta, as expressões e olhares, e mesmo até o silêncio. “A hermenêutica da situação, apoiada na abertura da fala, fica também sujeita a todos os erros, a todos os perigos do falso testemunho.” (AUGRAS, 2004, p.82).

Nesse contexto, imperioso para que seja aplicado o método fenomenológico e a psicopatologia, que a linguagem se faça presente. “Por meio da linguagem, podemos abstrair e generalizar os elementos da realidade. A linguagem se exterioriza por meio da fala (e da escrita), a qual representa um fenômeno psicomotor.” (CHENIAUX JÚNIOR, 2015, p. 3).

Como ressalta Heidegger (2009a), o homem é ser-com, ou seja, está essencialmente relacionado com o outro, a linguagem é mais do que comunicação, é discurso, diálogo, e faz parte do ser com outro.

Sem a linguagem, não há comunicação, não há diálogo. E, a hermenêutica, o sentido e a interpretação que se faz daquela (linguagem), são essenciais na construção do entendimento.

8.1 Linguagem e hermenêutica

É na linguagem que se conhece o homem, na medida em que esta constitui o modo de estar no mundo (MEGALE, 2019).

E este modo de estar no mundo ao exercitar a linguagem, ao mesmo tempo é a forma de assimilação de mundo do ser humano, pois, sendo um ser limitado, não é capaz de aprender de forma adequada e imediata a realidade em que vive. Ao desenvolver suas capacidades sensoriais e espirituais, na linguagem o homem vivencia o mundo, assimila-o. “Esta expressão quer dizer que, através da linguagem, nas suas palavras e processos sintáticos, a realidade extra-lingüística é humanizada, é traduzida em uma forma de conscientização disponível ao homem, em mundo vivenciado. [...]” (WEISBERGER, 1977, p.143).

Com a fala atingimos o objetivo da linguagem, em alcançar o outro (MEGALE, 2019), na busca da compreensão, do entender e do desentender-se também.

Falar representa a emissão de sons para a escuta, por meio da atividade do órgão da língua. “É expressão e comunicação sonora de movimentos da alma humana” (HEIDEGGER, 2011, p.10), que se baseiam no pensamento, na medida em que a sua representação exterior a considera como expressão pelo recurso de uma interioridade (HEIDEGGER, 2011). Segue Heidegger (2009b) que a fala é linguagem, e se articula em significações, remetida ao próprio modo de ser-no-mundo, lançado e remetido a um “mundo”.

Isso significa que ao se exteriorizar na fala, que é linguagem, a pessoa cria a sua própria forma de se estar no mundo, de se expressar e ser compreendido ao “mundo”.

“De modo semelhante, a linguagem é sempre a morada do ser, onde ele se mostra. Ainda que o homem emudeça, ele é o ser que fala, é um ser para fora de si, dotado de um traço fundamental que envolve a compreensão para um ser que é um poder-ser-si-mesmo.” (MEGALE, 2019, p.28).

Essa ideia de Megale (2019), com base em Heidegger (2005), traz a conotação da linguagem como casa do ser, no sentido de que é com base na linguagem que o homem se entende, compreende a si mesmo e o outro, sente-se acolhido, compreendido.

Mas para ser compreendido pela fala, é preciso a escuta, pois ambas se complementam, articulação verbal e percepção acústica. Dentro da linguagem, em alguns momentos, a escuta pode ter até ter mais importância que a fala, pois o pressuposto da compreensão é o ouvir de forma clara, dar ao entendimento. “Saber ouvir”, “escutar direito”, “eu entendo”, “te compreendo”, são sinais de uma escuta atenta, mas que só se respalda pela fala do outro, pela língua.

Nesse sentido, pontua Heidegger que:

Somente pensando desse modo o nosso dizer, é possível alcançar uma definição suficiente do vigor de toda fala. Conhecemos a fala como a verbalização articulada do pensamento por meio dos órgãos da fala. Mas falar é ao mesmo tempo escutar. É hábito contrapor a fala e a escuta: um fala e o outro escuta. Mas a escuta não apenas acompanha e envolve a fala que tem lugar na conversa. A simultaneidade de fala e escuta diz muito mais. Falar é, por si mesmo, escutar. Falar é escutar a linguagem que falamos. O falar não é ao mesmo tempo, mas *antes* uma escuta. Essa escuta da linguagem precede da maneira mais insuspeitada todas as demais escutas possíveis. Não falamos simplesmente a linguagem. Falamos *a partir* da linguagem. O que é que nela escutamos? Escutamos a fala da linguagem. (HEIDEGGER, 2011, p.203).

A fala é comunicação, e esta infere na participação do ouvinte que se abre para o que se fala. Sendo assim, a fala articula a compreensão, para que seja possível a interpretação do enunciado (HEIDEGGER, 2009b).

Na caracterização da linguagem, sustentam-se três posições: 1ª) a fala é expressão, a ideia de um interior que se exterioriza, a expressão da linguagem provém do recurso de uma interioridade; 2ª) falar é uma atividade humana, o homem fala, e fala sempre uma língua; 3ª) a linguagem é uma expressão do homem, como apresentação do irreal e do real (HEIDEGGER, 2011).

Entende-se que todas estas posições se complementam, na medida em que a linguagem não deixa de ser uma expressão da atividade humana também com a apresentação do irreal ou real, pois nem tudo que se fala é verdade, seja com ou sem intenção, como um delírio, um sonho.

Daí a fala ser um processo criativo, com inúmeras palavras e regras gramaticais, a produzir diversas frases e sentidos. “A gramática constitui-se de regras de combinação tanto de fonemas para a formação de palavras (morfologia) quanto de palavras para a formação de frases (sintaxe).” (CHENIAUX JÚNIOR, 2015, p. 3).

E, sobre a palavra, essa tem sempre sua conotação enigmática, carecendo sempre de interpretação, nos livros, poemas, conversas, e mesmo no silêncio. “Mas é nela que o ser tem o que mostra, o que revela ou abre, mesmo quando nela tenta esconder. [...]. O homem descerra-se no discurso, sem exclusão do mal entendido que pretende ao desvelamento.” (MEGALE, 2019, p.57).

Nesse contexto, a palavra se imiscui ao sentido e ao sentimento, a vírgula, a exclamação, a interrogação, cada “pingo” de letra vai se enredando e (re) descobrindo a linguagem, o entendimento e a compreensão do ser que emana a palavra.

Contudo, a simples expressão gramatical pode não ter nenhuma intenção, somente pronúncias, dizer por dizer, sem saber o que diz, apenas pronunciando palavras, o que seria o caso de pessoas com transtornos mentais e demências severas, sem nenhum grau de discernimento. Aponta Megale (2007), que na consciência existe a intenção significativa ou signitiva, que seria aquela que contém somente a expressão verbal, e a intenção intuitiva, que seria o conteúdo, o sentido a ser dado. Ambas se complementam, pois, para que haja a expressão, a fala com sentido, é preciso que os atos estejam ao nível do pensamento intencionalmente presentes.

Corroborar Merleau-Ponty (1999) ao afirmar que o sentido das palavras é com base em estímulos e os estados de consciência, que se tratam de nomear junto à configuração sonora ou os dados cerebrais e psíquicos articulados pela palavra.

Segue Merleau-Ponty ao pontuar que a fala manifesta possibilidades interiores do sujeito, “o homem pode falar do mesmo modo que a lâmpada elétrica pode tornar-se incandescente.” (MERLEAU-PONTY, 1999, p.238). A fala é um ser de razão, pois é emanada de um ser proveniente de razão. Parafraçando a célebre frase de Sócrates, pode-se afirmar que, se “penso, logo existo”, penso, logo falo e me comunico, mesmo que seja por gestos.

Os gestos são compreendidos pelo ato do espectador. “Obtém-se a comunicação ou a compreensão dos gestos pela reciprocidade entre minhas intenções e os gestos do outro, entre meus gestos e intenções legíveis na conduta do outro. [...]” (MERLEAU-PONTY, 1999, p.251).

Daí a importância dos gestos na linguagem de sinais, como a LIBRAS (Língua Brasileira de Sinais), de forma que os deficientes com surdo-mudez possam se comunicar, o que não representa qualquer incapacidade jurídica, como reforça o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

Assim, destaca-se a relevância da linguagem e sua forma empregada, pois, nos dizeres de Megale (2013, p.17), “o sistema lingüístico é o que traduz o modo de excelência para o homem exercitar sua capacidade de expressão.”

E, essa capacidade de expressão, torna-se possível se ambas as pessoas tiverem dispostas a se entender, pois, ““dizer” e “querer dizer” não se identificam. O “querer dizer” jamais pode ser “dito” até o fim, mas deve ser pressuposto, isto é, deve ser compreendido.” (PANIKKAR, 1977, p.119).

Dessa forma, a interlocução depende do sujeito e da colaboração do outro, a linguagem é o eixo do nós, o diálogo formado, que se constrói na intimidade de cada ser na busca de um entendimento comum. Sem esse entendimento, o isolamento, na ausência de palavras e silêncio, o homem pode perder o seu próprio modo de ser (MEGALE, 2007).

Nesse sentido, papel de grande importância que o médico possui ao aclarar a visão de mundo do paciente deficiente ou com transtorno mental, no que tange à sua saúde, por meio da linguagem.

8.2 A linguagem na relação médico-paciente

É com base na escuta atenta que será possível adequar a linguagem de forma apropriada para o entendimento do paciente, principalmente para consentir um tratamento médico.

Deve, o médico, atentar-se a não somente às expressões da fala empregadas pelo paciente, como, também, buscar o compreender psicológico do ser humano, pois, não basta aquilo que é somente falado, mas o falante enquanto pessoa. O acolhimento das informações é um primeiro passo na compreensão do ser, que vai muito além de sua fala e manifestações linguísticas (BINSWANGER, 2013).

Assim, o médico e sua equipe devem se adaptar e adequar-se a cada patologia e seus graus, de acordo com o prognóstico de cada paciente, com o emprego de processo simbólico específico na comunicação (MORRIS, 1977).

A situação precária de hospitais e clínicas, especialmente de saúde pública, diante da falta de profissionais treinados que possam acolher adequadamente pessoas com transtornos e deficiências mentais, somente acarreta a manutenção da estigmatização desses indivíduos, diante de abusos e arbitrariedades que podem ser cometidos por esses profissionais.

Menciona Ayala (2017) os desafios éticos que enfrenta a esquizofrenia, na medida em que essa doença dificulta o desenvolvimento da relação do esquizofrênico e o mundo que lhe rodeia. Obstáculo a ser superado é romper o preconceito dessa doença e propiciar a compreensão e defesa desses pacientes enfermos, de forma que haja o equilíbrio entre o respeito e o desenvolvimento da autonomia com tratamentos adequados.

Nesse contexto, a participação do profissional médico com a linguagem a ser empregada, junto ao paciente com transtorno e deficiência mental, é primordial, posição defendida ao longo deste capítulo.

Como se abordou na seção anterior, a língua é o órgão de fala da pessoa, pelo que ela deve ser nacional e ser empregada pelo médico de forma oral ou escrita, evitando-se o uso de termos estrangeiros (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Ora, não faz sentido o médico falar mandarim se o paciente é brasileiro, se usar a forma oral, se o paciente é deficiente auditivo, escrever se é analfabeto.

Além disso, a linguagem há de ser o mais acessível, de forma a propiciar a compreensão ao paciente, vedando-se o uso de jargões técnicos. Conforme a Recomendação n. 1/2016 do CFM, a linguagem deve ser de fácil entendimento, sendo estritamente relacionada a fatos, circunstâncias e especificidades de cada caso, além de ser adequada à informação correta, suficiente, apta e capaz de atender aos esclarecimentos necessários e solicitados pelo paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Em primazia ao princípio da boa-fé, a comunicação, empregada ao paciente, tem que ser verdadeira e real, desprovida de subjetividades que possam acarretar medo e ou prejudicar a situação de vulnerabilidade do paciente, sobretudo, quando envolve pessoas com transtornos e deficiências mentais. Assim, a informação, mesmo que por omissão, não pode induzir o paciente a erros em razão da natureza, características, riscos e consequências do tratamento (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Nesse entendimento, afirmam Ribeiro e Leal que:

As pessoas não fazem curso sobre como consultar. Cabe ao médico o uso de linguagem adequada a cada um, certificando-se de que foi corretamente entendido. Da mesma maneira, deve-se certificar de que entendeu o que o paciente quis dizer. Embora falando o mesmo idioma, alguns grupos têm linguagem própria o que pode provocar importantes barreiras na comunicação. É necessário adaptar-se à linguagem do paciente, e o uso de linguagem técnica é inadequado à comunicação com ele, devendo ser evitado não só durante a história clínica, mas nas orientações que forem faladas ou escritas. (RIBEIRO; LEAL, 2014, p.5).

Essa necessidade de adaptação da linguagem, quando se tratam de pacientes com déficits cognitivos e neuropsiquiátricos, é essencial para a promoção da autonomia desses indivíduos. Diante das diversas patologias e deficiências que rodeiam esse universo das doenças mentais e neurocognitivas é que o médico deve estar atento, pois, a grande flexibilidade da produção da linguagem torna mais difícil distinguir o normal do patológico (DALGALARRONDO, 2008).

Suponhamos um paciente com certa psicose que compreende ser uma criança de nove anos de idade, ao se comunicar agirá como uma criança, mas pode ter cognoscibilidade para entender o que o médico lhe informa.

Assim, essa adaptação da linguagem do profissional para cada tipo de patologia e deficiência somente se efetiva se o paciente puder lhe ouvir e entender. É primordial que o enfermo tenha capacidade de escutar, de ter uma escuta compreensiva (HEIDEGGER, 2009b), o que só pode ser aferida pelo próprio médico e equipe multiprofissional, por meio da competência médica, da capacidade do paciente tomar decisões de questões afetas à sua saúde, termo já discutido no capítulo 6.

Dessa forma, somente com a possibilidade existencial de fala e escuta que haverá condições de ouvir. Não adianta escutar se não ouviu, se não compreendeu o que foi dito. “O escutar por aí é uma privação da compreensão que escuta. Fala e escuta fundam-se no compreender. O compreender não surge de muitas falas nem de muito escutar por aí. Somente quem já compreendeu é que poderá escutar.” (HEIDEGGER, 2009b, p.227).

Como se mostrará com a pesquisa de campo mais adiante, de que vale o médico solicitar o consentimento de um paciente com Alzheimer avançado se essa pessoa não o ouvirá, não será capaz de compreender todas as informações? Ao mesmo tempo, a perda da audição e ou a perda da habilidade linguística, chamada de afasia, distúrbio orgânico da linguagem, na ausência de incapacidade motora (do órgão fonador) para produzi-la, não impedem a comunicação (DALGALARRONDO, 2008). Um deficiente auditivo pode compreender a linguagem por meio de gestos, como os sinais, assim como o paciente que sofreu um acidente vascular cerebral (AVC) ou uma lesão neuronal no sistema nervoso central (SNC), ficando impedido de falar, mas poderá se comunicar pela escrita. Isso não representará comprometimento significativo do discernimento para manifestar a vontade, emitir o consentimento livre e esclarecido.

Cita-se como exemplo o filme “Escafandro e a borboleta”, que retrata a história de Jean Dominique Bauby, ex-editor da revista ELLE, que aos 43 anos sofreu AVC, deixando-o

em coma. Ao acordar do coma, Jean se deparou com uma rara paralisia (síndrome do encarceramento ou *locked-in syndrome*) que o impedia de se mexer, fazendo-se pensar que ainda estava em estado vegetativo, até que o piscar de olhos tornou-se a sua forma de comunicar: piscar uma vez queria dizer que sim, e piscar duas vezes queria dizer que não (MOUREIRA, 2013).

Ao longo do filme demonstra-se que Jean estava em pleno gozo de suas faculdades mentais, e que a única forma de se comunicar era piscar os olhos, não impedindo de manifestar sua vontade, ainda que por meio de sinais (O ESCAFANDRO..., 2007).

São exemplos como estes que demonstram como o preconceito e o estigma estão arraigados na sociedade, mesmo em relações que exigem mais cuidado e atenção, como entre médico e paciente. Novamente, retoma-se ao fato de que se deve suspender qualquer pré-concepção e argumento teórico, para que o fenômeno se mostre, que a coisa em si-mesmo revele-se.

Nesse sentido, aponta Binswanger (2013) que a percepção, sobretudo, por meio do olhar, não é suficiente para se compreender o fenômeno, pois, devem-se evitar todos os juízos que se referem ao nexos da percepção com o cérebro (pré-concepções).

Não adotar tal postura, o que por consequência remete a falta de conhecimento de novas formas de linguagem, pode até mesmo violar a própria dignidade de outrem, como em situações como estas, na qual Jean poderia estar fadado a ter sua autonomia suprimida até morrer, declarado como incapaz.

Outro exemplo é o filme “Uma lição de amor”, em que Sean Penn interpreta Sam Dawson, um homem com deficiência mental com idade mental de um garoto de sete anos. No decorrer do filme ele trava uma batalha judicial para ter a guarda de sua filha, quando ela ultrapassa a idade intelectual do pai (UMA LIÇÃO..., 2001).

O filme é uma lente do preconceito, pois traz a falsa ideia de que um “retardado mental” não tem condições de se cuidar, muito menos de sua própria filha. No entanto, de forma generosa, a trama desvela e retira a máscara do preconceito ao mostrar como a união e o amor entre pai e filha são capazes de nutrir o cuidado recíproco e o desenvolvimento da autonomia de ambos (UMA LIÇÃO..., 2001).

Repugna-se esse “mundo” onde a racionalidade mecanicista exclui a espontaneidade da vida afetiva, desse “mundo” que propicia um mundo esquizofrênico, como indaga Foucault (2008), no qual quem não se encaixa nos padrões dessa sociedade insensível e padronizada, é taxado de louco, quem vive no seu próprio mundo é esquizofrênico, sufocado por uma

multidão vazia de conteúdo e ávida por condenações e preconceitos desmedidos, em que ser diferente é estar “fora da fôrma”, precisa de tratamento.

Portanto, retoma-se ao ponto em que fala e escuta são primordiais na relação médico e paciente. Assim como a fala do médico para o processamento da informação pelo paciente é imprescindível no consentimento, a escuta do médico é tanto quanto importante. O relato do enfermo, obtido em uma entrevista clínica, e o conjunto das respostas a determinados estímulos formam a compreensão do caso e auxiliam na formulação do tratamento mais adequado, a partir de uma escolha construída para e pelo paciente, vedando-se o paternalismo médico, já criticado ao longo destes estudos. “Do ponto de vista fenomenológico, não se trata do registro simbólico de uma interação que se estabeleceu, mas, sim, representa um aspecto integrante de um encontro enquanto falado.” (AUGRAS, 2004, p.82).

Dessa forma, não basta uma análise descritiva a partir de conceitos e teorias, com o enquadramento do paciente naquele determinado quadro clínico, com base nos sintomas apresentados. A proposta da fenomenologia rechaça qualquer tipo de comparação e parametrização, sobretudo, do ser, ela busca a expressão da fala que o doente estimula, a sua linguagem, nas suas características, imanentes à vivência daquela pessoa, encontráveis nela mesma, o próprio fenômeno (BINSWANGER, 2013).

Para superar qualquer distorção de compreensão e interpretação⁷⁶, deve-se afastar o foco no observador, ou seja, no médico, e deslocar para o fenômeno, no próprio paciente, sua linguagem, impressões, manifestação de comportamento, entre outros.

Descreve Augras (2004), que na entrevista clínica o paciente fala, esquece, dissimula, distorce e até fantasia. Mas qualquer disfarce se torna revelador, na medida em que um caminho para se chegar à verdade se situa dentro da verdade e da não-verdade, dentro da ótica da hermenêutica do discurso, que é um meio de acesso às contradições de ser no mundo.

Isso muito se assemelha ao entendimento de Merleau-Ponty que se refere “à pré-compreensão para lembrar que compreendemos a fala de outrem porque a trazemos em nós mesmos, ou seja, a sua significação faz parte de nossa experiência. [...]” (MEGALE, 2013, p.19).

Significa que, se o médico misturar as suas pré-compreensões com a fala do paciente, muito dificilmente conseguirá extrair o verdadeiro sentido do que ele (paciente) traz em sua explanação. Repita-se, deve ser suspensos os preconceitos e as pré-compreensões, tendo-se

⁷⁶ Distingue Heidegger (2009b) que a interpretação se baseia na compreensão, porém, o inverso não segue a mesma lógica, pois interpretar são as diversas possibilidades elaboradas do que se compreendeu.

o cuidado para se adquirir o hábito de observar certas inconsistências da própria linguagem. É na linguagem que se vai descobrir a significação, auxiliando a conduzir ao desvelamento quando se consegue perseguir o sentido do discurso (MEGALE, 2013).

Do contrário, haverá uma crise de confiança, na medida em que a linguagem funciona como intermediário e termômetro nessa relação, necessitando ser decodificada por ambas as partes.

Como se verificará na pesquisa de campo, no capítulo 9, a linguagem, ao mesmo tempo em que pode aproximar as pessoas, também pode afastá-las. Como já se abordou nos capítulos 6 e 7, o paciente, por si só, já é considerado vulnerável, e quando se trata de pessoa com transtorno e deficiência mental o cuidado deve ser ainda maior, para que o médico traga o paciente junto a si, diante de um acolhimento e escuta amigável. Utilizar-se de forma mais séria e fria, afastando-se do paciente, com tom de voz mais imperativo, afastará e inibirá a participação do paciente. Assim, a língua ao mesmo tempo em que facilita a comunicação, pode ensejar a estranheza diante da fala, prejudicando a compreensão (MEGALE, 2013).

Dessa forma, no contexto atual, o paciente, mesmo que mais vulnerável, como o neuropsiquiátrico, não quer simplesmente manifestar concordância com o médico, pois, se tem certo grau de cognoscibilidade, deseja e tem o direito de saber e exprimir sua vontade. Deve-se afastar o discurso de autoridade e o paternalismo médico, como defendia Jaspers (1998), e propiciar a autonomia do paciente sempre que possível, como se propõe ao longo desta pesquisa.

Nesse sentido, a palavra é uma forma de autonomia e dignidade do paciente, é atitude, a fala revela o agir, eu quero, não quero, eu decido, eu desejo.

Contudo, é preciso que essa escolha ocorra de um agir pensante e consciente. De nada vale se as perguntas do médico forem simples repetições ou partirem de afirmações induzidas e pré-condicionadas, facilmente aplicadas em pacientes com debilidades mentais e cognitivas.

Perguntas como, você precisa ficar internado, tudo bem? Não é melhor ficar internado? A internação é a melhor opção, certo?

Nessa linha de entendimento, pontua Merleau-Ponty:

[...] É verdade que certos doentes, incapazes de agrupar as cores comparando-as a uma amostra dada, conseguem fazê-lo por intermédio da linguagem: eles nomeiam a cor do modelo e em seguida reúnem todas as amostras para as quais o mesmo nome convém, sem observar o modelo. É verdade também que as crianças anormais classificam juntas até cores diferentes, se lhes ensinaram a designá-las pelo mesmo nome. Mas justamente esses procedimentos são anormais; eles não exprimem a relação essencial entre a linguagem e o pensamento, mas a relação patológica ou

acidental entre um pensamento e uma linguagem igualmente cortados de seu sentido vivo. [...] (MERLEAU-PONTY, 1999, p.261).

Assim, deve-se partir do pressuposto de que a linguagem é uma manifestação reveladora do ser íntimo e do elo psíquico, que nos une a todos, e não pode ser instrumento e nem meio, pois, se assim for, não há discernimento, não há pensar, somente meras repetições de palavras (MERLEAU-PONTY, 1999).

Portanto, se o paciente com transtorno ou deficiência mental se expressar não havendo discernimento, a linguagem não tem o seu valor e sentido. Assim, é tarefa do médico compreender e verificar se a vontade manifestada por esse indivíduo é cognoscível, aferindo sua competência, de forma imparcial, junto ao método da redução fenomenológica.

Se o paciente não tiver discernimento suficiente para se autodeterminar, cabe ao médico propiciar a melhor forma para que o melhor a esse indivíduo se concretize, mesmo que essa vontade se dê em razão do auxílio de amigos próximos e familiares, na reconstrução dessa vontade, ou por diretivas antecipadas de vontade, como se abordou nos capítulos 3, 4, 5 e 6.

Destaca-se como exemplo o filme “Para sempre Alice”, em que a atriz Julianne Moore interpreta uma professora de linguística e é diagnosticada com Alzheimer precoce. Ao longo do filme, quando Alice vai desenvolvendo a doença, ela cria maneiras de sempre se lembrar, seja com anotações e com vídeos. A cada dia sua memória revive com essas anotações e vídeos (PARA SEMPRE..., 2014).

Nesse sentido, deve-se entender que autonomia e proteção se complementam e não são termos contraditórios. “A cada indivíduo deve ser dada a aptidão de exercer atos em consonância com as suas reais possibilidades. Realizar essa premissa é concretizar a sua proteção, tendo em consideração que a autonomia é sempre acompanhada da necessária responsabilidade.” (STANCIOLI; PEREIRA, 2016, p.112).

Por conseguinte, não adianta uma lei, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelecer que todas as pessoas com transtornos e deficiências mentais e intelectuais são capazes de exercer todos os atos da vida civil, se não terão responsabilidade perante seus atos, o que é uma clara incongruência.

Se o Direito é um instrumento dialógico capaz de possibilitar a efetivação de uma realidade social, que seja feito por uma densa discussão prática e empírica, sob o olhar dos próprios destinatários normativos, que são os deficientes. A (re) construção de processos linguísticos que comportam a democracia e a convivência plural em uma sociedade aberta não

pode ensejar a frustração e a autorrealização de um simples cumprimento de uma Convenção Internacional, sem deixar de lado o que é melhor para estes indivíduos em nome de uma suposta legitimidade (MOUREIRA, 2013).

Por isso, a importância da fenomenologia, sob o enfoque da psicopatologia, aplicada à linguagem na relação médico-paciente, no sentido de que o pesquisador apreende a partir da própria manifestação do ser, no caso, o paciente; e, do outro lado do objeto de pesquisa, ocorre o processo de investigação (BINSWANGER, 2013).

Explica melhor Binswanger da seguinte forma:

A partir da análise de um exemplo psicológico, do ato da percepção externa, é possível mostrar a peculiaridade do método fenomenológico da seguinte forma: o cientista natural decompõe a percepção externa nos processos abertos por ela da sensação, da associação e da lembrança e os coloca em conexão com teorias psicológicas, fisiológico-cerebrais e outras; o fenômeno decompõe a percepção nas características passíveis de serem apresentadas nela mesma, passíveis de serem encontradas em meio ao aprofundamento nela mesma. (BINSWANGER, 2013, p.135).

Por isso que a percepção do médico a partir do relato do paciente não pode sofrer interpretações próprias do que fora narrado, ao atribuir seus próprios sentidos à descrição dos fatos, do que ao dos pacientes. Esse desvirtuamento se basearia nos fenômenos do médico e não do paciente, perdendo-se a característica da redução fenomenológica. “Por isso, atuar nessa perspectiva é uma tarefa que requer atenção, reflexão e cuidado por parte do psicoterapeuta, pois é muito fácil ele abdicar do fenômeno do cliente e trabalhar com o seu próprio fenômeno, “como se fosse o do cliente”.” (CARDOSO, Cláudia, 2018, p.41).

Assim, uma compreensão *dasein* analítica infere ao médico a receber os novos processos de comunicação inseridos na linguagem própria de cada paciente, adequado à sua particularidade em razão de cada patologia ou deficiência, sem preconceitos e censuras, como uma espécie de transferência. Afinal, a análise do *Dasein* objetiva a aprender a ver o homem sem tendenciosidade, o mundo é aquilo partilhado com os outros, o *Dasein* é mundo-do-estar-junto (GONÇALVES, 2008).

“Tal aproximação não se faz possível senão pelo fato de que o homem são e o doente, o psiquiatra ou analista e seu paciente, partilham o mesmo mundo, mesmo que eles divirjam em sua maneira de se comunicar com ele.” (DASTUR; CABESTAN, 2015, p.179).

Isso significa que a partir da exteriorização da realidade histórico-social de cada paciente decorre o reconhecimento e a possibilidade normativa de sua personalidade (MOUREIRA, 2013), pois, conforme discutido no capítulo 5, a autonomia se constrói a partir

do diálogo, da interlocução junto a outrem, de se ver e se colocar diante do outro, trazendo a fala do paciente para a fala do médico, na mesma perspectiva.

Nesse entendimento, pontua Merleau-Ponty:

[...] Quando ouço, não é preciso dizer que tenho a percepção auditiva dos sons articulados, mas o discurso fala em mim; ele me interpreta e eu ressoo, ele me envolve e me habita a tal ponto que não sei mais o que é de mim e o que é dele. Nos dois casos, eu me projeto em outrem, o introduzo em mim, nossa conversação se parece com a luta dos dois atletas nas duas pontas da única corda. O eu que fala está instalado em seu corpo e em sua linguagem não como numa prisão, mas ao contrário, como num aparelho que o transporta magicamente na perspectiva de outrem. [...] (MERLEAU-PONTY, 1974, p.34).

Nesse sentido, a fala e a escuta, entre médico e paciente, são imprescindíveis para uma adequada decisão a ser tomada pelo paciente, num processo dialógico e compreensivo através da linguagem. Já dizia Heidegger que “a fala é a articulação da compreensibilidade. Por isso, a fala se acha à base de toda interpretação e enunciado. Chamamos de sentido o que pode ser articulado na interpretação e, por conseguinte, mais originariamente ainda já na fala. [...]” (HEIDEGGER, 2009b, p.223).

Para questões como estas, parte-se dos estudos de Ricoeur (1990), quem propõe uma dialética entre estrutura e evento. A estrutura seria as relações internas à linguagem, não se incluindo a fala, e já o evento seria “o momento em que alguém fala, implica a escolha de certas palavras e certos sentidos das palavras, o que provoca a exclusão de outras palavras e outros sentidos.” (FRANCO, 1995, p.45).

Assim, o evento nunca é o mesmo, pois a fala do paciente e suas palavras empregadas serão diferentes em diversos momentos, sejam em intervalos de lucidez ou não. Daí a preocupação que o médico deve ter na estrutura da linguagem de forma a identificar e avaliar cada evento, de forma a concluir se aquele paciente com transtorno ou deficiência mental tem consciência e discernimento da sua vontade, emanada naquele momento.

É na forma de empregar o discurso que o evento e o sentido se articulam juntos dando a compreensibilidade da linguagem, pois a cada evento há uma nova linguagem, iniciando-se um novo processo de compreensão (RICOEUR, 1990). Daí a importância de que quando se trata de patologias mentais, neurodegenerativas e deficiências mentais e intelectuais, deve haver sempre consultas periódicas, para que se verifique o nível de cognoscibilidade desse tipo de paciente, pois o discurso não será sempre o mesmo.

Aponta Ricoeur (1990) que no ato do discurso há uma hierarquia de atos subordinados distribuídos em três níveis: ao nível do ato locucionário ou proposicional relativo ao ato de

dizer; ao nível do ato ou da força ilocucionário que se refere àquilo que fazemos ao dizer; e ao nível do ato perlocucionário, referente àquilo que fazemos pelo ato de falar.

Assim, o conjunto desses três níveis representa a forma de se comunicar, o discurso a ser empregado para ser compreendido. Como se diz, o que se diz e como se expressa resultam na linguagem emanada pela pessoa.

Como observa Megale:

[...] É na linguagem propriamente que vamos descobrir a significação, pois essa tem um sentido teleológico, que ajuda a mostrar o que ela significa. Por isso, a linguagem ensina. Esse caráter da linguagem nos auxilia no exercício que conduz ao desvelamento quando perseguimos o sentido do discurso, escrito ou oral. Com efeito, o cuidado nos leva a bem definir o significado da fala quando adquirimos o hábito de observar certas inconsistências da própria linguagem. [...] (MEGALE, 2013, p.21).

E essas possíveis inconsistências da linguagem do sujeito falante, no caso o deficiente ou com transtorno mental, pode representar o que tais indivíduos não pensam no sentido daquilo que dizem, e, menos ainda eles podem representar as palavras que empregam (MERLEAU-PONTY, 1999), simplesmente reproduzindo o que ouvem. Conforme Merleu-Ponty:

[...] Ocorre que o vocabulário, a sintaxe, o corpo da linguagem parecem intactos, à exceção de que nela predominam as proposições principais. Mas o doente não se utiliza desses materiais do mesmo modo que o sujeito normal. Ele quase só fala se o questionam, ou, se ele mesmo toma a iniciativa de uma questão, são sempre questões estereotipadas, como as que todos os dias ele dirige aos seus filhos quando eles voltam da aula. Ele nunca usa a linguagem para exprimir uma situação apenas possível, e as proposições falsas (o céu é negro) não têm sentido para ele. Ele só pode falar se preparou suas frases. Não se pode dizer que nele a linguagem tenha se tornado automática, não há nenhum sinal de um enfraquecimento da inteligência geral e é por seu sentido que as palavras são organizadas. Mas esse sentido está como que imobilizado. [...] (MERLEAU-PONTY, 1999, p.265-266).

Nesse sentido, essas limitações devem ser sopesadas pelo médico, de forma a verificar (competência) que esse paciente pode ou não ter o discernimento necessário para emanar sua vontade (consentimento). Esclarece Heidegger (2009a) que estar doente se refere à imperfeição da essência humana, pois toda doença é uma perda de liberdade, da limitação da possibilidade de viver. Se essencialmente o homem é necessitado de ajuda, nas questões relativas às deficiências e debilidades neurocognitivas sua vulnerabilidade é ainda maior, como se abordou ao longo destes estudos.

Assim, a linguagem é o elo que une o paciente e o médico, na condição de duas pessoas, que juntas, encontrarão o melhor para o paciente, no respeito da sua vontade (autonomia privada), sempre que possível com o discernimento. Ao reconhecer a diferença do outro, o médico deve esforçar-se, capacitar-se, para responder seu interlocutor (paciente), se adaptar às diversas formas de linguagem para compreender a significação e a expressão do outro, pelo fenômeno apresentado, e não a partir de teorias e pré-concepções.

Nesse contexto, como se abordou ao longo desta pesquisa, a metodologia empregada vai para além de uma análise jusfilosófica, pois a fenomenologia só se faz presente com o outro, do olhar para o outro.

Assim, busca-se no capítulo a seguir apresentar a pesquisa de campo realizada no ambulatório de neurologia do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, de forma a verificar *in loco* se os pacientes neuropsiquiátricos possuem condições de emanarem consentimento livre e esclarecido e quais as abordagens do médico para que se efetive essa vontade.

9 PESQUISA DE CAMPO

Não basta discutir todo o conteúdo teórico-científico e filosófico se não se adentrar ao mundo dessas pessoas, para que sejam construídas leis efetivas que promovam a dignidade dos pacientes com transtornos mentais e deficiências mentais e intelectuais. O Direito é uma ciência viva, e, como ciência social aplicada, deve-se adentrar na realidade de cada um de seus destinatários normativos para a tutela de seus direitos.

Nesse compasso, a inquietude deste pesquisador ao estudar um tema tão sensível não seria suficiente uma pesquisa puramente teórica, afinal, o fenômeno como se apresenta, pode revelar muito mais do que centenas de páginas de livros.

Assim, nesse caminhar, buscou-se o auxílio da coorientação do Prof. Leonardo Cruz de Souza, um dos médicos responsáveis pela coordenação e preceptor dos residentes de neurologia do ambulatório de Neurologia Cognitiva e do Comportamento da UFMG, ambulatório Bias Fortes, anexo ao Hospital das Clínicas da UFMG.

Na medida em que o ambulatório atende pacientes com doenças degenerativas neurocognitivas, foi um dos locais escolhidos para a pesquisa de campo, para se verificar se é possível a emissão do consentimento dessas pessoas e se o médico emprega linguagem adequada, para propiciar a autonomia do enfermo.

Para se concretizar a pesquisa de campo foi percorrido um longo caminho até a aprovação pelo Comitê de Ética e Pesquisa (COEP) da UFMG.

Foram necessárias aprovações da Faculdade de Direito da UFMG, da Faculdade de Medicina da UFMG, a aprovação do coorientador pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG e à submissão do projeto de pesquisa ao COEP, por se tratar de pesquisa que envolve seres humanos, conforme diretrizes da UFMG, do Conselho Nacional de Saúde e da própria legislação vigente.

Com cerca de um ano de tramitação no COEP, enfim, em 27/08/2020, o projeto foi aprovado, conforme anexo-A, com seu início em outubro do mesmo ano, no ambulatório Bias Fortes.

Infelizmente, devido à pandemia da COVID-19 e à burocratização do processo, não foi possível, em tempo hábil, obter a aprovação do projeto para iniciar a pesquisa no Instituto Raul Soares/FHEMIG, hospital psiquiátrico, o que poderia enriquecer mais esta tese.

Não obstante, em meio a uma crise sanitária mundial, conseguiu-se fazer a pesquisa de campo no ambulatório Bias Fortes da Faculdade de Medicina da UFMG, cuja metodologia apresenta-se a seguir.

9.1 Método de pesquisa

Como instrumento de metodologia foi utilizada a abordagem qualitativa, procurando apreender a dimensão subjetiva através da valorização da comunicação entre os atores envolvidos, privilegiando-se a entrevista e a observação como técnicas de pesquisa.

A pesquisa realizou-se no município de Belo Horizonte, no Ambulatório de Neurologia Cognitiva e do Comportamento do Hospital das Clínicas da UFMG.

Com base em aplicação semelhante (MOLINER; LOPES, 2013), a coleta de dados foi efetuada por meio de duas técnicas: observação de campo e entrevista semiestruturada. Para participar da pesquisa, os sujeitos assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), conforme anexo-B, documento que garante a condução ética do estudo.

Dentre os objetivos da pesquisa, destacam-se:

- Guiar-se por perguntas aos médicos para identificar a forma de abordagem e linguagem empregada para os pacientes neuropsiquiátricos e deficientes mentais.
- Observar consultas médicas quanto à forma de acolhimento do médico junto ao paciente.
- Relacionar os resultados da pesquisa de campo com o entendimento da literatura médica e a competência médica dos doentes neuropsiquiátricos para emitirem consentimento.
- Identificar as variáveis dos resultados da pesquisa de campo, sobretudo quanto às formas e uso da linguagem do médico, para averiguar o exercício da autonomia dos doentes neuropsiquiátricos, junto a uma análise com base em autores da hermenêutica fenomenológica.

Participaram da pesquisa, pacientes diagnosticados com demência, acompanhados no ambulatório de Neurologia Cognitiva e do Comportamento da UFMG. Foram candidatos à participação na pesquisa, pacientes com demência, sem *a priori* etiológico, de tal modo que foram convidados pacientes com diferentes tipos de demência (Alzheimer, frontotemporal, vascular, etc). Pacientes com transtornos mentais (transtorno depressivo, transtorno afetivo bipolar, por exemplo), eventualmente acompanhados nesse ambulatório, também foram

convidados a participar. Os médicos residentes também foram convidados a participar. Ao todo, participaram onze pacientes.

Como critérios de exclusão foram pacientes, familiares e médicos que recusariam a participar da pesquisa, o que não ocorreu.

Não houve risco envolvido, a não ser o constrangimento na recusa, o que não aconteceu. A recusa em participar da pesquisa não implicaria qualquer prejuízo de relacionamento médico ou pessoal.

Na observação de cada consulta procurou-se orientar com os seguintes questionamentos para se verificar quais formas de abordagem o médico emprega na entrevista do paciente, desde a avaliação clínica até o oferecimento de alternativas de tratamento:

- 1) Qual a doença neuropsiquiátrica que o paciente apresenta?
- 2) A enfermidade acarreta dificuldades no exercício da autonomia do paciente?
- 3) Em caso afirmativo, de que forma?
- 4) O paciente possui discernimento? É capaz de fazer escolhas para tomada de decisões de sua própria saúde?
- 5) Qual tratamento é oferecido ao paciente? Ele é capaz de tomar decisões?
- 6) Em caso afirmativo, qual a forma de linguagem e abordagem empregada para a anuência do paciente? Há registro dessa manifestação de vontade?
- 7) Ocorre a participação de algum familiar ou acompanhante na manifestação da vontade do paciente?

Também foi elaborado um roteiro de observação de cada consulta de forma que este pesquisador pudesse coletar dados de maneira mais imparcial possível.

Assim, inicialmente, foi observada a entrada do paciente no consultório e como o médico o abordou, como, a linguagem empregada, o espaço físico, o tom de voz, se permite o acompanhamento de familiar ou representante.

Iniciada a consulta, foi verificado se o médico faz perguntas objetivas, com respostas como sim ou não, ou subjetivas, de forma que o paciente descreva ao que lhe fora indagado.

Durante a consulta, foi observada a forma de expressão, linguagem e comportamento do paciente.

Ao final da consulta, caso o médico indicasse alguma forma de tratamento, foi observado se o profissional utiliza forma clara e condizente com o estado de saúde ou deficiência mental/déficit cognitivo do paciente, para que esse, caso tenha discernimento necessário, pudesse emitir anuência livre e esclarecida.

Ao início de cada consulta foi solicitada a autorização do paciente e/ou acompanhante para este pesquisador assisti-la. Ao final, colheu-se as assinaturas do termo de consentimento para participar da pesquisa paciente e/ou acompanhante, além do médico, todos previamente esclarecidos acerca do objetivo da pesquisa. Afinal, a informação na pesquisa científica é elemento essencial para a validação dos dados coletados.

Os modelos dos termos de consentimento, que se encontram no anexo-B desta tese, passaram por revisões pelo COEP da UFMG e foram confeccionados quatro modelos: ANEXO I – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO AO MÉDICO, pois o profissional também foi objeto da pesquisa, para verificar a linguagem, informação e tratamento dado ao paciente; ANEXO II – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO AO PACIENTE COM DISCERNIMENTO, para o paciente que tinha comprometimento cognitivo leve e tivesse capacidade de se expressar sem o auxílio de terceiros; ANEXO III – TERMO DE ASSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO AO PACIENTE COM DISCERNIMENTO REDUZIDO, para o paciente que tivesse comprometimento moderado de suas funções cognitivas e precisasse de auxílio de terceiros, estando de acordo com Recomendação n. 1 de 2016 do CFM, objeto de estudos nos capítulos 6 em diante; e ANEXO IV – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE CURATELADO, para aquele paciente que tivesse comprometimento grave ou total de seu discernimento, não sendo possível emitir de forma clara a sua vontade ou sem qualquer possibilidade de se manifestar.

Dado curioso é que o COEP exigiu os termos II, III e IV de forma escalonada para o comprometimento cognitivo de cada paciente, porém, como se abordou nestes estudos, a Lei n. 13.146/2015 não estabelece essa progressão, e, conforme o art. 12, §1º da referida lei, já estudado ao longo desta tese, para a obtenção do consentimento da pessoa com deficiência curatelada, deve ser assegurada a sua participação no maior grau possível, pelo que, pode se inferir a interpretação dada por aquele Comitê para requerer tais termos.

De forma a preservar a intimidade de cada paciente foi estabelecida a garantia do sigilo médico, bem como a possibilidade de desistir da pesquisa a qualquer tempo, respeitando a liberdade dos envolvidos. Também se procurou preservar a identidade tanto do médico como do paciente na pesquisa, em não identificá-los, considerando a coleta de dados qualitativa e seu intuito não estar relacionado aos nomes de pessoas.

Estabeleceu-se que a participação na pesquisa não é remunerada e que o paciente e/ou seu representante legal autorizam o acesso dos pesquisadores ao prontuário, exames e demais

dados médicos, sendo sempre tratados de forma anônima, para preservar a intimidade dos envolvidos.

Os termos foram assinados em duas vias, uma em posse do paciente ou representante legal, e outra para arquivo da pesquisa; e duas vias também para o TCLE do médico, uma em posse do profissional, e outra para o arquivo desta pesquisa, como provas documentais de participação na pesquisa.

Apresentada a metodologia empregada na pesquisa, passa-se a seguir a discussão dos resultados de cada consulta.

9.2 Discussão dos resultados

Como fora indicado no item anterior, participaram da consulta onze pacientes, diante de quinze encontros, realizados no período de outubro de 2020 a março de 2021.

O ambulatório Bias Fortes, anexo à Faculdade de Medicina e ao Hospital das Clínicas da UFMG, possui o Ambulatório de Neurologia Cognitiva e do Comportamento, que nesse período funcionou inicialmente no 5º andar, depois passou para o 6º andar e, nesse fim da pesquisa, estava no 4º andar, diante de algumas manutenções no prédio.

O departamento tem como responsável principal o Prof. Dr. Paulo Caramelli, e, como auxiliares na coordenação, o Prof. Dr. Leonardo, coorientador deste trabalho, e o Dr. Mauro Cunningham, todos três preceptores dos residentes que se especializam na área de neurologia, com enfoque em doenças neurodegenerativas, como a doença de Alzheimer.

As consultas dos pacientes são gratuitas e têm o acompanhamento dos professores e residentes, que são direcionadas de acordo com a gravidade e a complexidade da doença.

As consultas geralmente são agendadas no andar, e, eventualmente pacientes que não têm horário são atendidos quando há horário vago ou quando a agenda permite, com a autorização dos professores.

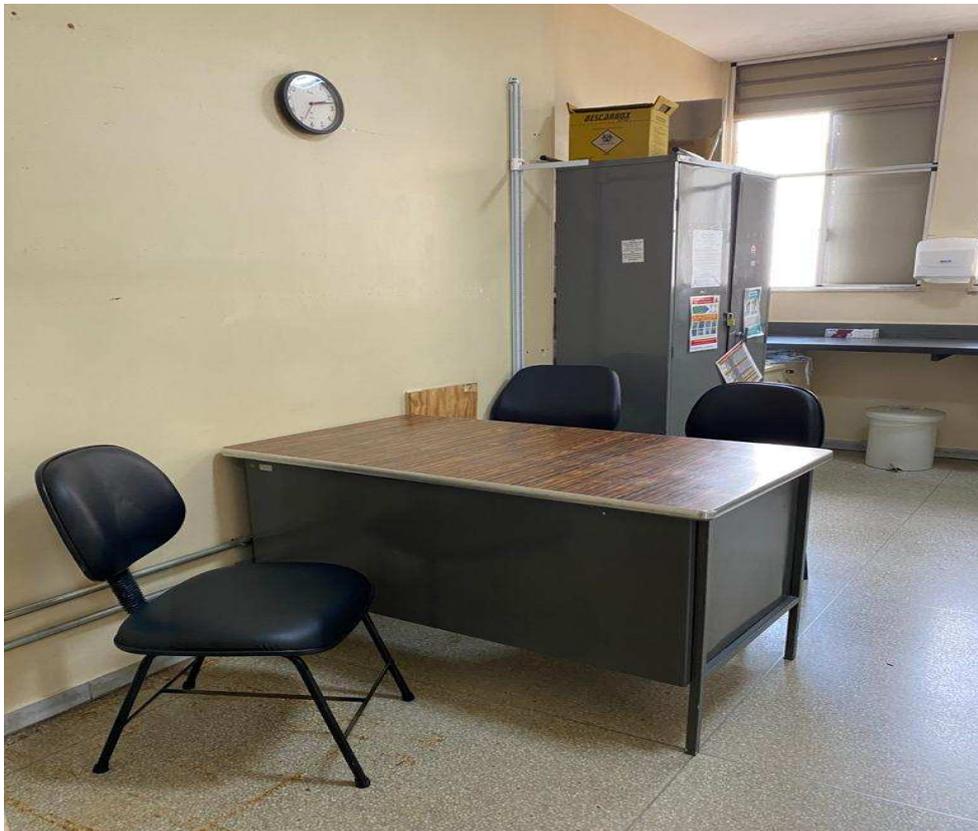
Os prontuários são previamente deixados na sala em que são realizadas as discussões de tratamento de cada paciente. Entre os residentes há uma espécie de classificação de acordo com o tempo de especialização, o que vincula também ao diagnóstico do paciente e o tipo de consulta a ser realizada.

Geralmente, pelo espaço físico disponibilizado, são realizadas três consultas ao mesmo tempo, que duram em média duas horas, se for primeiro atendimento, e uma hora, se for retorno.

O que chamou a atenção foi que as consultas médicas com pacientes que apresentam sintomas de demência, foco do ambulatório, possuem o tempo de duração bem maior que uma consulta médica convencional. São feitos vários testes (exame cognitivo, exame neurológico, entre outros) e perguntas aos pacientes e acompanhantes, de forma a identificar qual a patologia, sua gravidade, atividades que possui autonomia e nível de discernimento, para a indicação de tratamento adequado. Em razão disso, justificou-se a coleta de dados de onze consultas.

As consultas são realizadas em consultório relativamente amplo, com boa luminosidade, conforme figura 1 abaixo, com a exigência de, no mínimo, um acompanhante.

Figura 1 – Sala de Consultório



Fonte: Reproduzida pelo autor e coorientador

Há verificações se o paciente possui algum tipo de comorbidade e uso de medicamentos; adições, como alcoolismo ou uso de substâncias entorpecentes; avaliação do aspecto físico e emocional do paciente; se consegue realizar atividades do dia a dia; histórico familiar e/ou algum trauma. Todas essas variáveis podem interferir no diagnóstico, o que requer uma análise bem detalhada do paciente, como se abordou nos capítulos 4, 6, 7 e 8.

Após as avaliações feitas pelo médico residente, este elabora um resumo do caso para discussão com o professor preceptor, em outra sala, conforme figura 2.

Figura 2 – Sala de discussão e reunião de médicos residentes com preceptores



Fonte: Reproduzida pelo autor e coorientador

Definidos o diagnóstico, a evolução do quadro clínico e os medicamentos, o médico retorna à sala de consultório, informa ao paciente o resultado da discussão do caso e prescreve medicamentos, exames e/ou tratamentos, se for o caso. Após isso, encerra-se a consulta.

Para se evitar uma descrição genérica, o que contraria o enfoque fenomenológico desta pesquisa, passa-se a descrição de cada consulta, com base no fenômeno observado, relação médico-paciente e a possibilidade do paciente ter discernimento para emitir seu consentimento.

Cabe ressaltar que as conclusões em cada consulta sob o aspecto médico, jurídico e filosófico se referem às observações colhidas somente naquele momento, o que não inviabiliza a mudança de resultados em novos atendimentos, pois, como se pontuou ao

longo destes estudos, o consentimento informado é um processo na (re) construção da autonomia do paciente, na medida do seu discernimento.

* Consulta em 23/10/2020 – paciente C.M.S.D., acompanhada da filha

C.M.S.D. possui déficit cognitivo leve. Apresenta algumas comorbidades, como lúpus, AVC, infarto, transtorno de humor e depressão.

A consulta era de retorno, com queixa da paciente na piora dos sintomas com o uso dos medicamentos.

Após a autorização pela paciente e acompanhante, bem como do médico, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

Médico iniciou informando quadro clínico à paciente, quais medicamentos foram prescritos anteriormente e explica seus efeitos, o que é uma das queixas da paciente.

Médico fez perguntas associadas às atividades do dia a dia, como se alimenta sozinha (faz café, cozinha), e atividades básicas (faz compras, é capaz de dar troco, pegar ônibus sem se perder, necessidades básicas).

Após, médico realizou perguntas relacionadas ao diagnóstico psiquiátrico, como se tem vontade de se matar, tristeza persistente, alucinações e delírios.

Em todas as respostas, denotou-se clara melancolia da paciente, que respondia a todas as perguntas de forma clara.

Em seguida, médico aplicou um questionário funcional com teste cognitivo, que envolve memória, dicção e coordenação de ideias.

Ele pediu à paciente para lembrar locais, datas, repetir e soletrar palavras, cálculos simples, ler e escrever uma frase, dobrar e jogar um papel no chão e pegá-lo novamente com determinada mão.

Posteriormente, médico solicitou à paciente dizer o nome de animais possíveis em um minuto.

Depois, desenhar um relógio analógico com o horário daquele instante.

No final do teste, médico retomou para perguntas envolvendo comportamento e atividades básicas diárias, que são confirmadas pela acompanhante.

Paciente teve retorno positivo dos testes, o que, após, foi levado para discussão do médico junto ao preceptor, momento em que se entendeu que seu diagnóstico deve ser tratado na psiquiatria.

Foram discutidos prováveis medicamentos para melhorar os sintomas da depressão, sobretudo diante das comorbidades.

Ao final, o médico prescreveu o medicamento à paciente, questionando-a se tinha alguma dúvida e a orientou procurar um psiquiatra.

Sob o ponto de vista médico, portanto, a paciente possui discernimento de seus atos e, diante daquele momento, era capaz de exercer todos os atos da vida civil, o que se resvala na questão jurídica.

Cabe ressaltar que seu quadro clínico depressivo também tem como causa os efeitos colaterais dos medicamentos para tratar as comorbidades.

Sob o aspecto da fenomenologia, compreende-se que a sala de um consultório é muito mais que uma prescrição para o alívio da dor ou tristeza. Quando o médico pediu à paciente que escrevesse uma frase, ela escreveu: “HOJE VOCÊ VAI ME FAZER SENTIR MELHOR!”.

Observou-se seu estado de ansiedade, angústia, cabeça baixa e melancolia. O médico demonstrou acolhimento e tentou ser empático com a paciente. Como se enfatizou ao longo destes estudos, essa relação de duas pessoas, além de diálogo, requer zelo e que o paciente se sinta confortável e acolhido, com a escuta ativa do médico, como se verificou.

Nesse caso específico, identificou-se, portanto, que o quadro depressivo da paciente não a impedia de exercer seus atos civis, inclusive para consentir tratamentos médicos.

* Consulta em 13/11/2020 – paciente C.A.M., acompanhada da filha

Após a autorização pela paciente e acompanhante, bem como do médico, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

C.A.M. tem 79 anos, com transtorno psiquiátrico não definido, e apresenta, também, transtorno delirante persistente e transtorno de personalidade.

Possui comprometimento cognitivo e linguagem prejudicada.

Médico aplicou teste escala FAST, geralmente empregado para identificar o nível de comprometimento cognitivo de pacientes com demência.

Paciente no início do quadro clínico apresentava alucinações, inclusive severas, vendo pessoas e objetos que não existiam.

Possui comportamento agressivo.

Confundiu atividades diárias.

Não soube a própria idade.

Médico perguntou à paciente se faz uso de medicamento, e ela não conseguiu responder, o que fora respondido pela filha acompanhante.

No entanto, acompanhante descreve, que algumas atividades diárias, como alimentação e tomar banho, a paciente consegue fazer, porém, teria dificuldades para morar sozinha.

Com o uso da medicação, as alucinações e a agressividade diminuíram.

Paciente teve dificuldade espacial e de tempo, não conseguindo identificar onde estava e qual a hora do dia em que se passava a consulta, situação esclarecida pela acompanhante que disse que persiste há algum tempo.

Médico indagou à paciente sobre sua vida social e se algo a incomodava, e paciente respondeu com frases curtas, como “tá tudo bem”.

Sobre perguntas da vida diária paciente titubeou e não deu respostas precisas.

Ao fazer o teste cognitivo, não conseguiu memorizar, realizar operações matemáticas e não soube informar data, hora e local.

Médico fez avaliação psicomotora da paciente.

Depois de realizados os testes, médico retirou-se da sala para discussão com o preceptor e psiquiatra, este que naquele dia estava ajudando nos atendimentos.

Com base na interpretação dos relatos dos familiares, dos testes de linguagem e exercícios realizados, o psiquiatra e o preceptor concluíram que o quadro da paciente não é psiquiátrico, e sim neurológico, demencial.

Assim, foram prescritos novos medicamentos e solicitação de novos exames e tratamento.

Do ponto de vista médico, observou-se que a paciente não tem competência e discernimento suficiente para tratamentos de sua saúde. Assim, na questão jurídica, observa-se que o quadro demencial avançado da paciente comprometeu grande parte de suas funções cognitivas, o que a impediria, com base naquela consulta, de exercer atos patrimoniais e existenciais, como tratamentos médicos, na medida em que ela mal consegue fazer atividades básicas do dia a dia.

Sob o âmbito da filosofia fenomenológica do caso, o que deixou claro são as evidências e as impressões de consultas anteriores que desde o início diagnosticaram como um transtorno psiquiátrico, quando na verdade a paciente havia desenvolvendo um quadro demencial. Não só observou-se, como se discutiu com os professores e médicos do caso como

um diagnóstico anterior pode induzir a sua convicção em uma nova consulta, sobretudo com a massificação dos hospitais e clínicas com consultas em horários reduzidos e apertados, como se abordou no capítulo 6 em diante. Infelizmente, essa é uma prática comum de diagnóstico antecipado e pré-compreensões antes de compreender o paciente. Felizmente, nesse caso, conseguiu-se reverter essa conduta que afasta da *epoché* de Husserl e conseguiu-se dar um diagnóstico e tratamento adequado à paciente.

* Consulta em 20/11/2020 – paciente I.S.F., acompanhada da filha

Após a autorização pela acompanhante, bem como do médico, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

I.S.F. possui 86 anos, com diagnóstico de doença de Alzheimer avançada, não conseguindo manifestar vontade.

O motivo da consulta era retorno para avaliação do uso dos medicamentos prescritos na consulta anterior.

Filha relatou que a paciente teve piora com o uso da medicação, não reconhece praticamente ninguém e que de vez em quando lembra e chama pelo nome da filha.

O quadro demencial piorou com a morte do irmão da paciente.

Médico questionou se a paciente faz uso adequado da medicação, e filha informa que sim.

Paciente não tem condições de fazer sozinha atividades básicas do cotidiano, como alimentar e tomar banho. Faz uso de fralda geriátrica, pois não tem controle das necessidades fisiológicas.

Tem dificuldades de se alimentar, devido ao grau avançado do Alzheimer, para a deglutição. Faz uso de espessante na comida. Observou-se a paciente com quadro inicial de inanição, muito magra.

Médico propôs alimentação por sonda, diante desse aspecto de subnutrição da paciente, e filha mostrou-se um pouco resistente.

Médico tentou se comunicar com paciente e não lhe deu atenção, também devido ao comprometimento da audição.

Médico tentou fazer com que a paciente ficasse de pé, ela não conseguiu, razão pela qual se encontrava em cadeira de rodas.

Médico fez exames na paciente, e, ao fazer teste de estímulo, conseguiu com que ela apertasse-lhe a mão.

Verificou-se que ao longo da consulta o médico tentou se adequar à condição da paciente para tentar uma comunicação mínima possível, o que se demonstrou impossível, diante do quadro avançado da doença de Alzheimer.

Após a avaliação física, médico e preceptor discutiram o caso, prescrevendo-se novos medicamentos e tratamentos.

Médico repassou à acompanhante como deveria ser feito o uso da nova medicação, reforçando a necessidade de alimentação por sonda e o uso de espessante.

Ao final, ele perguntou se havia mais alguma dúvida à acompanhante.

Verificou-se, com base na consulta realizada, que a paciente não tinha competência e discernimento para qualquer ato patrimonial ou existencial, cabendo a curatela para todos os atos, a fim de resguardar seus direitos. Considerando a impossibilidade de emitir consentimento em tratamentos médicos, questionou-se a importância de uma diretiva antecipada de vontade, objeto de estudos ao longo desta tese, para que a vontade dessa paciente fosse resguardada, como a sonda para se alimentar. Mesmo a família, e, sobretudo, a filha cuidando da paciente, não se sabe até que ponto esse cuidado está sendo efetivo ou não, diante do aspecto de subnutrição da paciente. Outro ponto que chamou a atenção foi a filha afirmar que às vezes a paciente lembra e a chama pelo nome, sendo que a paciente mal murmurava. Foi discutido com o médico e o preceptor até que ponto o hospital, a clínica ou o médico podem intervir ao acionar o Ministério Público para tutelar a paciente, o que entra em uma linha bem tênue entre cuidado e maus tratos, na medida em que não se verificou sinais de violência na paciente.

Discute-se também o fim da vida, considerando que a paciente não tem mais qualidade de vida, mal consegue se alimentar, está em uma cadeira de rodas, tem o comprometimento, no mínimo, quase que total de suas capacidades cognitivas. Até que ponto seria um caso de eutanásia ou ortotanásia? No entanto, sem uma diretiva antecipada de vontade, esse suposto direito de morrer, ficaria a cargo de a família decidir, o que pode incorrer também na distanásia, em mantê-la viva a todo custo no decorrer do tempo.

Sob o viés da filosofia fenomenológica compreende-se o quanto cada ser é único, e situações como as observadas nessa consulta são rotineiras em ambientes hospitalares. O cuidado, o *dasein* é de suma importância para se compreender o outro e entender que não é um número ou uma CID que o representa, é uma pessoa que tem uma história de vida, e que

mesmo não conseguindo emitir sua vontade, precisa de amor e dignidade, como qualquer pessoa.

* Consulta em 27/11/2020 – paciente H.C.S., acompanhada pelo marido

Após a autorização pela paciente e acompanhante, bem como do médico, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

H.C.S. possui 53 anos, com quadro de epilepsia que perdura há oito anos, possui comportamento agressivo, sobretudo em razão de crises de perda de memória.

Médico iniciou atendimento indagando à paciente o motivo da consulta, e ela respondeu que tem perda de memória constante, o que gera crise de ansiedade e agressividade, pois não consegue se lembrar.

Médico fez perguntas acerca do comportamento da paciente, que respondeu de forma clara e não se evidenciou nenhum tipo de transtorno mental.

Paciente disse que conseguia realizar atividades básicas do dia a dia, o que foi confirmado pelo marido.

Paciente entregou exames ao médico, que explicou com linguagem apropriada à paciente como ocorre a crise convulsiva, que também pode ter reflexos nos lapsos de memória.

Médico então passou para a discussão do caso com o preceptor, os quais chegaram à conclusão, com base nos exames médicos, no comprometimento da cognição, causando a perda da memória.

Médico retornou à sala e prescreveu novos medicamentos, e indagou à paciente se já os utilizou.

Observou-se que a paciente, mesmo com os lapsos de perda de memória, possui competência para manifestar sua vontade em tratamentos médicos e discernimento para exercer todos os atos da vida civil.

Assim, do ponto de vista médico e jurídico, não caberia a curatela e nem a tomada de decisão apoiada, em razão do seu comprometimento cognitivo não comprometer seu discernimento.

No aspecto hermenêutico fenomenológico, observou-se a angústia da paciente no tratamento de seu sintoma, a inquietude em querer lembrar e não conseguir, a ponto de quebrar uma televisão em casa. Faz-se necessário buscar conhecer o mundo desse ser, o que

aquele sintoma representa na sua qualidade de vida. Assim, o esvaziamento de qualquer preconceito torna-se central para a compreensão do ser e suas angústias. Apesar de o médico ter sido atento e corresponder aos anseios da consulta, denotou-se certa objetividade no trato com a paciente, adentrando-se somente a questões descritivas e não ao sofrimento da paciente. Como se abordou ao longo desta pesquisa, faz-se necessária que a relação seja horizontalizada, onde duas pessoas dialogam e que o médico se aproxime do paciente, lance seu olhar para o outro.

* Consulta em 04/12/2020 – paciente V.R.R, acompanhado pela esposa e filho

Após a autorização pelos acompanhantes, bem como do médico, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

V.R.R. possui 72 anos, com demência rapidamente progressiva, uma espécie de síndrome em que ocorre rapidamente a degeneração do cérebro.

Paciente possui dificuldade de fala e não conseguiu lembrar idade.

Com o intervalo de cerca de seis meses parou de fazer atividades básicas do dia a dia, como alimentação, tomar banho e necessidade fisiológicas, fazendo uso de fralda geriátrica, atualmente.

Médico perguntou se faz uso de medicação e se possui outros problemas de saúde.

Acompanhantes informam que paciente tem alucinações.

Houve quadro de piora quando deixou de conseguir realizar atividades básicas do dia a dia, inclusive alimentação, em um curto período de tempo.

Paciente não respondeu de forma coerente, com dificuldade de fala e perda de memória.

Na discussão com preceptor, entendeu-se a necessidade de internação do paciente para identificar de forma precisa a causa da demência e medicamentos mais adequados.

Após, médico explicou a necessidade da internação e houve nova recusa dos familiares, que em consulta anterior também haviam recusado, quando o paciente tinha sido hospitalizado por problemas renais.

Médico ratificou a necessidade da internação para os exames necessários, e acompanhantes se recusaram em razão do risco de contaminação pela COVID-19.

Diante da recusa, médico prescreveu medicamentos para controlar a síndrome do paciente e perguntou aos acompanhantes se haviam dúvidas.

Sob o ponto de vista médico, o paciente não tem competência, e, no aspecto jurídico, ficou evidente que o paciente não tem discernimento para manifestar vontade para tratamentos médicos, nem sequer para atos patrimoniais e outros existenciais, cabendo, inclusive, a curatela, a qual estaria sendo providenciada, segundo o filho acompanhante.

Ressalta-se também a recusa dos familiares para o paciente não ser internado para realização de exames. Mesmo com o risco de contaminação pela COVID-19 seria razoável não buscar um tratamento efetivo de um quadro tão raro e agressivo, como a demência rapidamente progressiva? Partindo-se de uma análise hermenêutico fenomenológica, qual seria a vontade do paciente? Correr o risco de se contaminar de uma doença pandêmica, que pode ser tratada, e é reversível, mas pode ser fatal, ou viver sem qualidade de vida com uma doença que pode se tornar irreversível e nem saber mais quem é a própria pessoa? Questões polêmicas, mas que deságuam na vontade do indivíduo. Nesse aspecto, com aquela consulta, observou-se que o paciente estava agitado, andava por todo o consultório, não respondia ao ser questionado e balbuciava, sendo incompreendido. Mesmo o médico tentando qualquer tipo de comunicação, esta se restou infrutífera.

Dessa forma, compreende-se que a preocupação da família era muito mais em mantê-lo vivo, em razão do risco da contaminação da COVID-19, do que melhorar a sua qualidade de vida, para interná-lo por poucos dias para tratar a doença.

Assim, uma solução mais adequada ao caso seria a existência de uma diretiva antecipada de vontade ou a reconstrução biográfica da vontade do paciente. Afirma-se, a sua vontade. O que se buscou compreender diante de um caso tão raro e que pode ser irreversível, é que ainda assim seria mais razoável correr o risco, diante dos sinais e sintomas, e pelo próprio aspecto do paciente estar “esvaziando de si”, perdendo o seu eu para uma doença tão abrupta. Afinal, que qualidade de vida será existir sem ter a consciência de si. O olhar para o outro, e não ao que o outro me representa, mas sim como posso salvá-lo e permitir que possa tentar sê-lo quem era antes.

Após a consulta, o médico questionou a este pesquisador se o hospital poderia internar o paciente a força, porém, sem o risco de morte iminente e sem um mandado judicial não haveria qualquer legitimidade para o ato, ainda que em nome de um bem maior (saúde), ele (médico) poderia ser preso por constrangimento ilegal e cárcere privado. O que poderia ser feito é uma denúncia ao Ministério Público, que ainda assim poderia não surtir efeito em razão da justificativa da pandemia pela família.

* Consulta em 08/01/2021 – paciente L.A.F., acompanhado pela esposa

Após a autorização pelo paciente e acompanhante, bem como da médica, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

L.A.F., de 52 anos, acompanhado pela esposa, foi acometido por uma doença neurológica rara, chamada de encefalomielite disseminada aguda e encefalite límbica, que causa inflamação no cérebro, e acomete geralmente crianças.

No caso do paciente, o que chamou a atenção do ambulatório é que a doença se desenvolveu há pouco tempo, não sendo comum diagnóstico em adultos, já que o início dos sintomas ocorreu em 2011.

Com o tratamento adequado conseguiu-se controlar o desenvolvimento, porém, L.A.F. teve o comprometimento da audição, apatia, desorientação e dificuldade de locomoção. Também teve a cognição reduzida, com o raciocínio mais lento, dificuldade de resolver problemas complexos e perda de memória recente.

Com o tratamento seu quadro ficou estável. Consegue fazer atividades diárias do dia a dia, como alimentação, necessidades básicas e sair de casa sem necessitar de ajuda.

Médica se apresentou ao paciente tentando se adequar ao seu comprometimento auditivo, respeitando o distanciamento social para que o paciente pudesse fazer leitura labial. Ele não conseguia ouvir se não falasse em tom bastante alto. Não se conseguiu identificar se o paciente e a médica sabiam a linguagem de sinais.

Verificou-se que ao responder o questionado pela médica, paciente teve a linguagem um pouco comprometida, e, foi constatado pela profissional que não possui alucinações e nem comportamentos e sinais psicóticos.

Médica indagou sobre exames anteriores, histórico e medicação do paciente. Paciente aposentou por invalidez desde 2011 diante da doença.

Foram analisados exames de ressonância magnética.

Após respostas do paciente e acompanhante, médica fez teste cognitivo, com operações matemáticas, figuras, nome de animais em um minuto, bem como demais exames de avaliação física, diante da dificuldade de locomoção do paciente.

Médica verificou bons resultados do paciente no teste, o que atesta seu nível de independência e cognição, ainda que em alguns casos de disnomia (não lembra o nome do objeto, mas sabe descrevê-lo).

Após aplicação dos testes, médica retira-se da sala para discussão do caso com preceptor, que chegam à conclusão que o quadro do paciente realmente se estabilizou, havendo uma espécie de demência sequelar, em razão do início do desenvolvimento da doença.

Médica pergunta se paciente e acompanhante têm alguma dúvida, e são dispensados em seguida.

Do ponto de vista médico verificou-se que o paciente tem competência, e do ponto de vista jurídico, possui discernimento para consentir tratamentos médicos, não necessitando de nenhum instituto para auxiliar na sua vontade. Observou-se que, ainda que com o comprometimento da audição, ele compreendeu o que a médica lhe perguntou, ainda que por leitura labial. Ressalta-se que deficiência física não está relacionada à incapacidade civil, portanto, a pessoa com deficiência auditiva, visual e de linguagem, não é incapaz, como abordado ao longo destes estudos, a exemplo do caso de Jean Dominique Bauby, no subcapítulo 8.2.

Assim, no enfoque fenomenológico ressalta-se a importância do esvaziamento de preconceitos. L.A.F. adentrou-se no consultório com a esposa, mancando das duas pernas, a princípio, sem compreender ao que lhe era dito, devido ao uso de máscara para evitar o contágio pela COVID-19, quando na verdade entendia pela leitura labial, sabia escrever de forma clara (assinou o próprio nome e escreveu por extenso), e conseguiu ótimos resultados nos testes cognitivos. Nesse sentido, a simples aparência de um paciente em nada diz de sua real capacidade cognitiva. O seu comprometimento cognitivo leve fez compreender o quanto é capaz de se autodeterminar e que a limitação muitas vezes está no outro, que não consegue enxergar as inúmeras possibilidades que essas pessoas podem desenvolver. Basta um olhar atento, o ser com o outro, para assimilarmos o mundo de alguém que “nos convida” a ir além do que parece, e sim do que é, o fenômeno.

* Consulta em 15/01/2021 – paciente J.C.A., acompanhado pela esposa

Após a autorização pelo paciente e acompanhante, bem como do médico, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

J.C.A. tem 63 anos, diagnosticado com demência frontotemporal (DFT), além de ter diabetes como comorbidade. A DFT afeta os lobos frontais e temporais do cérebro, que tem, entre suas funções, a regulação do humor e do comportamento.

Profissão, encarregado de obra, e estava acompanhado da esposa.

Médico iniciou consulta questionando paciente acerca do uso de medicamentos de forma regular, e de bebida alcoólica.

Paciente tentou disfarçar, mas esposa confirmou adicção em bebida alcoólica e em jogos de azar.

Médico perguntou da qualidade do sono do paciente, bem como da sua alimentação e dieta, em razão da diabetes.

Médico resgatou histórico das consultas e medicação do paciente.

Médico fez perguntas ao paciente, como local, data, se acompanha noticiário na televisão, e se faz atividades do dia a dia.

Ao responder as perguntas, denotou-se discernimento do paciente.

A esposa em alguns momentos interferiu na conversa, em razão do comportamento agressivo do paciente e atitudes em casa, como a adicção em jogos de azar.

Após médico acalmar a acompanhante e evitar discussões no consultório, ele iniciou os testes cognitivos.

Paciente se declarou analfabeto e que somente sabe escrever seu próprio nome.

Médico aplicou teste de figuras e desenho de relógio.

Em razão do analfabetismo, médico aplicou teste com gestos e, após, teste de figuras de animais.

No decorrer dos testes, paciente apresentou comportamento tranquilo e bem-humorado.

Antes de discutir o caso com preceptor, médico indagou ao paciente se tem mais alguma coisa a acrescentar e esposa interferiu novamente desabafando problemas conjugais, e os comportamentos adictivos do paciente, como o alcoolismo e a adicção em jogos.

Médico novamente tentou tranquilizar acompanhante e paciente, que começavam a discutir no consultório, e passou a discussão do caso com o preceptor.

Na discussão do caso, o professor preceptor ao ser questionado por este pesquisador, informa que a DFT (demência frontotemporal) pode provocar comportamentos agressivos, manias e adicções, no caso do paciente, com jogos de azar. Além disso, é comum comportamento mais sexualizado, o que também poderia afetar, em razão de casos extraconjugais do paciente relatados pela esposa.

Após a discussão do caso, médico prescreve novos medicamentos, com a explicação das doses a serem administradas, e pergunta se tem mais dúvidas.

Médico encerra aconselhando paciente e esposa a se entenderem melhor e que deve haver também maior participação dos filhos nos cuidados com o paciente, e não somente sobrecarregar a esposa.

Com base no que pode ser compreendido na consulta, entende-se que o paciente possui competência para decidir sobre sua saúde, bem como possui autonomia para decidir sobre tratamentos médicos, além de atos existenciais, no ponto de vista jurídico. No entanto, sobre atos patrimoniais e negociais, diante do vício em jogos de azar e da dilapidação do patrimônio relatada pela acompanhante, poderia estar diante de um quadro de prodigalidade em razão da DFT, que, logicamente, deveria ser comprovado em um eventual processo de interdição. Dessa forma, a interdição parcial, com curatela para atos patrimoniais e negociais poderia ser adequada, como já prevê o Estatuto da Pessoa com Deficiência, mantendo-se a autonomia para quaisquer atos existenciais.

Do ponto de vista da hermenêutica fenomenológica, observou-se a preocupação do médico para além de um prontuário. Seu cuidado ao longo de toda a consulta, desde o fato de evitar um constrangimento pelo paciente ser analfabeto, e, sobretudo, lidar ali com um conflito familiar e discussões conjugais, demonstrou a paciência, o afeto, ao considerar a relação entre duas pessoas, também ao explicar em linguagem adequada a dosagem do medicamento. A condução da consulta e o olhar do médico para o paciente e não para a doença, ao rediscutir o caso, e trazer as questões pessoais do paciente para a conclusão do diagnóstico e medicamentos adequados, demonstrou o próximo do ideal da relação médico-paciente, como defendido nestes estudos, com o afastamento de preconceitos e pré-compreensões.

* Consulta em 22/01/2021 – paciente R.B., acompanhado pela esposa e filho

Após a autorização pelos acompanhantes, bem como da médica, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

R.B. possui 61 anos, com demência rapidamente progressiva, uma espécie de síndrome em que ocorre rapidamente a degeneração do cérebro.

A demência começou a se desenvolver há cerca de quatro anos, com rápido agravamento nos últimos seis meses. Na consulta, paciente demonstrou ter grave comprometimento do discernimento, não conseguindo emitir vontade.

Foi internado em 2017, para tratamento hormonal, em razão de câncer.

Médica revisou histórico do paciente e questionou medicação e exames.

No decorrer da consulta paciente andou pela sala do consultório, mesmo com dificuldade de locomoção. Em alguns momentos resmungou, mas não foi possível entender o que queria.

Paciente tem dificuldade para se alimentar.

Acompanhantes relataram bolhas na pele do paciente e um suposto caroço na coluna, que, na verdade, era um osso, constatado pela médica.

Médica tentou se comunicar com paciente, sem nenhum sucesso.

Paciente não consegue realizar nenhuma atividade diária, além de precisar de ajuda para se alimentar. Ele faz uso de fralda geriátrica, pois não tem controle das necessidades fisiológicas.

Paciente realiza atividades desconexas, não possui alteração de humor.

Acompanhantes relataram que já houve internação e sensação de perda da realidade do paciente, ficando estático. Durante o sono, ele tem palpitação.

Médica tentou novamente se comunicar com paciente, chamando-o pelo nome, gesticulando, e paciente não respondeu.

Médica realizou avaliação física do paciente.

Denotou-se que, ao explicar aos acompanhantes os sinais e comportamentos do paciente, ela utilizava linguagem mais técnica e não as explicava.

Médica questionou e reforçou auxílio dos acompanhantes no desenvolvimento diário do paciente.

Em seguida, passou para a discussão do caso com preceptor.

Após retornar, médica deixou porta do consultório aberta, e reforçou a melhoria do paciente para a locomoção e a alimentação, com o auxílio de fisioterapeuta e nutricionista.

Médica fez pedidos de novos exames e explicou que não há causa definida ainda da demência.

Por fim, prescreveu também a medicação.

Questionou-se aos acompanhantes se o paciente é curatelado, sendo informado que o processo de interdição está em andamento.

Pode-se entender que do ponto de vista médico, paciente não tem competência para emitir vontade para tratamentos médicos, e, no ponto de vista jurídico, não tem autonomia para exercer atos da vida civil, sejam existenciais ou patrimoniais, razão pela qual, inclusive, seu filho requereu a curatela. Com base na compreensão da consulta, no enfoque

fenomenológico, buscou-se isentar de preconceitos e pré-compreensões, e, ao visualizar o comportamento do paciente rodeando pela sala, sem qualquer critério lógico ao manusear objetos, comparou-se a uma criança de tenra idade que não tem qualquer limite e discernimento dos atos ali realizados. O cuidado e o suporte emocional aos familiares são de extrema importância para se manter um mínimo de qualidade de vida do paciente. A jovem médica demonstrou certo despreparo com a linguagem junto aos acompanhantes, ao usar termos científicos e não se preocupar mais com o afeto e o cuidado a estes. No entanto, observaram-se várias tentativas para se comunicar com o paciente de forma a alcançar o mundo desse ser, sem sucesso, em razão de sua grave limitação.

* Consulta em 29/01/2021 – paciente M.H.C.L., acompanhada da filha

Após a autorização pela acompanhante, bem como da médica, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

M.H.C.L. tem 65 anos, acompanhada pela filha.

Histórico clínico iniciou-se aos 58 anos, após depressão, em razão de câncer. Posteriormente, perdeu o filho e teve infarto. Antes da consulta não havia diagnóstico definido, com suspeita de doença de Alzheimer e problemas psiquiátricos.

No início da consulta, a filha acompanhante apresentou histórico clínico da paciente por escrito. Médica questionou medicação, sobretudo em razão da sonolência apresentada pela paciente durante a consulta.

Médica fez perguntas sobre o quadro clínico da paciente e sua evolução, bem como histórico familiar e a dosagem de medicamentos. Acompanhante confirmou histórico familiar de demência.

Paciente interrompeu conversa com acompanhante, questionando se este pesquisador havia almoçado.

Acompanhante relatou que desde 2015 agravou-se o comprometimento cognitivo da paciente, e desde 2020 acentuou-se a oralidade e a sexualidade, como colocar objetos no órgão genital.

Paciente não consegue realizar todas as atividades do cotidiano, como cozinhar, fazer compras, mas consegue se vestir e alimentar sozinha.

Paciente interrompeu consulta novamente e pediu à filha que fosse dado a este pesquisador uma nota de dois reais, que estava na sua bolsa. Depois, falou que era pouco e pediu para dar mais, com insistência.

Acompanhante relatou que paciente perdeu a noção de quantidade monetária.

Médica voltou a questionar histórico familiar e psiquiátrico da paciente, em razão dos traumas com o câncer e a perda do filho.

Médica tentou se comunicar com a paciente para fazer testes cognitivos.

Paciente conseguiu escrever o próprio nome, mas demonstrou apatia nos testes, evitando responder as perguntas. Após, médica fez exame físico da paciente.

Em seguida, médica passou para discussão do caso com preceptor. Médica relatou que a paciente é afásica (tem distúrbio na comunicação), tem apatia, disfunção executiva, comportamentos ritualísticos, desinibição e hiperoralidade, o que caracteriza a DFT. Assim, chegaram à conclusão que o diagnóstico da paciente é a DFT.

Foram prescritos novos medicamentos. Médica perguntou se há mais alguma dúvida e encaminhou a paciente para a terapeuta ocupacional e fonoaudióloga.

Do ponto de vista médico, observou-se que a paciente não tem competência para decidir sobre sua saúde. No que tange à questão jurídica, diante do comprometimento cognitivo moderado da paciente, a legitimidade da sua vontade para consentir tratamentos médicos seria um tanto questionada, pelo que, com base na consulta observada, a paciente não tem condições para exercer atos de natureza patrimonial e existencial, mas é capaz de fazer determinadas atividades diárias. Na perspectiva da fenomenologia, buscou-se descrever cada comportamento da paciente, como a sua preocupação com este pesquisador em ser alimentado e de receber dinheiro. Ao relatar esses comportamentos na discussão do caso, preceptor e médica esclareceram que é um dos sinais da DFT, como a impulsividade com gastos e a dilapidação do patrimônio, além da sexualidade, pois, ao dirigir-se a este pesquisador, elogiava a beleza e tentava acariciar. Observou-se que a médica tentou comunicar-se de forma adequada com a paciente, mas a apatia e a desconcentração desta prejudicaram a realização dos testes cognitivos. Pôde-se compreender a aflição da filha em tentar dar uma melhor qualidade de vida à mãe, o cuidado e a atenção para com o outro, e a tentativa de tutelar seus interesses, questionando, ao final da consulta, a este pesquisador, quais os procedimentos para a curatela da mãe.

* Consulta em 05/02/2021 – paciente D.P.C., acompanhada da filha

Após a autorização pela paciente e acompanhante, bem como da médica, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

D.P.C. tem 79 anos, acompanhada pela filha, com diagnóstico provável de doença de Alzheimer, com grau moderado.

Médica iniciou consulta com dados pessoais da paciente e medicação atual, além de forma de uso.

Médica leu prontuário na consulta.

O quadro clínico da paciente se iniciou há cerca de cinco anos com esquecimento e repetição de palavras.

Médica fez perguntas sobre o comportamento e a escolaridade da paciente, a qual respondeu que sabe ler e escrever.

Paciente tem dificuldade de dar sequência nas atividades.

Médica pediu exames e, ao interpretá-los, apontou lesões no cérebro vistas por diagnóstico de imagem, e explicou o uso do medicamento para evitar o agravamento da doença.

Paciente aparentemente possui discernimento, conseguindo entender as perguntas da médica e fazer conexões.

Paciente mora com irmão, inclusive mais velho.

Ela realiza atividades do dia a dia e tem boa qualidade de sono. Pratica atividades físicas e não tem alteração de humor.

Observou-se comprometimento moderado da memória, principalmente com a aplicação do teste cognitivo, o que levou este pesquisador a questionar a correlação entre memória e discernimento.

Paciente tem dificuldades com operações aritméticas, mas consegue falar coisas do cotidiano.

Depois dos testes cognitivos, médica fez exames físicos na paciente.

Após, iniciou-se a discussão do caso com preceptor. Durante a discussão trouxe o questionamento de memória e discernimento, e debateu-se o caso da paciente sobre o nível do comprometimento cognitivo. A médica achou que o comprometimento era moderado e este pesquisador e o preceptor entenderam que o comprometimento era leve, com base nos

exames, nos próprios relatos da paciente e resultados dos testes. Assim, chegou-se à conclusão que seria leve.

Médica retornou ao consultório, orientou a paciente a manter medicação atual e pediu para que continuasse com exercícios físicos.

No final da consulta, médica questionou se ainda haveria alguma dúvida e dispensou paciente e acompanhante.

Sob o ponto de vista médico, observou-se que a paciente possui competência para tomar decisões de sua saúde, mesmo com comprometimento cognitivo leve. Sob o aspecto jurídico, apesar de ter discernimento, porém, em razão da memória comprometida, seria importante uma tomada de decisão apoiada para a paciente poder exercer atos de natureza patrimonial e negocial, e, no que tange aos atos existenciais, como consentir tratamentos médicos, ela tem autonomia.

No âmbito filosófico, com base nas observações realizadas, isentas de preconceitos e teorias, pode-se entender que o falso diagnóstico da médica, ao entender que o grau de comprometimento da doença de Alzheimer era moderado, provavelmente estaria atrelado ao seu apego ao prontuário e não às respostas da própria paciente. Observou-se certo distanciamento da médica junto à paciente, esta que sempre se mostrava disposta e atenta, e, a médica, ao contrário, muito objetiva em seus testes, dando pouca atenção às expressões de D.P.C. Assim, ressalta-se novamente a importância do médico trazer o paciente para a relação, para o diálogo entre duas pessoas, de forma que o enfermo possa mostrar o seu mundo e o fenômeno se evidenciar. No entanto, a médica chegou a afirmar que a paciente poderia estar tentando disfarçar as respostas, ou seja, duvidando do discernimento dela, ao invés de buscar compreendê-la. A profissional preferiu ater-se de forma objetiva e metódica ao teste do que compreender o que aquele ser (paciente) poderia mostrar para além do prontuário.

Outro fato que despertou a atenção foi a paciente quando solicitada para escrever uma frase: “No começo da minha vida eu tinha muita alegria.” Compreende-se a angústia daquela pessoa que muitas vezes precisa de ser ouvida, e não somente visar ao tratamento de uma doença, como se criticou ao longo destes estudos.

* Consulta em 05/03/2021 – paciente C.A.C., acompanhada pela filha

Após a autorização pela paciente e acompanhante, bem como do médico, para assistir a consulta, iniciou-se o atendimento.

C.A.C. tem 67 anos, acompanhada pela filha, com diagnóstico de demência rapidamente progressiva, e quadro de epilepsia.

Médico iniciou consulta com perguntas acerca da medicação que a paciente estava fazendo uso.

Depois, ele fez perguntas de dados pessoais, além de humor e comportamento da paciente.

Paciente não consegue fazer atividades do dia a dia, com dependência de alguém para auxiliá-la. Apresenta memória variada, inconstante.

Paciente afirmou que precisa de ajuda para atividades rotineiras.

C.A.C. lembrou de algumas coisas quando questionada pelo médico, como familiares e questões religiosas, mas esqueceu a própria idade.

Acompanhante apresentou exames médicos, os quais o médico analisou, e, em seguida, ele realizou exame físico na paciente.

Após, iniciou-se a discussão do caso com preceptor.

O que chamou a atenção do caso foi que em pouco mais de um mês o quadro demencial se iniciou e acentuou de forma bastante rápida, final de 2018 para início de 2019.

Discutiu-se medicamento e optou-se pela manutenção dos atuais, com a prescrição de novas receitas.

Médico explicou as dosagens e encerrou a consulta indagando se haveria alguma dúvida.

Do ponto de vista médico e jurídico, observou-se que, a paciente, apesar de emitir vontade, não tem competência e autonomia para consentir tratamentos médicos.

A paciente apresentava no momento da consulta semblante sereno e tranquilo. Retoma-se à relação médico-paciente para se questionar o fato dessa relação ser horizontalizada e da procura da linguagem adequada do médico para com o paciente, o que não foi observado na consulta. Percebeu-se certa pressa e impaciência do médico na consulta.

Destaca-se o fato do médico antecipar o resultado da consulta e mal dar atenção à paciente, em não ter o cuidado de ouvi-la, para além de um roteiro de perguntas pré-estabelecido, permitindo que ela pudesse externar alguma angústia.

O cuidado, o ser-aí para com o outro e a tentativa de se isentar de qualquer pré-compreensão remonta o ideal de uma relação necessária para que se possa alcançar o mundo do paciente, o que foi negligenciado pelo médico, que se preocupou mais com os resultados de exames.

9.3 Para além do prontuário médico – a experiência fenomenológica da pesquisa

Face ao exposto, ante a descrição e a conclusão de cada consulta realizada na pesquisa de campo, torna-se crucial trazer as observações diante de um contexto geral.

Ponto relevante como crítica é o tempo e a qualidade de atendimento das consultas médicas.

Por se tratar de um hospital universitário e estar voltado também para o aprendizado dos médicos residentes, é uma realidade bem diferente de um hospital público de pronto socorro, unidade de pronto atendimento (UPA) ou hospitais e clínicas particulares, em que há precariedade no atendimento e tempo de consultas bastante reduzidos, como se pontuou no capítulo 6.

Foi possível verificar que a maioria dos médicos residentes buscou ter a paciência e a compreensão necessária para atender os pacientes, diante do tipo de consulta que requer uma anamnese mais completa, com o objetivo de um diagnóstico mais preciso, por envolver em grande parte o comprometimento cognitivo dos pacientes. Por outro lado, em algumas ocasiões havia reclamações de pacientes e acompanhantes pelo atraso das consultas. Nem sempre existiam residentes suficientes para atender a quantidade de consultas agendadas no horário marcado.

Entre escolher uma consulta com qualidade e haver atraso, é compreensível que o primeiro critério é o mais adequado, diante dos tipos de pacientes que são atendidos no ambulatório. Foi gratificante ter esse contato com profissionais tão dedicados e que se esforçam para garantir o melhor atendimento possível e acolhimento dos pacientes, uma realidade peculiar na qual o País vive, sobretudo, diante da grave crise sanitária com a pandemia da COVID-19.

O tempo da consulta ser mais demorado, como se descreveu, se deve não só à entrevista com o paciente e com o acompanhante, como também os testes de animais e figuras, e os testes cognitivos.

Outro exame comum é o teste de animais e figuras, o primeiro no qual o paciente tinha que falar o máximo possível de nomes de animais em um minuto; e, o segundo, identificar os nomes de cada objeto apresentado. Tais testes também auxiliam no diagnóstico da doença.

O teste cognitivo, chamado de mini-exame do estado mental, baseia-se em perguntas de orientação no tempo, orientação do espaço, registro, atenção e cálculo, memória e evocação (SANTA CATARINA, 2018), conforme figura 3 abaixo.

Figura 3 – Mini-exame do estado mental

Nome do Paciente: _____ Data da avaliação: _____

Escolaridade: () 0 a 4 anos de estudo () 5 ou mais anos de estudo
 *Ex.: levou 10 anos para concluir a 4ª série, considera-se escolaridade de 4 anos

ORIENTAÇÃO		
<ul style="list-style-type: none"> Qual é o (ano) (estação) (dias/semana) (dia/mês) e (mês) 	5	
<ul style="list-style-type: none"> Onde estamos (país) (estado) (cidade) (rua ou local!) (número ou andar²) 	5	
REGISTRO		
<ul style="list-style-type: none"> Dizer 3 palavra: PENTE RUA AZUL (pedir para prestar atenção, pois terá que repetir mais tarde. Pergunte pelas três palavras após tê-las nomeado. Repetir até 5 vezes, para que evoque corretamente e anotar número de vezes: _____) 	3	
ATENÇÃO E CÁLCULO		
<ul style="list-style-type: none"> Subtrair 100-7 (5 tentativas: 93 - 86 - 79 - 72 - 65) *Alternativo³: série de 7 dígitos (5 8 2 6 9 4 1) 	5	
EVOCAÇÃO		
<ul style="list-style-type: none"> Perguntar pelas 3 palavras (PENTE RUA AZUL) 	3	
LINGUAGEM		
<ul style="list-style-type: none"> Identificar lápis e relógio de pulso (sem estar no pulso) 	2	
<ul style="list-style-type: none"> Repetir: "Nem aqui, nem ali, nem lá" 	1	
<ul style="list-style-type: none"> Seguir o comando de três estágios: "Pegue o papel com a mão direita, dobre ao meio e ponha no chão". (Falar essa frase de forma inteira e apenas uma vez). 	3	
<ul style="list-style-type: none"> Ler ("só com os olhos") e executar: FECHER OS OLHOS 	1	
<ul style="list-style-type: none"> Escrever uma frase (um pensamento, ideia completa) 	1	
<ul style="list-style-type: none"> Copiar o desenho:  	1	
TOTAL:	30	
<p>¹Rua é usado para visitas domiciliares. Local para consultas no hospital ou instituição. ²Número é usado para visitas domiciliares. Andar para consultas no hospital ou outra instituição. ³Alternativo é usado quando o entrevistado erra JÁ na primeira tentativa, OU acerta na primeira e erra na segunda. SEMPRE que o alternativo for utilizado, o escore do item será aquele obtido com ele. Não importa se a pessoa refere ou não saber fazer cálculos - de qualquer forma se inicia o teste pedindo que faça subtração inicial. A ordem de evocação tem que ser exatamente a da apresentação! Obs.: na forma alternativa a pontuação máxima também é de 5 pontos. A ordem de evocação tem que ser exatamente a da apresentação.</p>		

Assinatura e carimbo do médico: _____

Para cada pergunta ou atividade executada há uma pontuação, e, ao final, o resultado era debatido com o professor preceptor, de forma a identificar o grau da demência diagnosticada com o tratamento mais adequado.

Questão que despertou a atenção foi a sistemática objetiva do teste, pois não conseguiu-se identificar, conforme figura 3 acima, se leva em consideração o estado emocional do paciente, como ansiedade, sonolência, agressividade, estado de humor, que poderiam comprometer o resultado do teste, ainda que houvesse uma certa consideração para mais ou para menos, como alegaram alguns médicos. No entanto, como se descreveu no subcapítulo 9.2, em algumas consultas denotou-se muito mais objetividade no atendimento do que acolhimento do paciente.

Assim, entende-se que a confiabilidade de tais testes não pode ser levada de forma tão criteriosa, sob pena de se ter um falso diagnóstico. Remete-se ao caso de D.P.C., consulta realizada em 05/02/2021. A médica tinha certeza que pelo resultado do teste a paciente tinha grau moderado de doença de Alzheimer, inclusive afirmando que ela estaria distorcendo as respostas, para não se comprometer, quando na verdade, não procurou compreender a paciente de forma adequada, o fenômeno a ser observado, e não procurou se isentar de pré-concepções. Somente com a ajuda do professor preceptor é que se verificou que seu comprometimento era leve.

Imagina-se um laudo dessa médica em um processo de curatela? Se partisse do pressuposto que a paciente teria grau moderado de Alzheimer, provavelmente os atos a serem restringidos pelo juiz poderiam ser maiores, prejudicando indevidamente o exercício da autonomia daquela pessoa.

Situações como estas devem ser revistas, de forma a evitar diagnósticos antecipados, cujo objetivo está na observação da doença e não do ser. O médico deve ser atento, ter o cuidado com o paciente, em promover uma escuta ativa e se adequar ao grau de discernimento e linguagem do paciente, como se pontuou ao longo destes estudos.

O diagnóstico do paciente não pode se resumir a um teste objetivo.

Outro exemplo foi o paciente L.A.F., em 08/01/2021, em que se observou a angústia e apreensão em responder o teste, o que muitas vezes atrapalhou nas respostas, mas conseguia-se compreender que não era isso que lhe causava qualquer comprometimento cognitivo. Ao contrário do caso anterior, a médica soube considerar isso na consulta e na avaliação do paciente, não remetendo a somente um teste objetivo a sua competência. O ser-aí com o outro

e o cuidado e a atenção para com o paciente propiciou para que o fenômeno fosse compreendido da forma mais adequada possível, isento de preconceitos.

Daí a importância também do relato do acompanhante, do que vivencia com o paciente, para que possa auxiliar no diagnóstico e tratamento mais adequado.

Relatos, como atividades básicas do dia a dia, o próprio uso de medicamentos, comorbidades e adições também ajudam na orientação do médico.

Retoma-se o caso de M.H.C.L, pois a paciente estava sonolenta durante a consulta, em razão de efeitos do medicamento, o que poderia ter comprometido nas respostas dos testes, já que ela nem sequer queria responder. Por outro lado, a questão de desfazer do próprio dinheiro, além de outros tipos de comportamentos, contribuiu para o diagnóstico mais preciso da DFT.

Assim, quando se trata de pessoas, há todo um arcabouço de variáveis possíveis para se chegar a um diagnóstico e tratamento mais adequados. Como se relatou no início do subcapítulo 9.2, o espaço físico, a temperatura e a luminosidade também interferem na consulta. Pelas figuras 1 e 2 observa-se que o espaço físico era adequado, mas, em algumas consultas, não era suficiente, pois o médico não se adequou à linguagem do paciente. Por outro lado, as consultas precisam ser periódicas e nunca terem a mesma impressão, pois cada momento é único e cada consulta remete a um fragmento da pessoa. Daí a importância da reavaliação periódica de três ou quatro meses, como alguns médicos solicitaram.

Como se pontuou ao longo destes estudos, o acompanhamento próximo e a compreensão da essência do fenômeno desvelam o mundo do paciente, a ser percorrido por várias consultas, para que se alcance o tratamento adequado e lhe dê qualidade de vida.

Ademais, as avaliações do aspecto físico e do aspecto emocional do paciente também são de extrema relevância na consulta. Questões como irritabilidade, apatia, melancolia, bom humor de forma exagerada podem representar fatores importantes na anamnese do paciente. Retoma-se ao caso de C.M.S.D., quem teve piora dos sintomas da depressão e do transtorno de humor, em razão dos efeitos colaterais do medicamento. Quando escreveu no teste, “HOJE VOCÊ VAI ME FAZER SENTIR MELHOR!” denota-se a ajuda que essas pessoas precisam, para além de uma prescrição de medicamento que lhe alivie a dor. No sentido oposto, pode-se identificar no caso de J.C.A., sua tentativa de se esconder no bom humor de forma exagerada, os sinais da DFT, como adições em jogos e sexualidade mais aflorada, que foram somente informados com o desabafo da esposa.

Portanto, o aspecto físico e o emocional do paciente devem ser compreendidos no seu todo, e não de forma estanque, como nas situações de L.A.F., em que, pelo comprometimento da audição da doença que o acometeu, e a dificuldade de locomoção, não impedem de exercer a sua autonomia; bem como o caso de H.C.S., que, pela agressividade, em razão da perda de memória, por causa da epilepsia, não a impede de exercer sua vontade.

E mais difícil e tormentoso quando se observa que o paciente não consegue expressar a vontade e está perdendo a consciência de si, como no caso da doença de Alzheimer avançada de I.S.F., ao ponto de mal conseguir deglutir o alimento. O carinho e o afeto diante de um caso como esse, em que a qualidade de vida já está comprometida, faz repensar os recursos jurídicos que poderiam existir, como uma diretiva antecipada de vontade, para que sua vontade não fosse relegada à decisão da família, a qual entendeu que o uso de sonda para se alimentar não era adequado. Situação polêmica também a de V.R.R., que, por apresentar um quadro sindrômico raro, como a demência rapidamente progressiva, precisava de internação para realizar exames e descobrir um tratamento mais adequado, que fora negado pela família, em razão de risco de contaminação no hospital pela COVID-19. Observa-se que, em casos como estes, há um interesse muito mais egoístico de querer o paciente vivo a todo custo do que tentar devolver um mínimo de qualidade de vida.

São situações difíceis, mas que requer que sejam colocadas entre parênteses as pré-concepções do que é melhor ou pior para o paciente, mas sim o que esse paciente realmente precisa para ter dignidade e sua vontade respeitada, no contexto da *epoché* de Husserl. A vontade do outro não importa, mas sim o que esse ser tem a dizer. Pelo pouco tempo nas consultas com pacientes que estavam com demência mais avançada, pôde-se perceber que, para a família, o tratamento dado é de um retorno a um estágio inicial de crianças de tenra idade, desprovidas de vontade, esquecendo-se que um dia eles tiveram discernimento e autonomia.

Assim, papel fundamental do médico de desconstruir essa falsa concepção de que o melhor para a família não pode ser o melhor para o paciente. Em um e outro caso, observou-se a tentativa dos médicos de explicarem melhor quais seriam as melhores alternativas de tratamento, porém, infelizmente sem sucesso.

Considerando que a maioria das consultas assistidas são pacientes que precisam de medicamentos para a melhora dos sintomas e/ou controle do quadro da doença, observou-se uma preocupação dos médicos para se evitar a medicalização de forma desproporcional, objetivando-se garantir uma qualidade de vida ao paciente, mas com a possibilidade de ter

controle de suas ações, quando havia certo grau de discernimento. Identificou-se que o recurso a exercícios físicos e psicoterapia também eram indicados aos pacientes, quando necessários.

Essa preocupação dos médicos, o ser aí com o outro, o cuidado e a atenção do tratamento mais adequado é o que proporcionará, em que medida, o paciente conseguir se autodeterminar e ser no mundo.

Destaca-se também, nessas conclusões finais da pesquisa de campo, a tentativa de verificar como o médico realiza seu raciocínio crítico para o diagnóstico do paciente. No contexto de um ambulatório universitário, não se ouviu a prevalência do conhecimento científico na construção do caso clínico.

Desde o momento da aplicação dos testes até a discussão do caso com os professores preceptores observou-se o tecnicismo, que, óbvio, é importante, mas, por outro lado, em alguns casos, predominou sobre o aspecto mais humano, no sentido de se entender mais a doença do que o paciente, como exemplo o caso de C.A.C., o qual o médico mal conversou com a paciente, e, pelo simples fato dele tê-la assistido na consulta anterior, mais se preocupou com a prescrição do medicamento. Também, no caso de R.B., em que a médica utilizou linguagem técnica durante a consulta, deixando de adequar a fala condizente à dos acompanhantes, que já estavam em uma situação de angústia com o desenvolvimento avançado da demência do paciente.

Questões como estas podem inclusive levar a um diagnóstico equivocado, como ocorreu com a paciente C.A.M., que até então vinha sendo diagnosticada com quadro psiquiátrico, e, na verdade, era neurológico. Os relatos das acompanhantes, bem como o comportamento e postura da paciente ao responder as perguntas é que levaram ao diagnóstico adequado. E isto só foi possível em razão do desapego do médico residente nos diagnósticos anteriores.

É exatamente essa busca de uma imparcialidade que ajuda na construção de um diagnóstico mais preciso do paciente, alinhado ao encontro do fenômeno e o desenvolvimento de um tratamento mais assertivo, com dignidade e respeito ao próximo, na interação entre duas pessoas, e não de um prontuário e o médico.

Em diversos momentos indagou-se aos médicos essa questão. A interferência do próprio prontuário, com percepções anteriores, resultados de exames antes de análise da neuroimagem, e o contato constante com um mesmo tipo de quadro clínico são variáveis que induzem a um diagnóstico antecipado. Além disso, como pontuou um dos professores

preceptores, até o humor do médico, ou caso esteja passando por algum problema familiar, ou de saúde, também interferem no diagnóstico do paciente.

É uma tarefa árdua procurar-se eximir-se de pré-concepções e sentimentos que podem interferir no diagnóstico do paciente, na busca da essência do fenômeno, com a *epoché* husserliana. Por isso, a defesa de Heidegger, de que a tradição do homem, a sua biografia, é inevitável.

Todavia, assim como o juiz deve buscar a decisão mais imparcial possível, também o médico deve se isentar o máximo de suas pré-concepções para buscar compreender o paciente e tudo o que lhe envolve, e não a doença. Daí a importância da linguagem, como se pontuou principalmente nos capítulos 6 em diante. O contato com o paciente pode muitas vezes explicar mais do que exames, como ocorreu no caso de C.A.M.

Corpo, doença e linguagem devem ser analisados em conjunto. A postura, o modo como o paciente se apresenta, o falar, o murmurar, o gesticular, e mesmo o não se expressar, contribuem de forma expressiva na construção do quadro clínico, junto aos sinais e sintomas da doença.

Como se pontuou nos capítulos 7 e 8, o fenômeno mostra-se por si mesmo, e, para que o médico possa inclusive interpretar os sinais e sintomas do paciente é necessária a redução fenomenológica, para que possa compreender o sujeito, pela fala, indo além do prontuário. Do contrário, poderá incorrer equívocos de diagnósticos antecipados, como nos casos de C.A.M. e D.P.C.

Por fim, como resultado final da pesquisa de campo, conclui-se que cada paciente é único, e não é possível tratar em uma mesma lei a capacidade civil dessas pessoas. Os díspares quadros clínicos observados, em apenas onze consultas, denotam que a Lei n.13.146/2015 não garante a autonomia das pessoas com transtornos e deficiências mentais.

Por mais que os médicos possam se esforçar para adequar a linguagem a cada paciente, de acordo com as suas limitações e vulnerabilidades, o que não ocorreu em todas as consultas assistidas, verificou-se que a efetividade do consentimento livre e esclarecido somente é possível desde que haja o discernimento, a cognoscibilidade do paciente.

Portanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não é efetivo, pois não são todos os pacientes com transtorno e deficiência mental que conseguem emitir consentimento. Face o exposto, propugna-se por uma lei que seja mais adequada à realidade desses indivíduos e que tutele efetivamente sua vontade, quando possível, além da dignidade da pessoa humana, como se sugere a seguir.

10 PROPOSTA LEGISLATIVA: REVISÃO DOS REGRAMENTOS LEGAIS DA CAPACIDADE DOS PACIENTES NEUROPSIQUIÁTRICOS PARA O CLE EM TRATAMENTOS MÉDICOS

Diante do que fora apresentado nestes estudos, demonstrou-se de forma evidente que a Lei n.13.146/2015 não tutelou os interesses das pessoas com transtornos e deficiências mentais. Nesse sentido, de forma a evitar a perpetuação dessa grave insegurança jurídica gerada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, propõe-se neste capítulo discutir caminhos para a construção de texto legislativo mais adequado à autonomia desses indivíduos.

Reforça-se que o fato de existir uma lei que se comprovou ineficiente, não significa que esta deve ser aplicada, mas de se buscar uma interpretação mais adequada à dignidade humana, em harmonia a uma leitura constitucional-civil, como se defendeu no capítulo 4.3.

Nesse compasso, importa rever a nova capacidade civil das pessoas com enfermidade e deficiência neurocognitiva, cuja restrição deve ser estabelecida na decisão judicial, como propõe Moureira (2013) e estabelece o Código Civil e Comercial argentino (2014), na medida em que somente no caso concreto é que será possível determinar quais as limitações que essas pessoas podem ou não ter para o exercício dos atos da vida civil.

Assim, como se pontuou ao longo destes estudos, não cabe a lei definir previamente quem é incapaz, pois além de se tratar de uma questão médica, o texto legislativo não consegue de forma precisa alcançar as especificidades de cada ser, a sua visão de mundo.

Conforme Almeida:

É preciso analisar o quadro a partir da própria pessoa e não por parâmetros ideais, abstratos e genéricos. O paradigma da funcionalidade e, em complemento, da incapacidade deve ser peculiar ao conceito de saúde até então definido pelo analisado. As expectativas e pretensões a serem consideradas para aferição da funcionalidade ou incapacidade subjetiva devem ser extraídas da personalidade do sujeito de direito humano em questão. As atividades e participações sociais cuja possibilidade de realização será apreciada devem ser aquelas que realmente estão abrangidas no cotidiano daquela pessoa. (ALMEIDA, 2011, p. 167).

Nesse sentido, fundamental que seja mantida a avaliação biopsicossocial como exige a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência⁷⁷, bem como a obrigatoriedade de uma equipe

⁷⁷ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

multidisciplinar como prevê o Código de Processo Civil de 2015⁷⁸. Cabe também frisar que o juiz não satisfeito por um laudo, ou, a critério das partes, pode haver a designação de uma segunda perícia médica, de forma que o laudo seja o mais completo possível, na medida em que possa, a partir da coparticipação do paciente, estabelecer os limites de sua autonomia da forma menos restritiva possível e de quais atos sejam possíveis de exercer ou não.

Nessa linha de entendimento, pontua Moureira:

O que se espera de um laudo apto a avaliar a viabilidade ou não da interdição é a apresentação de uma real necessidade da aplicabilidade daquele instituto ao caso concreto. Assim, para se permitir com que os sujeitos envolvidos no processo tenham conhecimento real e efetivo do desfecho conclusivo do laudo é preciso que os argumentos sejam limpidamente identificados, inclusive apresentando em quais situações a autonomia da pessoa possa ser por ela exercida. Além disso, o laudo deve apresentar alternativas para o exercício da autonomia, como por exemplo, possibilidades de reabilitação do estado de saúde atual da pessoa (terapias, medicamentos ou alternativas terapêuticas) que potencializam uma decisão autônoma. (MOUREIRA, 2013, p.234).

Assim, estabelecer qualquer critério de incapacidade absoluta ou relativa, que não seja o discernimento, prejudicará o exercício da autonomia do indivíduo.

Após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência foram apresentados alguns projetos de lei objetivando retornar ao anterior critério de discernimento previsto na redação original do Código Civil de 2002. Entre eles o PLS n.757/2015, de autoria dos senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim, o qual inclui as pessoas que não tiverem o discernimento para a prática dos atos da vida civil, como absolutamente incapazes, e os que tiverem o discernimento reduzido, como relativamente incapazes (VALADARES; PAIM, 2015).

Outros projetos de lei, como o PLS n.262/2017, do senador Romário, e o PL n.9234/2017, do deputado Célio Silveira, propõem a inclusão da própria pessoa a ser legitimada em requerer a sua interdição, bem como a obrigatoriedade do juiz ser assistido por uma equipe multidisciplinar em qualquer fase processual da interdição (ROMÁRIO, 2017) (SILVEIRA, 2017).

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (BRASIL, 2015).

⁷⁸ Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.

§ 1º A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar.

§ 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela. (BRASIL, 2015).

O projeto de lei mais atual, em consulta aos sítios eletrônicos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados Federais é o PL n.11.091/2018, de autoria do senador Eunício Oliveira, o qual altera o PLS n.757/2015. Referido projeto mantém a igualdade das pessoas com deficiência e transtornos mentais com as demais pessoas, prevista na atual Lei n.13.146/2015, e acrescenta o paciente como legitimado para requerer a curatela, além de descrever o processo de tomada de decisão apoiada, colocando-o como instrumento principal na tutela de tais indivíduos, deixando a curatela como instituto residual (OLIVEIRA, 2018).

Ocorre que essa alteração é mais uma vez uma importação equivocada dos institutos de apoio argentino e administração de apoio italiano, pois se refere somente a atos de natureza patrimonial e negocial, assim como a curatela, ou seja, corrobora com a desproteção dessas pessoas vulneráveis.

Assim, observa-se que, após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os projetos de lei apresentados continuam insuficientes e com avanços esparsos, o que demonstra que os legisladores não dialogam com a comunidade científica e nem com seus destinatários normativos, deixando ao critério do judiciário definir em inúmeras decisões imprecisas a vida dessa parcela minoritária e vulnerável da sociedade brasileira, como se abordou nos julgados apresentados nos capítulos 2.4 e 4.3.

Projeto de lei fundamental, no que se refere ao tema central destes estudos, o consentimento livre e esclarecido, é o PL n.5559/2016, de autoria dos deputados federais Pepe Vargas, Chico D' Angelo e Henrique Fontana, que dispõe sobre os direitos do paciente, proposta legislativa inédita que trata da tutela do paciente, assim como existe em outros países, como a Lei Geral de Saúde, na Espanha, tratada no capítulo 3.

Entre os principais pontos que merecem maior relevância é o direito ao consentimento livre e esclarecido, inclusive a sua revogação a qualquer tempo, o direito à informação médica, o direito a não saber, o direito à privacidade e a uma segunda opinião médica, além de prever o direito às diretivas antecipadas de vontade e à ortotanásia, o direito de morrer com dignidade com cuidados paliativos (VARGAS; D' ANGELO; FONTANA, 2016).

No que tange aos pacientes com transtornos e deficiências mentais, o PL proíbe qualquer tipo de discriminação e ressalta a importância da informação do médico ser dada de acordo com a acessibilidade do paciente (VARGAS; D' ANGELO; FONTANA, 2016), o que se ressaltou ao longo desta pesquisa, de forma que o profissional se adeque à limitação daquele paciente para que possa exercer sua autonomia privada, desde que haja cognoscibilidade.

Com base no que foi discutido ao longo destes estudos, entende-se que os modelos argentino e italiano são os mais próximos do que seria o ideal para a efetividade do consentimento das pessoas com transtornos e deficiências mentais. Assim, defende-se o instituto de apoio aplicado para todos os atos civis em que o paciente tenha o discernimento reduzido. Já a curatela, seria cabível para os casos em que não há o discernimento, mas sempre sobre o crivo de cada caso concreto, na medida em que se entende que é possível a coexistência do apoio com a curatela diante de cada situação a ser analisada.

Nesse sentido, apresenta-se a seguir, a seguinte proposição legislativa para se alterar o Código Civil de 2002:

Art. 1º: São pessoas sujeitas à restrição do exercício da capacidade civil:

a) a pessoa declarada incapaz por decisão judicial, cujo critério consiste na avaliação biopsicossocial realizada por equipe médica multidisciplinar comprovando o comprometimento do discernimento do interditando.

Art. 2º: A restrição ao exercício da capacidade jurídica rege-se pelas seguintes regras gerais:

a) as limitações de capacidade são de natureza excepcional e sempre impostas em benefício do indivíduo;

b) A intervenção do Estado é sempre interdisciplinar, tanto no tratamento, como no processo judicial;

c) a pessoa tem direito a receber informação por meios e tecnologias adequados ao seu entendimento;

d) a pessoa tem direito a participar no processo judicial com assistência jurídica, a qual deve ser prestada pelo Estado se não tiver meios;

e) Devem ser priorizadas as alternativas terapêuticas menos restritivas de direitos e liberdades.

Art. 3º: O juiz pode restringir a capacidade para certos atos de uma pessoa com deficiência e/ou transtorno mental, mediante o auxílio de uma equipe multidisciplinar.

I - Relativamente a estes atos, o juiz deve designar o (s) apoio (s) necessário (s) previsto (s) no artigo 13, especificando as funções com ajustamentos razoáveis em função das necessidades e circunstâncias da pessoa.

II - O (s) apoio (s) designado (s) deve (m) promover a autonomia e favorecer decisões que atendam às preferências da pessoa protegida.

III - Excepcionalmente, quando a pessoa estiver absolutamente impossibilitada de interagir com o seu meio e manifestar a sua vontade por qualquer meio ou formato adequado e o

sistema de apoio for ineficaz, o juiz pode declarar a incapacidade e nomear um curador.

Art. 4º: Pode requerer a declaração de incapacidade e limitação de capacidade:

- a) o interessado;
- b) o cônjuge não separado de fato e o companheiro;
- c) parentes até o quarto grau;
- d) Ministério Público.

Art. 5º: Medidas cautelares. Durante o processo, o juiz deve ordenar as medidas necessárias para garantir os direitos pessoais e patrimoniais da pessoa. Neste caso, a decisão deve determinar quais os atos que requerem a assistência de um ou mais apoios e quais a representação de um curador. O juiz também pode designar redes de apoio e pessoas para atuar com funções específicas dependendo do caso.

Art. 6º: Entrevista pessoal. O juiz durante o processo deve entrevistar pessoalmente o interessado antes de emitir qualquer decisão, garantindo a acessibilidade e os ajustamentos razoáveis do procedimento de acordo com a situação deste. Deverão estar presentes nas audiências o Ministério Público e, pelo menos, um advogado que assista o interessado.

Art. 7º: Intervenção do interessado no processo. Concorrência. A pessoa em cujo interesse o processo se desenrola é parte e pode fornecer todas as provas que apresentar em sua defesa.

Art. 8º: Sentença. A sentença deve ser pronunciada sobre os seguintes aspectos relativos à pessoa em cujo interesse o processo é seguido:

- a) diagnóstico e prognóstico;
- b) momento em que a situação se manifestou;
- c) recursos pessoais, familiares e sociais existentes;
- d) regime de protecção, assistência e promoção da maior autonomia possível.

Parágrafo único - Para ser emitida, a opinião de uma equipe interdisciplinar é elemento imprescindível, sob pena de nulidade da decisão, podendo o juiz pedir a opinião de mais de uma equipe interdisciplinar.

Art. 9º: Alcance da sentença. A sentença deve determinar a extensão e o alcance da restrição e especificar as funções e atos que são limitados, sejam eles de natureza existencial e/ou patrimonial, garantindo que o comprometimento da autonomia existencial seja o mínimo possível. Da mesma forma, deve designar uma ou mais pessoas de apoio ou curadores de acordo com o disposto no artigo 3º e indicar as condições de validade dos atos específicos sujeitos à restrição, indicando a pessoa ou pessoas envolvidas e a modalidade de seu desempenho.

Art. 10: Registro e efeitos da sentença. A sentença deve ser registrada no Registro de Pessoas Naturais.

I - Os atos mencionados na decisão só produzem efeitos contra terceiros a partir da data da inscrição no registro.

II - Assim que as restrições desaparecerem, o registro é imediatamente cancelado, após deferimento do juiz.

III - São nulos os atos que violem o disposto nas restrições indicadas na decisão após a sua inscrição no Registro das Pessoas Naturais.

IV - Os atos anteriores ao registro da sentença podem ser declarados nulos, se prejudicarem a pessoa com capacidade restringida, cumprindo qualquer um dos seguintes pontos:

- a) transtorno e/ou deficiência mental era evidente no momento da celebração do ato;
- b) quem o contratou era de má-fé;
- c) o ato é gratuito.

Art. 11: A revisão das restrições determinadas na decisão devem ser feitas pelo juiz no prazo máximo de três anos, com base em novos pareceres interdisciplinares e mediante audiência pessoal com o interessado.

I - Se a capacidade não for total, o juiz pode ampliar a lista de atos que a pessoa pode realizar por conta própria ou com auxílio de seu curador ou apoio.

Parágrafo único - Compete ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento efetivo da revisão judicial e instar, se for o caso, a que a mesma seja efetuada, se o juiz não a tiver feito no prazo estabelecido.

Art. 12: Internação. A admissão sem o consentimento de uma pessoa, restrita ou não em capacidade, só procede se forem cumpridos os cuidados previstos na legislação especial e nas regras gerais deste artigo, em particular:

- a) deve basear-se na avaliação de uma equipe interdisciplinar, que indique os motivos que o justificam e a ausência de alternativa eficaz menos restritiva da sua liberdade;
- b) só procede quando existe um risco certo e iminente de dano significativo à pessoa protegida ou a terceiros;
- c) é considerado um recurso terapêutico de caráter restritivo e pelo menor tempo possível;
- d) deve ser supervisionado periodicamente;
- e) o devido processo, o imediato controle judicial e o direito de defesa devem ser garantidos por meio de assistência jurídica;

f) a sentença que aprova a internação deve especificar a finalidade, a duração e a periodicidade da revisão.

Parágrafo único - Toda pessoa com transtorno e/ou deficiência mental, hospitalizada ou não, goza dos direitos fundamentais e de suas extensões.

Sistemas de apoio para o exercício de capacidade

Art. 13: Conceito. Função. Designação. Entende-se por apoio qualquer medida de natureza judicial que facilite a tomada de decisões por parte de quem dela necessita, a direção de sua pessoa, a gestão de seu patrimônio e a prática de atos jurídicos em geral.

I - As medidas de apoio têm como função promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a expressão da vontade da pessoa no exercício dos seus direitos, independente de serem atos de natureza existencial ou patrimonial.

II - O interessado pode propor ao juiz a nomeação de uma ou mais pessoas de sua confiança para prestar apoio. O juiz deve avaliar o escopo da nomeação e procurar proteger a pessoa de possíveis conflitos de interesse ou influência indevida. A decisão deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e deve ser registrada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Art. 14: A decisão de nomeação do apoio deve conter a indicação:

- a) os dados pessoais do beneficiário e do apoio;
- b) o mandato, que também pode ser indeterminado;
- c) o objeto da cessão e os atos que o apoio tem o poder de praticar em nome e por conta do beneficiário;
- d) os atos que o beneficiário só pode realizar com o auxílio do apoio;
- e) os limites, mesmo periódicos, das despesas que o apoio pode sustentar com a utilização dos valores à disposição do beneficiário ou que possa ter disponíveis;
- f) a periodicidade com que o apoio deve comunicar ao juiz a atividade desenvolvida e as condições de vida pessoal e social do beneficiário.

Parágrafo único - Se o mandato tiver duração determinada, o juiz pode prorrogá-lo por meio de decisão fundamentada, também proferida de ofício, antes do termo do prazo.

Art.15: A escolha do apoio é feita respeitando exclusivamente o cuidado e os interesses da pessoa do beneficiário. O apoio pode ser designado pelo próprio interessado, antecipando-se a sua eventual futura incapacidade, mediante escritura pública ou declaração de vontade autenticada. Na falta disso, ou, na presença de motivo grave, o juiz pode designar outro apoio

com decisão motivada. Na escolha, o juiz prefere, sempre que possível, o cônjuge não separado judicialmente, o companheiro, o pai, a mãe, o filho ou o irmão ou a irmã, o familiar até o quarto grau, ou pessoa que tenha comprovada convivência.

Parágrafo único - Os operadores de serviços públicos ou privados responsáveis ou a cargo do beneficiário não podem exercer as funções de apoio.

Art. 16: O beneficiário mantém a capacidade de agir por todos os atos que não requeiram a representação exclusiva ou a assistência necessária do apoio.

Parágrafo único - O beneficiário da medida de apoio pode, em qualquer caso, realizar as ações necessárias para atender às necessidades do seu dia a dia.

Art. 17: No desempenho de suas funções, o apoio deve levar em consideração as necessidades e aspirações do beneficiário.

I - O apoio deve informar prontamente ao beneficiário sobre os atos a praticar, bem como ao juiz, em caso de desacordo com o beneficiário. Em caso de conflito, de escolha ou de atos lesivos ou de negligência na prossecução do interesse ou na satisfação das necessidades ou pedidos do beneficiário, este, o Ministério Público ou os demais sujeitos a que se refere o artigo 15 podem recorrer ao juiz, que poderá adotar as medidas cabíveis mediante decisão motivada.

II - O apoio não é obrigado a continuar no exercício das suas funções, salvo nos casos em que esse cargo seja exercido pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos ascendentes ou descendentes.

Art. 18: Aplicam-se ao apoio, no que couber, as regras da curatela.

Art. 19: Os atos praticados pelo apoio em violação das disposições legais, ou que excedam o objeto da cessão ou os poderes que lhe são conferidos pelo juiz, podem ser anulados a pedido do apoio, do Ministério Público, do beneficiário ou de seus herdeiros e sucessores.

I - Os atos praticados pessoalmente pelo beneficiário em violação do disposto na lei ou na decisão que institui o apoio também podem ser cancelados a pedido do apoio, do beneficiário ou dos seus herdeiros e cessionários.

Parágrafo único - As ações relacionadas são prescritas em cinco anos. O prazo inicia-se a partir do momento em que cessa o estado de sujeição à medida de apoio.

Art. 20: Quando o beneficiário, o apoio, o Ministério Público ou qualquer dos sujeitos a que se refere o artigo 15, considerem que se encontram estabelecidas as condições para a cessação da medida de apoio ou para a substituição desta, devem requerer de forma fundamentada ao juiz.

I - O pedido é comunicado ao beneficiário e ao apoio.

II - O juiz procede, com a decisão motivada, tendo obtido as informações necessárias e providenciado os meios de investigação adequados.

III - O juiz também prevê, ainda que de ofício, a declaração de extinção da medida de apoio quando esta se revelar inadequada para a obtenção da proteção integral do beneficiário. Nesse caso, se entender que deve ser instaurada a interdição, ele informa o Ministério Público para que possa agir. Neste caso, a medida de apoio cessa com a nomeação do curador, ou com a declaração de interdição.

Art. 21: Consentimento informado para atos médicos e pesquisas em saúde. O consentimento informado para atos médicos e pesquisas em saúde é a declaração de vontade expressa pelo paciente, emitida após o recebimento de informações claras, precisas e adequadas sobre:

- a) seu estado de saúde;
- b) o procedimento proposto, especificando os objetivos perseguidos;
- c) os benefícios esperados do procedimento;
- d) riscos, inconveniências e efeitos adversos previsíveis;
- e) a especificação de procedimentos alternativos e seus riscos, benefícios e malefícios em relação ao procedimento proposto;
- f) as consequências previsíveis do não cumprimento do procedimento proposto ou das alternativas especificadas;
- g) em caso de sofrer doença irreversível e incurável, ou quando estiver em estado terminal, ou tiver sofrido lesões que o coloquem na mesma situação, tem direito de recusar procedimentos cirúrgicos, hidratação, alimentação, reanimação artificial ou retirada de medidas de suporte de vida, quando extraordinárias ou desproporcionais em relação às perspectivas de melhora, ou que produzam sofrimento desproporcional, ou tenham por único efeito o prolongamento dessa fase terminal irreversível e incurável no tempo;
- h) o direito de receber cuidados paliativos integrais no processo de cuidado de sua doença ou enfermidade.

I - Nenhuma pessoa com deficiência e/ou transtorno mental pode ser submetida a pesquisas em saúde sem o seu consentimento livre e esclarecido, o qual deve ser garantido o acesso ao apoio de que necessita.

§1º A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão. Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível.

§2º Em relação ao tamanho da letra, recomenda-se que seja pelo menos 12, e, com a finalidade de incentivar a leitura e a compreensão, que o termo seja escrito com espaços em branco ou alternativas para que o paciente possa, querendo, completá-los, ou assinalar as alternativas que incentivem a compreensão do documento. Depois de assinado pelo paciente, tais espaços em branco e/ou alternativas, quando não preenchidos, deverão ser invalidados.

II - Ninguém pode ser submetido a exames ou tratamentos clínicos ou cirúrgicos sem o seu consentimento livre e esclarecido, salvo disposição em contrário da lei.

III - Caso a pessoa esteja absolutamente impossibilitada de expressar sua vontade no momento do atendimento médico e não a tenha expressado antecipadamente, o consentimento pode ser concedido pelo representante legal, apoio, cônjuge, companheiro, parente ou amigo próximo que acompanha o paciente, desde que se encontre em situação de emergência com risco certo e iminente de graves prejuízos para a sua vida ou saúde. Na ausência de todos, o médico pode prescindir do consentimento se sua ação for urgente e destinada a evitar danos graves ao paciente.

Art. 22: A pessoa com deficiência e/ou transtorno mental 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. 23: O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência e/ou transtorno mental é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

§ 1º Em caso de pessoa com deficiência e/ou transtorno mental com discernimento reduzido, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

Art. 24: Diretivas médicas antecipadas. A pessoa plenamente capaz pode antecipar diretivas médicas e conferir mandato em relação à sua saúde e na antecipação de sua própria deficiência e/ou enfermidade. Também pode designar a pessoa ou pessoas que devem manifestar o consentimento para os atos médicos e para o exercício da curatela.

Parágrafo único - Esta declaração de vontade pode ser revogada livremente a qualquer momento e terá efeitos a partir da inscrição no Cartório de Registro de Pessoas Naturais, previamente ao estado que gerou a incapacitação.

11 CONCLUSÃO

A Lei n. 13.146/2015 alterou consideravelmente o regime das capacidades do Código Civil de 2002, ao propiciar a autonomia das pessoas com transtornos e deficiências mentais, com a “emancipação” de tais pessoas como capazes para todos os atos da vida civil.

Como defendido no capítulo 2, ao longo da construção e desenvolvimento do regime de capacidades, o Brasil passou por várias modificações na compreensão do louco, mentecapto, desassisado, desmemoriado, alienado mental, à concepção da pessoa com transtorno e deficiência mental. Mesmo assim, os critérios amoldadores de outrora, na quase configuração de “morte civil”, vigente até 2015 na redação original do Código Civil de 2002, não propiciou a mudança esperada da tão clamada revisão da teoria das incapacidades, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que mais gerou insegurança jurídica do que proteção, como se verificou com a análise de várias decisões dos tribunais estaduais brasileiros.

Com isso, observou-se que a simples mudança no texto legal não garantiu o exercício da autonomia privada desses indivíduos, que carecem agora de instrumentos que não violem a sua dignidade, tendo em vista que se trata um problema estrutural, de aplicação e elaboração normativa, além de uma cultura paternalista judicial.

Diante disso, procurou-se verificar como se implementou a Convenção de Nova York de 2006 em outros países. Portugal, com o regime inovador do maior acompanhado. Espanha, que pouco evoluiu em sua legislação e mais na interpretação da aplicação da curatela e tutela. Argentina, que se tornou modelo na América do Sul com critérios claros e inovadores com o sistema de apoio e a capacidade progressiva. Itália, que se antecipou, antes da Convenção de 2006, ao adotar em 2004 a administração de apoio, instituto que se tornou referência mundial, inclusive na criação da tomada de decisão apoiada no Brasil.

O que se pode concluir, ainda que com algumas similaridades com o Brasil, Argentina e Itália se adaptaram de forma mais adequada à Convenção de Nova York, ao permitir que a pessoa com transtorno e deficiência mental possa exercer sua autonomia quando houver discernimento, e, quando este reduzido ser assistida por apoio (s), no comprometimento leve a moderado, inclusive para atos existenciais, para, só então, em casos graves, ser curatelada. Seus regimes de capacidades são progressivos, e não no sistema “tudo ou nada”, como o Brasil era antes do EPD, o qual passou a restrição para somente atos patrimoniais e negociais, como se a pessoa com comprometimento grave ou total de sua cognoscibilidade somente tivesse seu patrimônio a ser protegido.

Em razão desse descompasso, entre a lei brasileira de inclusão das pessoas com deficiência e os seus destinatários normativos, foi essencial trazer no capítulo 4 a visão das outras ciências que este estudo exigiu, pela interdisciplinaridade envolvida ao tema desta tese, junto à Bioética e ao Biodireito, bem como seus princípios aplicáveis. Nesse sentido, com a visão da medicina destacou-se a evolução da loucura até o transtorno mental, de forma a desmitificar os preconceitos envolvidos e o que a prática médica pode oferecer para propiciar melhor qualidade de vida a essas pessoas, com o auxílio da psicologia, ciência primordial no tratamento das patologias e na compreensão do ser. Aliado a tais premissas, verificou-se que a aplicação do EPD está longe do que a medicina e a psicologia oferecem, de forma que é urgente maior interlocução entre o judiciário e as ciências médicas, sobretudo, do apego aos juízes a um único laudo médico e não na escuta e da interrelação entre médico e paciente.

Nesse contexto, o estudo da autonomia no capítulo 5 e sua evolução foram primordiais nestes estudos, com a concepção atual de autonomia privada, a qual envolve diálogo e capacidade de compreensão, na livre construção da personalidade. Mais adequado, portanto, a autonomia privada, de forma a ser observada desde que o indivíduo tenha o mínimo de discernimento para estar naquela relação jurídica, de forma a ter condições de se autodeterminar e interagir-se com o outro, sob pena de violar sua própria dignidade, inclusive na emissão de seu consentimento na relação médico-paciente.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou ao trazer a obrigatoriedade do consentimento prévio livre e esclarecido do paciente deficiente nos procedimentos hospitalares e tratamentos médicos. Para que seja válido, demonstrou-se a necessidade da informação, cognoscibilidade e ausência de vícios. Contudo, como se verificou nesta tese, para se legitimar a vontade real do paciente neuropsiquiátrico, é imprescindível o diálogo entre profissionais da saúde, legisladores, judiciário, os próprios pacientes e a sociedade.

Isso porque o Brasil é carente de treinamento médico para lidar com esse tipo de paciente, de promover a escuta e a forma de entendê-los, considerando a cultura paternalista instaurada de que o médico sempre sabe o que é melhor para o paciente, sobretudo, quando este tem o discernimento (cognoscibilidade) reduzido ou inconstante.

Diante da Lei n. 13.146/2015 é necessária uma adaptação geral, de forma que a competência do paciente aferida pelo médico seja procedimentada por critérios mais claros, para que a avaliação seja uniforme, sem deixar de lado o diálogo com o paciente e suas particularidades, sob pena desse direito tão consagrado ao consentimento prévio livre e esclarecido se tornar em mera falácia.

Assim, com apoio na hermenêutica fenomenológica, concluiu-se que o consentimento da pessoa com transtorno e deficiência mental somente poderá ser efetivo na medida em que tais indivíduos tiverem um mínimo de cognoscibilidade para manifestarem sua vontade, por meio de uma avaliação individualizada e personalizada para cada paciente, para que ele tenha o lugar de fala, e possa mostrar seu “mundo”, com a escuta do médico, isenta de qualquer pré-compreensão.

Assim, a capacidade dessas pessoas deve ser verificada em cada caso, por avaliação específica, pois, se estamos falando de pessoas, então nenhum caso será exatamente igual ao outro, ainda que se trate da mesma patologia, no sentido de que nenhum paciente se resume a uma CID ou a uma CIF, como se criticou nesses estudos, na premissa de que a sua biografia está para além de suas funcionalidades e enfermidades.

O enquadramento do paciente à doença não se coaduna com o pensar fenomenológico, na medida em que a pessoa é o centro, a sua essência, não os seus sinais, sintomas e limitações. O ser com o outro, o *dasein* de Heidegger, e a redução fenomenológica de Husserl, a *epoché*, mostraram-se como caminhos para a (des) construção da relação entre médico-paciente, bem como de que forma a linguagem pode auxiliar na efetividade do consentimento do paciente com transtorno ou deficiência mental.

Como se verificou com a pesquisa de campo, realizada no ambulatório Bias Fortes no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da UFMG, cada paciente é único, ainda que os diagnósticos sejam semelhantes. Eles se expressam de formas diferentes e revelam um mundo próprio de ser. Desde pacientes com discernimento pouco reduzido àqueles que nem conseguem se expressar, demonstrou-se *in loco* que o EPD deixou os pacientes neuropsiquiátricos mais desprotegidos.

Nesse sentido, a construção da teoria das capacidades não pode ser concretizada de forma rígida e dogmática, pois, a aplicação da lei no caso concreto jamais pode ser a mesma em todas as situações, na medida em que, como se demonstrou nesses estudos e na pesquisa de campo realizada, cada indivíduo tem suas limitações que não podem ser compreendidas de forma estanque. Assim, o médico deve se adaptar à linguagem de cada paciente, de forma a garantir que a autonomia privada (consentimento) seja efetiva, desde que seja possível, havendo cognoscibilidade.

Como se observou nas onze consultas assistidas, nem todos os médicos se adaptaram à deficiência do paciente, com apego a termos técnicos e ao prontuário médico, deixando de lado as impressões e a fala dos pacientes em alguns momentos, evidenciando-se suas

pressuposições e diagnósticos antecipados, o que prejudica não só a relação ali estabelecida entre médico e paciente, mas também o desenvolvimento da autonomia do indivíduo.

Para tanto, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é imprescindível que as clínicas e instituições hospitalares criem procedimentos mais adequados à realidade de cada paciente, junto aos conselhos de medicina e outras classes de profissionais da saúde, de forma a criar parâmetros mais claros como deve ser aferida a competência do paciente neuropsiquiátrico. Com isso, será possível obter um termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) advindo de um consentimento livre e esclarecido (CLE) efetivo.

Portanto, os critérios de capacidade precisam de um intenso diálogo entre legisladores, juízes, médicos, pacientes e sociedade, o que muito carece desse estado que se diz democrático de direito.

Não basta discutir todo o conteúdo teórico-científico e filosófico, se não se adentrar ao mundo dessas pessoas, para que sejam construídas leis efetivas que promovam a dignidade dos pacientes com transtornos mentais e deficiências mentais e intelectuais, pois o Direito é uma ciência viva, e como ciência social aplicada, deve-se adentrar na realidade de cada um de seus destinatários normativos para a tutela de seus direitos.

Como papel de pesquisador e cidadão, propugnou-se com estes estudos um incipiente projeto de lei para que possa trazer mais segurança jurídica e proteção às pessoas com transtorno e deficiência mental, com base nos elogiados sistemas da Argentina e Itália, com a esperança de que tão logo seja alterado o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Afinal, almeja-se que esse menino, tão cheio de vida e com esse sorriso que encanta a todos, fruto de inspiração desta tese, ao completar seus 18 anos, tenha a sua autonomia privada a ser exercida na medida de suas limitações, de forma a construir uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.17-59.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. **(In)capacidade dos esquizofrênicos**: um estudo sobre o exercício do direito à saúde. 2011. 201 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Cód. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMAYUELAS, Esther Arroyo. **El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad**. *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n.45, p.127-147, 2019. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/26973/28654>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais [recurso eletrônico] : DSM-5**; tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento ... et al.] ; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli ... [et al.]. – 5. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Artmed, 2014.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Geração, 2013.

ARGENTINA. Código Civil de La Nación. Ley n°. 340 de 29 de setembro de 1869. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 29 set.1869. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>> Acesso em: 08 jul. 2018.

ARGENTINA. Ley Nacional de Salud Mental. Ley n°. 26.657 de 25 de novembro de 2010. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 25 nov. 2010. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#6>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

ARGENTINA. Código Civil y Comercial de La Nación. Ley n°. 26.994 de 08 de outubro de 2014. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 08 out. 2014. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#6>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. Relator: Ricardo Luis Lorenzetti. Julgado em 06/06/2017. **CSJ 001872/2016/CS001**. Data da publicação: 06/06/2017. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7377992&cache=1599743650046>>. Acesso em: 10 set. 2020.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. Relator: Carlos Fernando Rosenkrantz. Julgado em 07/02/2019. **CIV 014040/2009/CS001**. Data da publicação:

07/02/2019.<<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7500851&cache=1599741947868>>. Acesso em: 10 set. 2020.

ARISTÓTELES. **Metafísica**: (livro I e livro II); *Ética a Nicomaco*; *Poética*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

AUGRAS, Monique. **O ser da compreensão**: fenomenologia da situação de psicodiagnóstico. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

AYALA, Manuel Pérez. Claves éticas en el tratamiento clínico-comunitario de personas con esquizofrenia. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 41 nov. 2017. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/17289/22327>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: João Augusto Alves De Oliveira Pinto. Julgado em 11/02/2015. **Apelação Cível 0000033-84.1997.8.05.0032**. Quarta Câmara Cível. Data da publicação: 11/02/2015. <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/9e739d7e-7903-31db-a5b2-d1ef04473be9>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios de Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara; BARRETTO, Vicente de Paulo. **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.49-81.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.205-234.

BASTOS, Antônio Francisco; PALHARES, Fortunato Badan; MONTEIRO, Antônio Carlos. **Medicina legal para não legistas**. São Paulo: Ed. Copola, 1998.

BASTOS, Paula Vilaça. **Por uma fenomenologia analítica no (e)laborar jurídico do meio ambiente**. 2017. 278 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BENTO, Luiz Antonio. **Bioética e pesquisa em seres humanos**. São Paulo: Paulinas, 2011.

BEVILACQUA, Clovis. **THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL**. 6.Ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1953.

BINSWANGER, Ludwig. **Sonho e existência**: escritos sobre fenomenologia e psicanálise. 1. ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed./rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 26, set. 2012. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 ago. 2019.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do testamento vital no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, v.15, n.77, p.95-120, abr. 2013a.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A informação: direito fundamental do consumidor na relação médico-paciente. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v.12, n.83, p. 9-33, maio 2013b.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Cirurgias plásticas estéticas - a obrigação de resultado sob a perspectiva do termo de consentimento. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n.386, ano XVII, p. 64-65, fev. 2013c.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Melhoramento humano no esporte: o Doping Genético** e suas implicações bioéticas e biojurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.283-305.

BOTEGA, Neury José. A entrevista psiquiátrica. In: LOUZÃ NETO, Mario Rodrigues; ELKIS, Hélio. **Psiquiatria básica**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. p.113-121.

BOTREL, Sérgio. Autonomia privada e extinção dos contratos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.349-379.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei n°. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei n°. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção á pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559.htm>. Acesso em: 01 Jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº. 10.216 de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 abr. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº. 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 01/10/2002. **REsp 436.827/SP**, Quarta Turma. Data da publicação: 18/11/2002. <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200200258595&dt_publicacao=18/11/2002>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Castro Filho. Julgado em 13/05/2005. **REsp 731.078/SP**, Terceira Turma. Data da publicação: 13/02/2006. <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200401646250&dt_publicacao=08/06/2010>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/11/2017. **REsp 1.694.984/MS**. Quarta Turma. Data da publicação: 01/02/2018. <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652420&num_registro=201700120810&data=20180201&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008. Data da publicação: 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso: em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n.54/DF**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/04/2012. Data da publicação: 30/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso: em: 15 ago. 2019.

BRETON-DIEZ, Natalia; LÓPEZ, Ana Isabel González; FERNANDEZ-RODRIGUEZ, María; GUERRA-MORA, Patricia. Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia?. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 39, p. 73-86, 2017. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BUCHANAN, Allen E.; BROCK, Dan W. **Decidir por otros**. Ética de la toma de decisiones subrogada. México: Fondo de Cultura Económica/Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.

CANTO, Y, Enríquez. Estatus personal en la discapacidad intelectual: considerando las capacidades cognitivas. **Revista Latinoamericana De Bioética**, 18(35-2), 226-241. 2018. Disponível em: <<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/3137/2900>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

CARDOSO, Cláudia Lins. Apontamentos sobre a utilização do método fenomenológico na psicoterapia. In: GIOVANETTI, José Paulo (Coord.). **FENOMENOLOGIA e psicologia clínica**. Belo Horizonte: Artesã, 2018a. p.33-52.

CARDOSO, Kelly. **A incompetência da pessoa com deficiência intelectual e mental face à tomada de decisões médicas**. 2018 164 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro**. 2013. 239 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: 1957. 2v

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CHENIAUX JÚNIOR, Elie. **Manual de psicopatologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

COIMBRA. Tribunal da Relação de Coimbra. Relator: Vítor Amaral. Julgado em 19/05/2020. **Apelação Cível 139/18.6T8VLF.C1**. 2.ª Secção do Tribunal da Relação de Coimbra. Data da publicação: 19/05/2020. Disponível em: <<<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/7915b06a3c2726048025858b0056c51d?OpenDocument>>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº 1/2016**. Brasília: CFM, 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.1.931/2009**. Brasília: CFM, 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.1.995/2012**. Brasília: CFM, 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 10 jun.2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.2.217/2018**. Brasília: CFM, 2018. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAUDE. **Resolução n. 466/2012**. Brasília: CNS, 2012. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

CORDEIRO, António Menezes. **Da situação jurídica do maior acompanhado**. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. [Em Linha]. Lisboa. Consult. Abril de 2018. Disponível em: <http://www.smp.pt/wpcontent/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

COSTA, Marta. **A desejável flexibilização da incapacidade das pessoas maiores de idade**. 2009. 103f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Provas complementares doutoramento em Ciências Jurídico-civilísticas, Coimbra.

COSTELL, Elvira Durán. A reflexão ética diante do avanço da biotecnologia. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Biotecnologia, direito e bioética**. Belo Horizonte: Del Rey e Puc Minas, 2002. p. 285-289.

CUNHA LANÇA, Hugo. A CAPACIDADE DE AGIR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: PROPOSTA HERMENÊUTICA DA NORMA POSTA RELATIVA AO MAIOR ACOMPANHADO. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 23, n. 9, p. 323-341, fev. 2020.

ISSN 2358-1352. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5321>>. Acesso em: 08 set. 2020.

DADALTO, Luciana; CARVALHO, Carla Vasconcelos . Em busca de um consenso jurídico acerca da limitação de hidratação e nutrição nos cuidados com fim da vida. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL**, v. 10, p. 28-43, 2016. Disponível em:

<<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/43> >. Acesso em: 13 jul. 2021.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Medicas, 2008.

DE MARCO, Patrícia Gazire. **Sequenciamento genético à luz do Direito: da digitalização da vida à identidade autêntica**. 2019. 256 f., enc Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Disponível em:

<<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/30504/1/TESE%20PATRICIA%20-%20VERS%c3%83O%20FINAL%2001-07.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

DEL RIO, Josefina Aventosa. Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**. nº 10, febrero 2019, pp. 224-281. Disponível em:

<<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/69653/6840421.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 set. 2020.

DI NUBILA, Heloisa Brunow Ventura; BUCHALLA, Cássia Maria. O papel das Classificações da OMS - CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 11, p. 324-335, 2008.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **O estado atual do Biodireito**. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 .ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, R. M. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPAÑA. Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. **Boletín Oficial del Estado**, Espanha, 24 jul.1989. Disponível em:

<<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> >. Acesso em: 08 jul. 2018.

ESPAÑA. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Boletín Oficial del Estado**, Espanha, 1 ago.2011. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-13241>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

ESPAÑA. Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Ley n.41/2002, de 14 de noviembre. **Boletín Oficial del Estado**, Espanha, 15 mai. 2003. Disponível em:

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>>. Acesso em: 18 set. 2020.

ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley n.1/2000, de 7 de enero. **Boletín Oficial del Estado**, Espanha, 7 jan.2000. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&b=930&tn=1&p=20031119#a757>>. Acesso em: 18 set. 2020.

ESPAÑA. Ley General de Sanidad. Ley n.14/1986, de 25 de abril. **Boletín Oficial del Estado**, Espanha, 29 abr.1986. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>>. Acesso em: 18 set. 2020.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e Autonomia Privada: Uma distinção necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II** : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.55-71.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 8. ed. ampl. e atual. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: volume 1** : parte geral e LINDB. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. La capacidad de las personas em el Nuevo Codigo Civil y Comercial. **Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**, Buenos Aires, Doctrina, 30 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-capacidad-de-las-personas-en-el-nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-FERNANDEZ.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. O princípio da autonomia privada e a função social da empresa. . In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades III** : princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 495-524.

FIÚZA, César; GAMA, André Couto e. Teoria Geral dos Direitos da Personalidade. In: FIUZA, César; GODINHO, Adriano Marteleto (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.109-128.

FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**. Lisboa: Edições texto & grafia, 2008.

FRANCO, Sergio de Gouvea. **Hermeneutica e psicanalise na obra de Paul Ricoeur**. São Paulo: Loyola, 1995.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Codigo civil: esboço**. Rio de Janeiro: MJNI, Serviço de Documentação, 1952.

GALÍCIA. Tribunal de Provincial de Galicia. Relator: Maria Del Pilar Dominguez Comesaña. Julgado em 11/06/2020. **Apelação Cível n. 120/2020**. Primeira Seção de Ourense. Data da publicação: 11/06/2020. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bf89161664ff2a05/20200803>>. Acesso em: 21 set. 2020.

GÁLVEZ, Hernan Gonzalo. La Capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial. **Diario DPI**, Buenos Aires, n.25, 27 abr. 2015. Disponível em: <<https://dpicuantico.com/2015/04/26/diario-civil-nro-25-27-04-2015/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

GHERSI, Carlos A. Sistemática de la capacidad en el Código Civil y Comercial. **La Ley**, Buenos Aires, Artículos de opinión, 14 set. 2017. Disponível em: <<http://thomsonreuterslatam.com/2017/09/sistemica-de-la-capacidad-en-el-codigo-civil-y-comercial/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

GIOVANETTI, José Paulo. Fenomenologia e prática clínica. In: GIOVANETTI, José Paulo (Coord.). **FENOMENOLOGIA e psicologia clínica**. Belo Horizonte: Artesã, 2018. p.11-32.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: direitos de personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 1 : parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 1 : parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Reidel. **Da ciência psicológica à psicologia fenomenológica e existencial**. Revisão. Belo Horizonte: Reidel Gonçalves, 2008.

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** - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 1, p. 1-23, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática** - Edição revista e atualizada. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. 2. ed. rev. São Paulo: Centauro, 2005.

HEIDEGGER, Martin. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DASEINSANALYSE. **Seminários de Zollikon : protocolos - diálogos - cartas**. Bragança Paulista, Sp: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis, RJ: Vozes, 2009a.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2009b.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: EDUSF, 2011.

HERMOSA, Pedro Botella. El procedimiento de modificación de la capacidad en España diez años después de la entrada en vigor de la Convención de la ONU sobre los derechos de las

personas con discapacidad. **Revista Pensar de Ciências Jurídicas**, 23, n.2. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7596/pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

HIRATA, Edson Shiguemi; CORDÁS, Táki Athanássios; SALZANO, Fábio Tápia; FERREIRA JR., Walter Cintra. Atendimento de alta complexidade em psiquiatria. In: GENTIL, Valentim.; GATTAZ, Wagner Farid.; MIGUEL, Euripedes Constantino. HOSPITAL DAS CLINICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Clínica psiquiátrica**. Barueri: Editora Manole, 2011. 2v. p.1882-1892.

HOSNI, D. O Conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. (Org.). **A Teoria das Incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. 1ed. Belo Horizonte: Editora D?Plácido, 2016, p. 35-64.

HOSNI, David Salim Santos. **Pessoalidade e identidade na doença de Alzheimer**: curatela e inclusão no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “in vitro”**: da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 2008.

ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 01 Out. 2020.

ITÁLIA. Legge n. 180, 13 maggio 1978. **Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori**. Disponível em: <<http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=36714>>. Acesso em: 17 out. 2020.

ITÁLIA. Legge 9 gennaio 2004, n. 6: Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali. Itália: **Gazzetta Ufficiale** n. 14 del 19 gennaio 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04006l.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 440**. Giudici: dott. Franco Bille, relatore. Itália, 9 dicembre 2005. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2005/0440s-05.html>>. Acesso em: 19 set. 2020.

ITÁLIA. Suprema Corte di Cassazione. **Sentenza n. 13584**. Giudici: Relatore San Giorgio. Itália, 12 giugno 2006. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=10523>>. Acesso em: 19 out. 2020.

JASPERS, Karl. **Psicopatologia general**. 2.ed. Mexico, DF: Fondo de Cultura Economica, 1993.

JASPERS, Karl. **O médico na era da técnica**. Lisboa: Edições 70, 1998.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997.

KLEPP, Carolina. Código Civil: los jueces empiezan a designar “apoyo” antes que “curador”. **Comercio y Justicia**, 23 set. 2015. Disponível em: <https://comercioyjusticia.info/blog/profesionales/codigo-civil-los-jueces-empiezan-a-designar-apoyo-antes-que-curador/>. Acesso em: 07 jul. 2018.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios Fundamentais do Direito Civil Atual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 241-258.

LIMA, Taisa Maria Macena de. O uso de amostras biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação: Uma breve reflexão. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.159-178.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 223-234, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27281>. Acesso em: 14 de maio 2020.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Autonomia privada e internação não consentida. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v.12, n.63, p.152-165, dez/jan. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011a.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor**: proteção da confiança e práticas comerciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais; v.3, 2011b. p.595-614.

LÔBO, Paulo. Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 16 nov. 2017.

LOPES, Mônica Sette. **A crônica da justiça**. Belo Horizonte: Initia Via, 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

LOURENÇO, Tatiana Tscherbakowski Mourão; ROMANO-SILVA, Marco Aurélio. Anamnese Psiquiátrica. In: SILVA, Rose Mary Ferreira Lisboa da. **Tratado de semiologia médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014. p. 449-454.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADRID. Tribunal de Provincial de Madrid. Relator: Carmen Neira Vazquez. Julgado em 05/10/2018. **Apelação Cível n.390/2017**. Vigésima segunda Seção. Data da publicação: 05/10/2018. Disponível em:

<<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c1c255b6c5a705a1/20181221>>.

Acesso em: 21 set. 2020.

MAPELLI JR., Reynaldo; MENDES, Luciene Angélica; LIMA, Mauro Aranha de. Legislação e atendimento psiquiátrico. In: GENTIL, Valentim.; GATTAZ, Wagner Farid.; MIGUEL, Euripedes Constantino. HOSPITAL DAS CLINICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Clínica psiquiátrica**. Barueri: Editora Manole, 2011. 2v. p.1904-1915.

MARINI, Barbara. Amministrazione di sostegno e nucleo familiare conflittuale. **Diritto & Diritti**, 17 apr. 2019. Disponível em: <<https://www.diritto.it/amministrazione-di-sostegno-e-nucleo-familiare-conflittuale/>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais; v.3, 2011. p.393-444.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica e a reflexão bioética. In: MARTINS COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig. (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **A fenomenologia e a hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2007.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Hermenêutica Jurídica e Linguagem: nas dobras da fala com Merleau-Ponty. In: **Temas de hermenêutica jurídica**. MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (Org.). Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013.p. 17-42.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Direito, Hermenêutica e Literatura**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019.

MELLO, Leana; BOMTEMPO, Tiago Vieira. Melhoramento humano: de ser para coisa? Uma abordagem a partir da (des)construção da personalidade. In: FABRIZ, Daury César; FARO, Julio Pinheiro; ULHOA, Paulo Roberto; PETER FILHO, Jovacy; GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira; SILVA, Heleno Florindo da (Orgs.). **Direito das futuras gerações**. Vitória: Cognorama, 2013. p. 135-151.

MENDONCA, Suzana Maria. Dignidade e autonomia do paciente com transtornos mentais. **Revista Bioética**, Brasília, v.27, n.1, p.46-52, mar. 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000100046&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30 ago. 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). **RBD Civil**, v. 9, n. 3, p. 723-731, Jul/Set. 2016. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>>. Acesso em: 19 out. 2020.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **O homem e a comunicação: a prosa do mundo**. Rio de Janeiro: Bloch, 1974.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MILANO, Tribunale di. Ministero della Giustizia. **Amministrazione di sostegno**. Disponível em: <https://www.tribunale.milano.it/index.phtml?Id_VMenu=447&daabstract=341>. Acesso em: 17 out. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: José Francisco Bueno. Julgado em 01/06/2000. **Apelação Cível 1.0000.00.183484-5/000**. Quinta Câmara Cível. Data da publicação: 27/06/2000. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=5&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=loucos%20todo%20g%EAnero&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referencialLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Armando Freire. Julgado em 11/12/2007. **Apelação Cível 1.0024.04.501124-4/001**. Primeira Câmara Cível. Data da publicação: 11/12/2007. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=9&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=curatela%20doente%20mental&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Relator: José Antônio Braga. Julgado em 13/01/2009. **Apelação Cível 1.0024.05.709508-5/001**, 9ª Câmara Cível. Data da publicação: 16/02/2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRe>>

[gistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.709508-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.709508-5%2F001)>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MINAS GERAIS. Relator: Antônio Bispo Romeu. Julgado em 12/03/2009. **Apelação Cível 1.0145.06.330041-5/001**, 15ª Câmara Cível. Data da publicação: 08/05/2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.06.330041-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga. Julgado em 19/02/2019. **Apelação Cível 1.0000.18.141980-5/001**. Décima Nona Câmara Cível. Data da publicação: 11/03/2019. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=41&totalLinhas=186&paginaNumero=41&linhasPorPagina=1&palavras=estatuto%20peessoa%20defici%EAncia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues. Julgado em 14/08/2019. **Apelação Cível 1.0003.18.002089-7/001**. Oitava Câmara Cível. Data da publicação: 26/08/2019. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=84&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=curatela%20e%20estatuto&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Carlos Levenhagen. Julgado em 19/12/2019. **Apelação Cível 1.0000.19.133988-6/001**. Quinta Câmara Cível. Data da publicação: 08/01/2020. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=180&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=estatuto%20da%20pessoa%20com%20defici%EAncia&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Peixoto Henriques. Julgado em 14/04/2020. **Apelação Cível 1.0000.19.079555-9/001**. Sétima Câmara Cível. Data da publicação: 24/04/2020. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=8&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=%2522tomada%20de%20decis%E3o%20apoiada%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 06 jul. 2021.

MOLINER, Juliane de; LOPES, Stella Maris Brum. Saúde mental na atenção básica: possibilidades para uma prática voltada para a ampliação e integralidade da saúde mental. **Saude soc.**, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 1072-1083, Dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902013000400010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 Mai. 2019.

MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao Maior Acompanhado – Breve Apresentação da Lei 49/2018. In: PECORELLI, Ana Rita; FIGUEIREDO, Carlos Fraga (orgs.). **O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. Lisboa: CEJ, 2019. p.23-48. Disponível em:

<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf>.

Acesso em: 22 ago. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Virginia. Possíveis contribuições de Husserl e Heidegger para a clínica fenomenológica. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 15, n. 4, p. 723-731, Dez. 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722010000400008&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 30 Ago. 2019.

MORRIS, Ch.. In: GADAMER, Hans-Georg; VOGLER, Paul. **Nova antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural**. São Paulo: EPU ; USP, c1977. p.173-184.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da Pessoaalidade no Direito Privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.55-86.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Os desafios dos transtornos mentais e do comportamento para o direito civil: dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da teoria das incapacidades**. 2013. 273 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: volume 1 : parte geral**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da 'natureza jurídica' dos dados genéticos humanos**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010a.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010b.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Aplicação dos princípios no biodireito. Belo Horizonte. **Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas**, v.1, n.1, out. 2002. Disponível em:

<www.fmd.pucminas.br/Publicacoes/APLICA%25C7%25C3O%2520DOS%2520PRINC%25CDPIOS%2520NO%2520BIODIREITO.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>.

Acesso em 08 ago. 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Liberdade de Pesquisa, Genética e Direito à Intimidade. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha; ARAUJO, Marinella Machado. **Temas de Direito Civil**. Belo Horizonte: D' Plácido Editora, 2013. p.71-82.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SILVA, Leila Bitencourt Reis da. Por uma concepção dialógica da relação médico-paciente no tratamento psiquiátrico a partir da ideia dos juízos degradantes das capacidades do indivíduo de Elizabeth Anderson. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves; Iara Antunes de Souza. (Org.). **Direito e medicina**. 1ed. Indaiatuba: Foco, 2018, v. 1, p. 103-120.

O ESCAFANDRO e a Borboleta. Direção: Julian Schnabel. Produção: Juliette Welfling. França, EUA: IMOVISION, 2007. 1 DVD (112 min), son., color.

OLIVEIRA, Eunício. **Projeto de Lei n.11091/2018**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 28 nov.2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1696382&filenome=PL+11091/2018>. Acesso em: 23 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos do Deficiente Mental**. 20 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html#:~:targetText=Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%20do%20Deficiente%20Mental%20%2D%201971,-Aprovada%20pela%20resolu%C3%A7%C3%A3o&targetText=A%20Assembl%C3%A9ia%20Geral%2C&targetText=Sublinhando%20que%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20so bre,seu%20bem%2Destar%20e%20readapta%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em: 04 de ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pela Assembléia Geral das Nações Unidas**, 2006. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

PANIKKAR, R. Compreensão e convicção. In: GADAMER, Hans-Georg; VOGLER, Paul. **Nova antropologia: o homem em sua existencia biologica, social e cultural**. São Paulo: EPU; USP, c1977. p.94-120.

PARA SEMPRE Alice. Direção: Richard Glatzer, Wash Westmoreland. Produção: Lex Lutzus, James Brown e Pamela Koffler. EUA: Sony Pictures Classics, 2014. 1 DVD (101 min), son., color.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Mario Nini Azzolini. Julgado em 10/02/2020. **Apelação Cível 0000796-31.2018.8.16.0101**. Décima Primeira Câmara Cível. Data da publicação: 11/02/2020. <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011708191/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000796-31.2018.8.16.0101>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ivanise Maria Tratz Martins. Julgado em 17/02/2020. **Apelação Cível 0004852-38.2012.8.16.0095**. Décima Segunda Câmara Cível. Data da publicação: 20/02/2020.

<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011500921/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0004852-38.2012.8.16.0095>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. 2009 181 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Celina Bodin d. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Ed. fac-similar, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 10.ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2012.

PICCHIONI, Clemente Young. Doença mental: diagnóstico e tratamento. In: D'INCAO, Maria Angel (Org.). **Doença mental e sociedade**: uma discussão interdisciplinar. Rio de Janeiro: Graal, 1992. p.108-122.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Ed. 70, 1989.

POMPEU, Renata Guimarães. **O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da concidadania**: por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual. 2012. 135f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344. **Código Civil**, Portugal, 25 nov. 1966. **Diário da República Eletrônico**, Portugal, 25 nov. 1966. Disponível em:

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706160200/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidadaWAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Acesso em: 08 nov. 2018.

PORTUGAL. **Guia do Maior Acompanhado**. Ministério da Justiça. 06/02/2019. Disponível em: <<https://justica.gov.pt/Guias/guia-do-maior-acompanhado>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PORTUGAL. Lei n.25/2012. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV). **Diário da República Eletrônico**, Portugal, 16 jul. 2012. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

PORTUGAL. Lei n.º 41/2013 - Diário da República n.º 121/2013. **Diário da República Eletrônico**, Portugal, 26 jun. 2013. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706160200/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Acesso em: 08 nov. 2018.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. vol. 1-5. Rio de Janeiro: Edição de Cândido Mendes de Almeida, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>.. Acesso em: 25 nov. 2019.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Relator: Maria do Rosário Morgado. Julgado em 21/03/2019. **Revista 909/16.0T8CLD.C1.S1**, Sétima Secção. Data da publicação: 21/03/2019. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6464be8143a21c52802583c5003d8653?OpenDocument>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

POZÓN, Sergio Ramos. Las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 33, jan. 2015. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/11565/14434>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PUYOL, Ángel. Hay bioética más allá de la autonomía. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 25, mai. 2012. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7538/9444>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

RAMOS CHAPARRO, Enrique. **La persona y su capacidad civil**. Madrid: Tecnos, c1995.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, Ago. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000800024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 ago. 2019.

RIBEIRO, Maria Mônica Freitas; LEAL, Sebastião Soares. Relação médico, estudante e paciente. In: SILVA, Rose Mary Ferreira Lisboa da. **Tratado de semiologia médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014. p. 1-6.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: 1990.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Marcus Tullius Alves. Julgado em 09/04/2002. **Apelação Cível 24.863/01**. Nona Câmara Cível. Data da publicação: 11/07/2002. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003830C7750479E598DB9CE0722AF432C5FAA71C3130D3D&USER=>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 04/07/2013. **Apelação Cível 70054088208**. Oitava Câmara Cível. Data da publicação: 09/07/2013. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70054088208&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70054088208&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>)>. Acesso em: 21 nov. 2019.

ROMARIO. **Projeto de Lei n.262/2017**. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para atribuir maior proteção às pessoas com deficiência submetidas à curatela. Brasília: Senado Federal, 10 ago.2017. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=6459019&ts=1593910400245&disposition=inline>>. Acesso em: 23 jan.2021.

ROMEO CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.128-172.

ROSEVALD; Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: SILVA, Michael César. **Transformações do direito privado na contemporaneidade: reflexões e tendências do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: Núcleo Publicações Acadêmicas do Centro Universitário Newton Paiva, 2014. 2 p. 16-33.

ROSEVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: X CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, v.10, 2015, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

RÜGER, André. **Conflitos familiares em genética humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber**. 2007. 220 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 03-24.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2ª Edição, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o Direito de Morrer. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades III** : princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 37-54.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. Kant e Kelsen. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 96, p. 343-358, 1 jul. 2007. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/44>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDER, Benno. **Administração da Educação no Brasil: genealogia do conhecimento**. Brasília, DF: Liber Livro, 2007.

SANTA CATARINA. Secretaria Estadual de Saúde. **Mini Exame do Estado Mental, 2018**. Disponível em: <<https://www.saude.sc.gov.br/index.php/informacoes-gerais-documentos/assistencia-farmacutica/componente-especializado-da-assistencia-farmacutica-ceaf/protocolos-clinicos-ter-resumos-e-formularios/doenca-de-alzheimer/14300-mini-exame-de-estado-mental-meem/file>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.306-325.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: J.L. Mônaco da Silva. Julgado em 25/11/2019. **Apelação Cível 1006924-43.2017.8.26.0348**. 5ª Câmara de Direito Privado. Data da publicação: 25/11/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13105991&cdForo=0>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SCHAEFER, Anair Isabel. Tomada de decisão apoiada no Brasil e a amministrazione di sostegno na Italia. In: SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil Contemporâneo II**. Florianópolis, CONPEDI, 2018. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/xi95eble/i0e7EWVy2RWkbrBZ.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2020.

SCHELTENS, Phiplip *et al.* Alzheimer's disease. **The Lancet.com**. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(15\)01124-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(15)01124-1/fulltext)>. Acesso em: 22 mai. 2020.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Biodireito & direito concursal: aspectos científicos do direito em geral e da natureza jurídica do embrião congelado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Célio. **Projeto de Lei n.9234/2017**. Altera a Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil e a Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil, no tocante à curatela. Brasília: Câmara dos Deputados, 29 nov.2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01bqbqapls4onf1jsn92dzgoxjp10696623.node0?codteor=1627294&filename=PL+9234/2017>. Acesso em: 23 jan.2021.

SONENREICH, Carol. Visão psiquiátrica das alterações mentais. In: D'INCAO, Maria Angela. **Doença mental e sociedade: uma discussão interdisciplinar** (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 1992. p.92-107.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. **A autonomia privada no âmbito das relações contratuais: do Estado liberal ao Estado democrático de direito**. 2009 173 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SOUZA, Iara Antunes de. **Revisão da interdição e da curatela: uma proposta baseada na revisão da teoria das incapacidades à luz do biodireito e da saúde mental**. 2015. 268 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SOUZA, Iara Antunes de. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: exercício da autonomia privada existencial. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 6, p. 55-74, 2020. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/6585/pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SOUZA, Leonardo Cruz de *et al* . A poética de Augusto dos Anjos e a neuropsiquiatria no fim de siècle. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p.163-179, Mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702018000100163&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 mai. 2020.

STANCIOLI, Brunello Souza. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.173-189.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade, ou, Como alguém se torna o que quisier**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fábio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Fabio Queiroz Pereira; Mariana Alves Lara; Luísa Cristina de Carvalho Moraes. (Org.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, v. , p. 101-113.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SZMUKLER, George; ROSE, Diana. Strengthening Self-Determination of Persons with Mental Illness. In: CLAUSEN, Jens; NEIL, Levy (Org.). **Handbook of Neuroethics**. New York: Springer, 2015. p.879-896.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.5** direito de família. 11.ed Rio de Janeiro: Método, 2016.

TATOSSIAN, Arthur. **A fenomenologia das psicoses**. São Paulo: Escuta, 2006.

TAVARES, Almir R.; KÜMMER, Arthur Melo e. Funções psíquicas e suas alterações. In: SILVA, Rose Mary Ferreira Lisboa da. **Tratado de semiologia médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014. p. 455-477.

TAVARES, Fernando Horta *et. al.* Bioética e Biodireito. Belo Horizonte. **Virtuajus**: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, v.8, n.2, dez. 2009. Disponível em:
<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/Bioetica%20e%20Biodireito.pdf>.
Acesso: em 08 ago. 2019.

TAVARES, Fernando Horta *et. al.* A Liberdade de Consciência como Direito Fundamental no contexto brasileiro e hispânico. TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Novas fronteiras do estudo do direito**: biodireito, direito ambiental, teoria do direito, direito civil e direito do trabalho. Curitiba: CRV, 2011. p. 39-63.

TAVARES, Fernando Horta; BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas Antecipadas de Vontade no tratamento de saúde no Brasil. In: BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria Tecles. (Org.) ACADEMIA BRASILEIRA DE PRODUÇÃO JURÍDICA DISCENTE. **A constitucionalização do direito privado**: o Estado Democrático de Direito e as novas perspectivas jurídicas nas relações privadas. Carolina do Norte: Lulu Publishing, 2012. p.345-372.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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** - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 8, p. 1-25, 2019.

UMA LIÇÃO de amor. Direção: Jessie Nelson. Produção: Barbara A. Hall, Claire Rudnick Polstein, David Rubin, Edward Zwick, Jessie Nelson, Marshall Herskovitz, Michael de Luca e Richard Solomon. EUA: New Line Cinema, 2001. 1 DVD (132 min), son., color.

VALADARES, Antônio Carlos; PAIM, Paulo. Projeto de Lei do Senado n.757/2015. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Brasília: Senado Federal, 14 jun.2016.
Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

[getter/documento?dm=4374494&ts=1593938041122&disposition=inline](#)>. Acesso em: 01 dez.2015.

VALVERDE, Miguel A.; INCHAUSPE, José A. ¿Hay lugar para el consentimiento informado en los tratamientos de las personas con psicosis? Una reflexión sobre el tratamiento de las psicosis. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 30, jan. 2014. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/9907/12716>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

VARGAS, Pepe; D' ANGELO, Chico; FONTANA, Henrique. **Projeto de Lei n.5559/2016**. Dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 14 jun.2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1467788&filenome=PL+5559/2016>. Acesso em: 23 jan.2021.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Ética e Direito**. São Paulo: Landy, Edições Loyola, 2002.

WANG, Yuan-Pang; LOUZÃ NETO, Mario Rodrigues; ELKIS, Hélio. História da psiquiatria. In: LOUZÃ NETO, Mario Rodrigues; ELKIS, Hélio. **Psiquiatria básica**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. p.21-31.

WEISGERBER, L. O alcance antropológico do estudo energético da linguagem. In: GADAMER, Hans-Georg; VOGLER, Paul. **Nova antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural**. São Paulo: EPU ; USP, c1977. p.121-148.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Salud mental**. Disponível em: <http://www.who.int/topics/mental_health/es/>. Acesso em: 25 mai. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines**. 2014. 267p. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The ICD-11 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines**. 2018. Disponível em:< <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

ANEXOS

ANEXO A – Tela de comprovação do projeto de pesquisa aprovado no COEP UFMG

11/03/2021

Plataforma Brasil

Portal do Governo Brasileiro

 Informe o E-mail Informe a Senha **LOGIN**

[Esqueceu a senha?](#) [Cadastre-se](#) v3.2

Você está em: Público > Buscar Pesquisas Aprovadas > Detalhar Projeto de Pesquisa

DETALHAR PROJETO DE PESQUISA

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título Público: CONSENTIMENTO INFORMADO DOS DOENTES MENTAIS À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
 Pesquisador Responsável: Leonardo Cruz de Souza
 Contato Público: Leonardo Cruz de Souza
 Condições de saúde ou problemas estudados:
 Descritores CID - Gerais:
 Descritores CID - Específicos:
 Descritores CID - da Intervenção:
 Data de Aprovação Ética do CEP/CONEP: 27/08/2020



DADOS DA INSTITUIÇÃO PROPONENTE

Nome da Instituição: Faculdade de Medicina da UFMG
 Cidade: BELO HORIZONTE

DADOS DO COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA

Comitê de Ética Responsável: 5149 - Universidade Federal de Minas Gerais
 Endereço: Av. Presidente Antônio Carlos, 6627 2º Ad SI 2005
 Telefone: (31)3409-4592
 E-mail: coep@prpq.ufmg.br

CENTRO(S) PARTICIPANTE(S) DO PROJETO DE PESQUISA

CENTRO(S) COPARTICIPANTE(S) DO PROJETO DE PESQUISA

[Voltar](#)

Suporte a sistemas: 136 - opção 8 e opção 3, solicitar ao atendente suporte Plataforma Brasil.
 Fale conosco: [Clique para enviar mensagem para a Plataforma Brasil](#)



MINISTÉRIO DA
SAÚDE



ANEXO B – Modelos de TCLE utilizados na pesquisa de campo

ANEXO I – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO AO MÉDICO

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Este documento tem como objetivo lhe convidar a participar do projeto de pesquisa intitulado **“Consentimento Informado Dos Doentes Mentais À Luz Do Estatuto Da Pessoa Com Deficiência: Diálogos Hermenêuticos-Linguísticos Na Relação Médico-Paciente”**. Este documento fornece informações sobre esta pesquisa a fim de obter o seu consentimento para participar do estudo.

A pesquisa busca avaliar a forma de abordagem e linguagem empregada pelo médico, de forma a verificar se o paciente neuropsiquiátrico possui discernimento necessário para o exercício e cuidado de sua própria saúde.

A aplicação de questionário objetiva verificar quais formas de abordagem o médico emprega na entrevista do paciente, desde a avaliação clínica até o oferecimento de alternativas de tratamento.

Todas as informações coletadas neste estudo têm garantia de sigilo médico e estarão sob a responsabilidade dos coordenadores do projeto (Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo).

Não há para o(a) senhor(a) nenhum benefício direto na participação no estudo, a não ser a contribuição pessoal para a pesquisa biojurídica na melhoria da construção de textos legislativos. Não é prevista qualquer compensação financeira pela sua participação. Em caso de danos, poderá haver indenização.

O(A) senhor(a) não está abrindo mão de seus direitos legais ao assinar esse termo. A recusa em participar desse estudo não implicará qualquer prejuízo de relacionamento médico ou pessoal.

Em qualquer etapa deste estudo, o(a) Sr.(Sra.) terá acesso aos profissionais responsáveis pelo projeto para esclarecimento de eventuais dúvidas pelo telefone (31) 3409-8073. Os profissionais responsáveis são: Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo. A Comissão de Ética na Pesquisa da UFMG poderá ser contatada pelo telefone (31) 3409-4592 ou no endereço Av. Antônio Carlos, 6627. Unidade Administrativa II – 2º andar – Sala 2005 – Campus Pampulha – Belo Horizonte, MG, Brasil – CEP 31270-901.

As informações obtidas serão analisadas juntamente com as de outros participantes. A identificação dos participantes não será divulgada em nenhuma circunstância.

O(A) Sr. (Sra.) tem o direito à privacidade e ao sigilo, sendo que os profissionais irão tomar as devidas precauções para proteger a confidencialidade dos seus registros. Seu nome, bem como qualquer outra informação que possa permitir sua identificação, não aparecerá em nenhuma apresentação ou publicação resultantes deste estudo.

Cabe ao participante decidir sobre a opção de participar ou não deste estudo. O (A) participante deve ter ciência de que, a qualquer momento, ele(a) pode retirar o seu consentimento de participação, sem que isso implique perda de direitos pré-existentes ou prejuízo na assistência médica.

O local da coleta será em XXXX, por meio de XXXX, na sala XXXX.

Este Termo de Consentimento é feito em duas vias, sendo que uma permanecerá em poder do(a) participante e a outra será arquivada via papel na sala 243 da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, pelo pesquisador responsável, no prazo de 2 (dois) anos, inclusive todos os dados obtidos na coleta.

Confirmando que fui devidamente esclarecido sobre os propósitos e os procedimentos deste estudo e, livremente, aceito participar deste estudo.

Nome por extenso:

Assinatura:

Local e data:

Declaro que pessoalmente expliquei ao participante os propósitos e procedimentos deste estudo.

Nome por extenso:

Assinatura:

Local e data:

ANEXO II – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO AO PACIENTE COM DISCERNIMENTO

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Este documento tem como objetivo lhe convidar a participar do projeto de pesquisa intitulado **“Consentimento Informado Dos Doentes Mentais À Luz Do Estatuto Da Pessoa Com Deficiência: Diálogos Hermenêuticos-Linguísticos Na Relação Médico-Paciente”**. Este documento fornece informações sobre esta pesquisa a fim de obter o seu consentimento para participar do estudo.

A pesquisa busca avaliar a forma de abordagem e linguagem empregada pelo médico, de forma a verificar se o paciente neuropsiquiátrico possui discernimento necessário para o exercício e cuidado de sua própria saúde.

Inicialmente será observada a entrada do paciente no consultório e como o médico o abordará, como a linguagem empregada, o espaço físico, o tom de voz, se permite o acompanhamento de familiar ou representante.

Iniciada a consulta, será verificado se o médico faz perguntas objetivas, com respostas, como sim ou não, ou subjetivas, de forma que o paciente descreva ao que lhe fora indagado.

Durante a consulta, será observada a forma de expressão, linguagem e comportamento do paciente.

Ao final da consulta, caso o médico indique alguma forma de tratamento, será observado se o profissional utiliza forma clara e condizente com o estado de saúde ou capacidade cognitiva do paciente para que este, caso tenha discernimento necessário, possa emitir consentimento livre e esclarecido.

Todas as informações coletadas neste estudo têm garantia de sigilo médico e estarão sob a responsabilidade dos coordenadores do projeto (Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo).

Não há para o(a) senhor(a) nenhum benefício direto na participação no estudo, a não ser a contribuição pessoal para a pesquisa biojurídica na melhoria da construção de textos legislativos. Não é prevista qualquer compensação financeira pela sua participação. Em caso de danos, o paciente e/ou seu representante legal poderá ser indenizado.

O(A) senhor(a) não está abrindo mão de seus direitos legais ao assinar esse termo. A recusa em participar desse estudo não implicará qualquer prejuízo de relacionamento médico ou pessoal.

Em qualquer etapa deste estudo, o(a) Sr.(Sra.) terá acesso aos profissionais responsáveis pelo projeto para esclarecimento de eventuais dúvidas pelo telefone (31) 3409-8073. Os profissionais responsáveis são: Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo. A Comissão de Ética na Pesquisa da UFMG poderá ser contatada pelo telefone (31) 3409-4592 ou no endereço Av. Antônio Carlos, 6627. Unidade Administrativa II – 2º andar – Sala 2005 – Campus Pampulha – Belo Horizonte, MG, Brasil – CEP 31270-901.

As informações obtidas serão analisadas juntamente com as de outros participantes. A identificação dos participantes não será divulgada em nenhuma circunstância.

O paciente concorda com o acesso do pesquisador a informações médicas (diagnóstico, antecedentes médicos e tratamento, por exemplo). Ressalte-se que tais informações serão tratadas de forma anônima, para proteger o sigilo médico.

O (A) Sr. (Sra.) tem o direito à privacidade e ao sigilo, sendo que os profissionais irão tomar as devidas precauções para proteger a confidencialidade dos seus registros. Seu nome, bem como qualquer outra informação que possa permitir sua identificação, não aparecerá em nenhuma apresentação ou publicação resultantes deste estudo.

Cabe ao participante decidir sobre a opção de participar ou não deste estudo. O (A) participante deve ter ciência de que, a qualquer momento, ele(a) pode retirar o seu consentimento de participação, sem que isso implique em perda de direitos pré-existentes ou prejuízo na assistência médica.

O local da coleta será em XXXX, por meio de XXXX, na sala XXXX

Este Termo de Consentimento é feito em duas vias, sendo que uma permanecerá em poder do(a) participante e a outra será arquivada via papel na sala 243 da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, pelo pesquisador responsável, no prazo de 2 (dois) anos, inclusive todos os dados obtidos na coleta.

Confirmo que fui devidamente esclarecido sobre os propósitos e os procedimentos deste estudo e, livremente, aceito participar deste estudo.

Nome por extenso:

Assinatura:

Local e data:

Declaro que pessoalmente expliquei ao participante os propósitos e procedimentos deste estudo.

Nome por extenso:

Assinatura:

Local e data:

ANEXO III – TERMO DE ASSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO AO PACIENTE COM DISCERNIMENTO REDUZIDO

TERMO DE ASSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Este documento tem como objetivo lhe convidar a participar do projeto de pesquisa intitulado **“Consentimento Informado Dos Doentes Mentais À Luz Do Estatuto Da Pessoa Com Deficiência: Diálogos Hermenêuticos-Linguísticos Na Relação Médico-Paciente”**. Este documento fornece informações sobre esta pesquisa a fim de obter o seu consentimento para participar do estudo.

A pesquisa busca avaliar a forma de abordagem e linguagem empregada pelo médico, de forma a verificar se o paciente neuropsiquiátrico possui discernimento necessário para o exercício e cuidado de sua própria saúde.

Inicialmente será observada a entrada do paciente no consultório e como o médico o abordará, como a linguagem empregada, o espaço físico, o tom de voz, se permite o acompanhamento de familiar ou representante.

Iniciada a consulta, será verificado se o médico faz perguntas objetivas, com respostas, como sim ou não, ou subjetivas, de forma que o paciente descreva ao que lhe fora indagado.

Durante a consulta, será observada a forma de expressão, linguagem e comportamento do paciente.

Ao final da consulta, caso o médico indique alguma forma de tratamento, será observado se o profissional utiliza forma clara e condizente com o estado de saúde ou capacidade cognitiva do paciente para que este, caso tenha discernimento necessário, possa emitir consentimento livre e esclarecido.

Todas as informações coletadas neste estudo têm garantia de sigilo médico e estarão sob a responsabilidade dos coordenadores do projeto (Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo).

Não há para o(a) senhor(a) nenhum benefício direto na participação no estudo, a não ser a contribuição pessoal para a pesquisa biojurídica na melhoria da construção de textos

legislativos. Não é prevista qualquer compensação financeira pela sua participação. Em caso de danos, o paciente e/ou seu representante legal poderá ser indenizado.

O(A) senhor(a) não está abrindo mão de seus direitos legais ao assinar esse termo. A recusa em participar desse estudo não implicará qualquer prejuízo de relacionamento médico ou pessoal.

Em qualquer etapa deste estudo, o(a) Sr.(Sra.) terá acesso aos profissionais responsáveis pelo projeto para esclarecimento de eventuais dúvidas pelo telefone (31) 3409-8073. Os profissionais responsáveis são: Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo. A Comissão de Ética na Pesquisa da UFMG poderá ser contatada pelo telefone (31) 3409-4592 ou no endereço Av. Antônio Carlos, 6627. Unidade Administrativa II – 2º andar – Sala 2005 – Campus Pampulha – Belo Horizonte, MG, Brasil – CEP 31270-901.

As informações obtidas serão analisadas juntamente com as de outros participantes. A identificação dos participantes não será divulgada em nenhuma circunstância.

O paciente e seu representante legal concordam com o acesso do pesquisador a informações médicas (diagnóstico, antecedentes médicos e tratamento, por exemplo). Ressalte-se que tais informações serão tratadas de forma anônima, para proteger o sigilo médico.

O (A) Sr. (Sra.) tem o direito à privacidade e ao sigilo, sendo que os profissionais irão tomar as devidas precauções para proteger a confidencialidade dos seus registros. Seu nome, bem como qualquer outra informação que possa permitir sua identificação, não aparecerá em nenhuma apresentação ou publicação resultantes deste estudo.

Cabe ao participante decidir sobre a opção de participar ou não deste estudo. O (A) participante deve ter ciência de que, a qualquer momento, ele(a) pode retirar o seu consentimento de participação, sem que isso implique em perda de direitos pré-existentes ou prejuízo na assistência médica.

O local da coleta será em XXXX, por meio de XXXX, na sala XXXX

Este Termo de Consentimento é feito em duas vias, sendo que uma permanecerá em poder do(a) participante e a outra será arquivada via papel na sala 243 da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, pelo pesquisador responsável, no prazo de 2 (dois) anos, inclusive todos os dados obtidos na coleta.

Confirmo que fui devidamente esclarecido sobre os propósitos e os procedimentos deste estudo e, livremente, aceito participar deste estudo.

Nome por extenso:

Assinatura:

Nome do responsável legal por extenso:

Assinatura:

Local e data:

Declaro que pessoalmente expliquei ao participante os propósitos e procedimentos deste estudo.

Nome por extenso:

Assinatura:

Local e data:

ANEXO IV – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE CURATELADO

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Este documento tem como objetivo lhe convidar a participar do projeto de pesquisa intitulado **“Consentimento Informado Dos Doentes Mentais À Luz Do Estatuto Da Pessoa Com Deficiência: Diálogos Hermenêuticos-Linguísticos Na Relação Médico-Paciente”**. Este documento fornece informações sobre esta pesquisa a fim de obter o seu consentimento para o paciente sob sua curatela participar do estudo.

A pesquisa busca avaliar a forma de abordagem e linguagem empregada pelo médico, de forma a verificar se o paciente neuropsiquiátrico possui discernimento necessário para o exercício e cuidado de sua própria saúde.

Inicialmente será observada a entrada do paciente no consultório e como o médico o abordará, como a linguagem empregada, o espaço físico, o tom de voz, se permite o acompanhamento de familiar ou representante.

Iniciada a consulta, será verificado se o médico faz perguntas objetivas, com respostas, como sim ou não, ou subjetivas, de forma que o paciente descreva ao que lhe fora indagado. Durante a consulta, será observada a forma de expressão, linguagem e comportamento do paciente.

Ao final da consulta, caso o médico indique alguma forma de tratamento, será observado se o profissional utiliza forma clara e condizente com o estado de saúde ou capacidade cognitiva do paciente para que este, caso tenha discernimento necessário, possa emitir consentimento livre e esclarecido.

Todas as informações coletadas neste estudo têm garantia de sigilo médico e estarão sob a responsabilidade dos coordenadores do projeto (Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo).

Não há para o(a) paciente (a) nenhum benefício direto na participação no estudo, a não ser a contribuição pessoal para a pesquisa biojurídica na melhoria da construção de textos legislativos. Não é prevista qualquer compensação financeira pela sua participação. Em caso de danos, o paciente e/ou seu representante legal poderá ser indenizado.

O(A) paciente (a) não está abrindo mão de seus direitos legais ao assinar esse termo pelo seu representante legal. A recusa em participar desse estudo não implicará qualquer prejuízo de relacionamento médico ou pessoal.

Em qualquer etapa deste estudo, o(a) Sr.(Sra.) terá acesso aos profissionais responsáveis pelo projeto para esclarecimento de eventuais dúvidas pelo telefone (31) 3409-8073. Os profissionais responsáveis são: Dr. Leonardo Cruz de Souza e Tiago Vieira Bomtempo. A Comissão de Ética na Pesquisa da UFMG poderá ser contatada pelo telefone (31) 3409-4592

ou no endereço Av. Antônio Carlos, 6627. Unidade Administrativa II – 2º andar – Sala 2005 – Campus Pampulha – Belo Horizonte, MG, Brasil – CEP 31270-901.

As informações obtidas serão analisadas juntamente com as de outros participantes. A identificação dos participantes não será divulgada em nenhuma circunstância.

O paciente por meio de seu representante legal concorda com o acesso do pesquisador a informações médicas (diagnóstico, antecedentes médicos e tratamento, por exemplo). Ressalte-se que tais informações serão tratadas de forma anônima, para proteger o sigilo médico.

O(A) Sr. (Sra.) tem o direito à privacidade e ao sigilo, sendo que os profissionais irão tomar as devidas precauções para proteger a confidencialidade dos seus registros. Seu nome, bem como qualquer outra informação que possa permitir sua identificação, não aparecerá em nenhuma apresentação ou publicação resultantes deste estudo.

Cabe ao participante, por meio de seu representante legal, decidir sobre a opção de participar ou não deste estudo. O (A) participante, por meio de seu representante legal, deve ter ciência de que, a qualquer momento, ele(a) pode retirar o seu consentimento de participação, sem que isso implique em perda de direitos pré-existentes ou prejuízo na assistência médica.

O local da coleta será em XXXX, por meio de XXXX, na sala XXXX

Este Termo de Consentimento é feito em duas vias, sendo que uma permanecerá em poder do(a) participante e a outra será arquivada via papel na sala 243 da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, pelo pesquisador responsável, no prazo de 2 (dois) anos, inclusive todos os dados obtidos na coleta.

Confirmando que fui devidamente esclarecido sobre os propósitos e os procedimentos deste estudo e, livremente, autorizo o paciente sobre a minha responsabilidade legal a participar deste estudo.

Nome por extenso do paciente:

Nome por extenso do representante legal:

Assinatura:

Local e data:

Declaro que pessoalmente expliquei ao representante legal do participante os propósitos e procedimentos deste estudo.

Nome por extenso:

Assinatura:

Local e data: